



Cour II
B-429/2023

Arrêt du 28 août 2023

Composition

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

Parties

T. _____ SA,
représentée par Maître Pierre Kobel, avocat,
recourante,

contre

Commission de la concurrence COMCO,
autorité inférieure.

Objet

Cartels - sanction
Marché du livre en français ; renvoi à la suite
de l'arrêt du TF 2C_49/2020 du 8 décembre 2022

Faits :**A.**

T._____ SA (ci-après : l'intéressée) est une société anonyme de droit suisse. Elle est détenue par A._____ et B._____. Elle propose des services de diffusion et de distribution aux éditeurs de livres en français, étant précisé qu'elle sous-traite l'intégralité de la seconde tâche à la société suisse C._____ SA (ci-après : C._____), qui assure dans ce cadre aussi la gestion des ouvrages retournés. Elle conclut à cette fin des contrats qui, pour la plupart, contiennent une clause d'exclusivité, dont le contenu et la formulation peuvent néanmoins différer d'une convention à l'autre.

B.

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

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

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

B.d En date du 27 mai 2013, la Comco a rendu une décision à l'encontre de l'intéressée et de neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. Elle a condamné en particulier la société précitée au paiement d'une sanction de 447'000 francs en raison de sa participation à des accords illicites (cf. 1.4 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit – comme aux neuf autres diffuseurs-distributeurs concernés par sa décision – d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du

dispositif). Enfin, elle l'a condamnée au paiement à titre solidaire des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 francs (ch. 4 du dispositif).

B.e Le 12 juillet 2013, l'intéressée (ci-après également : la recourante) a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée. Elle a conclu principalement à son annulation et subsidiairement à celle de ses chiffres 1.4 et 2, ainsi qu'à ce qu'il soit constaté qu'elle n'entravait pas les importations parallèles de livres en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion.

B.f Par arrêt B-4019/2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours. Il a également mis à la charge de la recourante les frais de procédure et ne lui a pas alloué de dépens.

B.g Le 14 janvier 2020, la recourante a déposé un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral.

B.h Par arrêt 2C_49/2020 du 8 décembre 2022, le Tribunal fédéral a partiellement annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour nouvelle décision s'agissant de la sanction à infliger à la recourante et des frais et dépens des procédures précédentes.

C.

Poursuivant la procédure sous le numéro B-429/2023, le Tribunal administratif fédéral a invité la recourante, par ordonnance du 27 janvier 2023, à se déterminer sur la fixation de la sanction à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral précité.

D.

Le 28 mars 2023, la recourante a conclu, à titre principal, à ce qu'il soit renoncé à toute sanction, à ce qu'elle ne soit pas condamnée aux frais de la procédure de première instance et à ce que la Comco soit condamnée aux frais et dépens de la procédure. Subsidiairement, elle a requis que la sanction ne soit pas supérieure à la somme de 1'824.10 francs, que les frais de procédure devant la Comco soient réduits à 3'086.20 francs et à ce que la Comco soit condamnée aux frais et dépens de la procédure.

E.

Dans sa prise de position du 20 avril 2023, l'autorité inférieure a conclu, en substance, à ce que le Tribunal administratif fédéral ne retienne qu'une légère réduction du montant de base de la sanction. Elle relève toutefois que, vu le plafond appliqué pour des motifs de proportionnalité dans le

calcul de la sanction de la recourante, la sanction finale ne subirait en réalité aucune modification, même en réduisant le montant de base de la sanction.

F.

Dans sa réplique du 17 mai 2023, la recourante a persisté dans l'ensemble de ses griefs et conclusions. Elle estime que l'arrêt de renvoi impose une réduction de la sanction, nonobstant le plafond appliqué pour des motifs de proportionnalité.

G.

Invitée à faire part de ses remarques éventuelles, l'autorité inférieure a, par écrit du 24 mai 2023, renvoyé entièrement à sa précédente prise de position.

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

Droit :

1.

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

2.

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

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

administrative, 2008, n° 142). L'art. 40 LCart fonde, à cet effet, une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

2.2 La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32). Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2). Il n'en va pas autrement en droit des cartels (cf. arrêt du TAF B-4669/2013 *E5F* du 30 octobre 2019 consid. 11.3.1).

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

2.4 La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2 ; arrêt du TF 2C_1017/2014 *Koch Group* du 9 octobre 2017 consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et des art. 30 ou 32 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo* (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont

par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigruppe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits à la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1 et 6B_118/2009 du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 ; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifel – über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

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

3.

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

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

3.2 L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à

10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

4.

4.1 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a retenu que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant des systèmes de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de la distribution dite « wholesale » du livre en français en Suisse, c'est-à-dire sur le marché suisse de la distribution de livres « en gros » aux librairies et autres revendeurs de livres. Elle a dès lors estimé que les relations commerciales entretenues par la recourante et ses partenaires tombaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans « intermarques » et « intramarque » susceptible de renverser cette présomption de suppression de la concurrence efficace. L'autorité inférieure a dès lors infligé à la recourante une sanction de 447'000 francs pour participation à des accords illicites et lui a interdit de continuer à conclure des contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives empêchant toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse.

4.2 Statuant sur recours par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral s'est rallié à la décision précitée. Il a en l'occurrence retenu qu'entre 2005 et 2011, la recourante avait conclu des contrats écrits de diffusion et/ou de distribution de livres avec 93 éditeurs et diffuseurs. Ces contrats, par lesquels les éditeurs et diffuseurs en question chargeaient la recourante de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages en Suisse, constituaient tous des accords en matière de concurrence, indépendamment du fait qu'ils aient contenu ou non une clause d'exclusivité expresse en faveur de la recourante. Le fait était qu'ils affectaient les canaux d'approvisionnement des produits concernés dans le pays et qu'ils ne pouvaient pas être qualifiés de simples contrats d'agence sous l'angle du droit de la concurrence. Le Tribunal administratif fédéral a par ailleurs estimé que le système de diffusion-distribution mis en place par ces 93 contrats avait eu pour but et effet particuliers d'empêcher d'éventuels autres fournisseurs agréés à l'étranger de distribuer les mêmes ouvrages que ceux que la recourante diffusait et distribuait – avec l'aide de

C. _____ – en Suisse. Il fallait donc présumer, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart, que la concurrence efficace avait été supprimée dans le pays s'agissant de la distribution *wholesale* des ouvrages vendus par la recourante. Sur cette base, le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il y avait lieu de condamner la recourante à payer une sanction de 447'000 francs en application de l'art. 49a LCart et de lui interdire d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres suisses, ce exactement comme l'avait fait la Comco.

4.3 Dans son arrêt 2C_49/2020 du 8 décembre 2022, le Tribunal fédéral a jugé qu'en l'état de l'arrêt attaqué et du dossier, le Tribunal administratif fédéral avait considéré à juste titre que la recourante avait participé à 40 accords de distribution lui octroyant une protection territoriale absolue et s'avérant, de ce fait, visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Le Tribunal fédéral a estimé que ces accords avaient en tous les cas affecté la concurrence de manière notable et que rien n'indiquait que les restrictions à la concurrence prévues par ces accords n'avaient été justifiées par des motifs d'efficacité économique, de sorte qu'il pouvait être reproché à la recourante d'avoir conclu et participé à des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart. Il s'ensuivait que l'on pouvait reprocher à la recourante d'avoir adopté un comportement remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Pour le reste, il fallait constater que l'on pouvait également lui opposer la commission d'une faute dès lors qu'elle avait conclu des accords ayant cloisonné le marché suisse et constituant à ce titre des « accords rigides » ou des « cartels durs », dont la recourante devait savoir qu'ils étaient contraires à la législation fédérale.

Ceci étant, il a relevé que, contrairement à ce qu'avaient retenu les autorités précédentes, rien dans l'arrêt attaqué ne permettait de soutenir que les 53 autres partenaires commerciaux de la recourante se seraient engagés envers elle à tout mettre en œuvre afin qu'aucun de leurs diffuseurs-distributeurs à l'étranger ne vende leurs ouvrages à destination du marché suisse. En l'absence de toute disposition contractuelle claire en ce sens, un tel engagement ne pouvait en aucun cas être établi sur la base de considérations générales sur le fonctionnement du marché du livre en français, sans autres investigations et indices spécifiques en relation avec la situation de la recourante.

Ainsi, en fixant le montant de la sanction en tenant compte de la gravité du comportement anticoncurrentiel, il a jugé que les autorités précédentes étaient parties de la prémisse erronée selon laquelle la recourante avait

participé, entre 2005 et 2011, à des accords illicites au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart non seulement en lien avec la diffusion-distribution en Suisse de 40 éditeurs ou diffuseurs liés par une clause prévoyant un engagement de ne pas « laisser vendre », mais également en lien avec la diffusion-distribution dans le pays de 53 éditeurs ou diffuseurs liés par un autre type de clause. Or, il ne pouvait être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords en matière de concurrence illicites visés par l'art. 5 al. 4 LCart en tant qu'elle s'est vue chargée de diffuser et de distribuer ce second type d'éditeurs et diffuseurs. Le Tribunal fédéral a par conséquent estimé que la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que ce que retenait l'arrêt attaqué, puisqu'elle ne concernait finalement qu'une portion moindre de ses activités de diffusion-distribution de livres. Il se justifiait donc d'adapter à la baisse la sanction prononcée à l'encontre de la recourante, laquelle devait tenir compte de la gravité des pratiques illicites. Il y avait donc lieu de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il se prononce à nouveau sur le montant de la sanction à infliger en application de l'art. 49a LCart.

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

4.4 A la suite de l'annulation partielle de l'arrêt B-4019/2013 du 30 octobre 2019 et du renvoi de la cause, il incombe donc au Tribunal de céans de statuer sur le montant de la sanction à infliger à la recourante et sur les frais et dépens des procédures précédentes.

5.

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

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

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

5.2 En l'occurrence, la recourante a bel et bien conclu des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec 40 éditeurs ou diffuseurs liés par une clause prévoyant un engagement de ne pas « laisser vendre ». Le Tribunal fédéral a ainsi relevé, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que l'on pouvait reprocher à la recourante d'avoir adopté un comportement remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart et que l'on pouvait également lui opposer la commission d'une faute dès lors qu'elle avait conclu des accords ayant cloisonné le marché suisse et constituant à ce titre des « accords rigides » ou des « cartels durs ».

La recourante ne saurait dès lors plus remettre en cause le caractère imputable de la sanction ; elle ne s'y risque d'ailleurs plus. Reste ainsi à déterminer le montant de la sanction.

6.

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

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

dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 39a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 *Publigroupe* du 29 juin 2012 consid. 12.3.1 s. ; arrêt du TAF B-294/2022 *Dargaud* du 31 août 2022 consid. 6.1).

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

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

6.2.1 La recourante a d'abord affirmé que la décision attaquée violait l'art. 49a LCart dès lors que le calcul du montant de base devait se fonder sur les années 2010 à 2012, et non 2009 à 2011. Elle estime ensuite que le montant de base de 4 % devait être appliqué au chiffre d'affaires moyen réalisé sur les 40 contrats illicites. Elle reproche enfin à la décision attaquée d'avoir mal apprécié les particularités de chaque diffuseur-distributeur et avance que les 40 accords illicites n'ont eu qu'un effet très marginal sur la concurrence, qu'ils ne représenteraient qu'environ (...) % de son chiffre d'affaires annuel moyen et que la sanction devrait être réduite en proportion.

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

6.2.2.1 La notion de gravité au sens de l'art. 3 OS LCart repose sur une appréciation exclusivement objective, c'est-à-dire indépendante de la faute ou de la volonté de l'entreprise concernée. Le potentiel de risque abstrait ainsi que la nocivité pour l'économie nationale de l'infraction sont

déterminants. Il faut tenir notamment compte du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 9.2.3.2 et 144 II 194 *BMW* consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.1, B-4003/2016 du 10 mai 2022 *Pay-TV* consid. 11.4.6.2 et B-2597/2017 du 19 janvier 2022 *Medikamenten-informationen* consid. 15.2.4.1).

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

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

6.2.2.2 De même, la Comco peut prononcer une sanction ayant un caractère plutôt symbolique. En pareilles circonstances, le montant découle d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte de circonstances particulières. En revanche, afin de ne pas violer le principe de l'égalité de traitement, il convient de déterminer les éléments justifiant le choix d'une telle façon de procéder (cf. arrêt du TAF B-294/2022 précité consid. 6.7.2.1 ; décision de la Comco Sécateurs et cisailles précitée, in : DPC 2009/2 143, ch. 99). La pratique européenne considère, par exemple, que des amendes symboliques peuvent être infligées en particulier lorsque la situation juridique n'est pas claire et qu'il n'existe pas de jurisprudence (cf. notamment décision de la Commission européenne 2001/892/CE du 25 juillet 2011 *Deutsche Post* ch. 193). Le prononcé d'une sanction symbolique, en fixant le montant de base de la sanction à un niveau extrêmement bas, est ainsi un acte d'appréciation qui laisse une marge d'appréciation importante à l'autorité inférieure (cf. arrêt du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.7.2.1 ; décision de la Comco du 25 mai 2009 Sécateurs et cisailles, in : DPC 2009/2 143, ch. 99 ; ég. Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels,

FF 2002 1911, p. 1925). Dans ce contexte, il appartient au Tribunal administratif fédéral de faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'il examine s'il y a lieu de prononcer une sanction à caractère symbolique.

6.2.2.3 S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent – concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète – est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

6.2.2.4 En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 *Six Group* du 18 décembre 2018 consid. 1576 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt du TF 2C_33/2020 *Interforum* du 8 décembre 2022 consid. 12.2.6 ; arrêts B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.3, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De façon similaire, il est également pris en compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de

l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE C-101/15 *Pilkington Group* du 7 septembre 2016 ch. 19).

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

6.2.2.6 Quant au chiffre d'affaires de l'entreprise, il se calcule selon les critères appliqués pour apprécier le chiffre d'affaires d'une entreprise participante dans le cadre du contrôle des concentrations (art. 4 OCCE ; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart n° 26). S'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in : Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a LCart n° 10). Cela

étant, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.5, B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 *Nikon* du 16 septembre 2016 consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé – eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 s. ch. 2.1.4) – qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 *Nikon* précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires (cf. arrêt B-823/2016 *Musik Hug* précité consid. 6.1.2). Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 *Nikon* précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss).

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

6.2.3.1 Dans son arrêt B-4019/2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté les critiques de la recourante quant à la prise en compte, dans le calcul du montant maximal de la sanction, des chiffres d'affaires des années 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. Il constatait que les exercices retenus – à savoir 2009 à 2011 – étaient ceux qui se rapprochaient le plus du comportement incriminé, ce qui correspondait à la pratique du Tribunal administratif fédéral dont il n'y avait pas lieu de s'écarter (cf. arrêt du TAF B-4019/2013 du 30 octobre 2019 consid. 20.3.4.1).

6.2.3.2 Comme considéré (cf. supra consid. 6.2.2.6), on ne saurait suivre l'approche suggérée par la recourante selon laquelle il conviendrait de se fonder sur les chiffres d'affaires 2010 à 2012, en tant qu'ils seraient les

derniers précédents la décision de la Comco. Une telle approche s'éloigne en effet de la jurisprudence bien établie du Tribunal administratif fédéral (cf. arrêts du TAF B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 *Nikon* du 16 septembre 2016 consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss); la recourante n'explique au demeurant pas en quoi il conviendrait de s'en écarter. Rien ne le justifie d'ailleurs lorsque, comme en l'espèce, la décision de l'autorité de première instance intervient près d'un an et demi après la fin de la période de référence de l'enquête. Il convient en effet, dans l'esprit de la loi, de se fonder sur les trois derniers exercices qui se rapprochent le plus du comportement incriminé. Ceux-ci sont, en principe et comme en l'espèce, dictés par la période de référence déterminée par la Comco dans le cadre de son enquête. D'ailleurs, on peut relever que, lorsque l'infraction se poursuit toujours, il n'est pas rare que cette période se termine au plus près du prononcé de la décision de la Comco, raison pour laquelle il naît parfois une confusion dans l'esprit des plaideurs.

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

6.2.4 La recourante suggère ensuite, dans ses déterminations du 28 mars 2023, que le pourcentage du montant de base de 4 % retenu par l'autorité précédente, ne soit pas appliqué au chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, mais uniquement au chiffre d'affaires réalisé avec les accords illicites. Elle rappelle avoir réalisé un chiffre d'affaires moyen sur ces accords pendant les années 2009 à 2011 de (...) francs, de sorte que le montant de la sanction devrait être de (...) francs.

Ce faisant, la recourante considère, ne serait-ce qu'implicitement, que le Tribunal devrait s'éloigner du texte de l'art. 3 OS LCart qui prévoit que le montant de base de la sanction se détermine sur la base du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents (cf. ég. supra consid. 6.2.2.4). Elle n'explique toutefois pas pour quels motifs il y aurait lieu de le faire. Elle ne pose aucun raisonnement juridique, ni ne plaide que la disposition suscitée sortirait du cadre et des limites de la délégation législative de l'art. 60 LCart ou violerait le principe de la délégation de compétences ancrée à l'art. 164 al. 2 Cst. Dans ces circonstances, le Tribunal ne voit aucune raison de s'éloigner du texte clair de l'art. 3 OS LCart et de sa

jurisprudence confirmée par le Tribunal fédéral (cf. arrêt du TF 2C_33/2020 *Interforum* précité c. 12.2.6).

Il suit de là que les griefs de la recourante tendant à ce que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé avec les contrats illicites doivent être rejetés.

6.2.5 L'autorité inférieure a encore 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 (cf. supra consid. 6.2.3).

Dans son arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a toutefois retranché le chiffre d'affaires réalisé avec les ventes de foires ou de salons, puisqu'il s'agissait de ventes directes aux consommateurs, lesquels ne faisaient pas partie des partenaires potentiels de l'échange.

Il a ainsi retenu que le chiffre d'affaires cumulé correspondant à la vente nette de livres réalisée sur le marché de référence se montait pour les années 2009 à 2011 à (...) francs. La recourante ne conteste plus ce chiffre dans le cadre de ses déterminations du 28 mars 2023. Il n'y a donc pas lieu de s'éloigner de ce montant qu'elle n'a pas critiqué, de sorte que la valeur maximale du montant de base s'élève à (...) francs (10 % de [...] francs).

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

6.2.6.1 Dans son arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a constaté que tous les accords conclus entre la recourante et ses

partenaires de distribution entraient dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et pouvaient être sanctionnés. Il a retenu que les conséquences particulièrement néfastes de l'ensemble de ces accords justifiaient de fixer le montant de base de la sanction à hauteur de 4 % du chiffre d'affaires déterminant. Compte tenu de ce qu'il convenait de retrancher le chiffre d'affaires réalisé avec les ventes de foires et de salons (cf. supra consid. 6.2.5), il a fixé le montant de base à (...) francs (4 % de [...] francs).

6.2.6.2 Cela étant, dans son arrêt 2C_49/2020, le Tribunal fédéral a retenu, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que la recourante n'avait conclu des accords de distribution illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart qu'avec 40 éditeurs ou diffuseurs ayant souscrit une clause les engageant à « ne pas vendre ou laisser vendre » leurs ouvrages sur le territoire suisse. Il a en revanche exclu l'existence de tels accords avec les 53 autres contrats se limitant la plupart du temps à confier la diffusion et la distribution exclusives de livres en Suisse à la recourante. Dans ces circonstances, il a estimé que la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que ce que retenait l'arrêt attaqué, puisqu'elle ne concernait finalement qu'une portion moindre de ses activités de diffusion-distribution de livres, mais que l'on pouvait reprocher à la recourante d'avoir adopté un comportement remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart et que l'on pouvait également lui opposer la commission d'une faute dès lors qu'elle avait conclu des accords cloisonnant le marché suisse et constituant à ce titre des accords rigides ou des cartels durs, dont elle devait savoir qu'ils étaient contraires à la législation fédérale.

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

La recourante souligne que le chiffre d'affaires moyen réalisé avec les 40 accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'élèverait qu'à (...) % de son chiffre d'affaires net moyen durant la période de l'enquête. Dès lors qu'elle dispose d'environ (...) % des parts de marché, ceux-ci n'ont représenté que (...) % du marché pertinent. Elle rappelle que ces éditeurs sont actifs principalement dans le domaine de l'ésotérisme et de la spiritualité et que, contrairement aux autres diffuseurs-distributeurs condamnés, ceux-ci n'éditeraient qu'un nombre marginal d'ouvrages. Dans ces circonstances, ils n'auraient eu que des effets négligeables sur la concurrence. La recourante estime donc, sur cette base qu'il conviendrait de renoncer à

toute sanction au motif qu'il s'agirait d'un cas bagatelle et que l'imposition d'une sanction serait inopportune.

Subsidiairement, la recourante considère qu'une sanction de 1'824.10 francs serait justifiée. Elle parvient à ce chiffre en multipliant d'abord le pourcentage du montant de base de 4 % retenu par l'autorité inférieure dans la décision attaquée par le pourcentage du chiffre d'affaires moyen qu'elle a réalisé avec les accords illicites. Elle parvient à un chiffre de (...) % ([...] % de 4) qu'elle multiplie ensuite par le montant de base de la sanction de (...) francs que le Tribunal administratif fédéral a retenu dans son arrêt du 30 octobre 2019 ([...] % de [...] francs, soit 1'824.10 francs).

De façon encore plus subsidiaire, la recourante estime que la sanction de 447'000 francs devrait être réduite proportionnellement au chiffre d'affaires qu'elle a réalisé avec les accords illicites, soit une sanction de (...) francs ([...] % de 447'000 francs).

De son côté, l'autorité inférieure considère que seule une réduction légère du montant de base de la sanction serait adaptée aux circonstances, mais dans tous les cas pas à moins de 2.75 % du montant de base.

6.2.6.4 D'abord, même à retenir la position de la recourante selon laquelle les accords jugés illicites par le Tribunal fédéral n'auraient causé qu'un effet négligeable sur la concurrence, en raison principalement de la situation particulière des éditeurs concernés et des ouvrages distribués, il n'en demeure pas moins que la recourante a été partie à des accords de distribution avec 40 éditeurs ou diffuseurs lui ayant garanti une protection territoriale absolue.

En souscrivant un contrat avec la recourante, ces éditeurs ou diffuseurs se sont engagés à ne pas vendre ou laisser vendre leurs ouvrages sur le territoire suisse et à transmettre à la recourante toute commande de Suisse qui leur serait directement adressée. Il est définitivement établi que la volonté réelle et commune des parties était bel et bien de conclure des accords visant à cloisonner le marché suisse du livre en français. Les éditeurs et diffuseurs se sont en l'occurrence sciemment et volontairement engagés envers la recourante à faire en sorte qu'aucun distributeur étranger ne procède à des ventes passives de leurs ouvrages à destination du marché suisse (cf. arrêt 2C_49/2020 précité consid. 8.6.2).

On ne saurait donc faire abstraction dans le calcul de la sanction du texte des clauses en question, qui constituent à ce titre des « accords rigides »

ou des « cartels durs » (cf. arrêt 2C_49/2020 précité consid. 10.2) dès lors qu'ils permettaient à la recourante de s'assurer une protection territoriale absolue (cf. idem, consid. 8.6.2). Ainsi, on ne saurait retenir que le comportement de la recourante constitue une infraction de faible gravité, même si l'on devait suivre la position de la recourante selon laquelle les accords en question n'ont eu qu'un effet négligeable sur la concurrence (dans le même sens, cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.4 *in fine*).

6.2.6.5 De plus, même en tenant compte, à l'instar de la recourante, que le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci en lien avec les 40 accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart s'élève à seulement (...) % de son chiffre d'affaires net moyen, on ne saurait établir un rapport direct entre le nombre de contrats illicites et le pourcentage retenu pour le calcul du montant de base. En effet, un seul accord illicite peut justifier à lui seul une sanction maximale. Dans une jurisprudence récente rendue à cinq juges, le Tribunal administratif fédéral a posé le principe qu'il était ainsi exclu de procéder à une règle de trois pour déterminer la réduction qu'il convient d'accorder lorsque le nombre d'accords illicites finalement retenu est moins important que le nombre initialement fixé (cf. arrêt B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.5.1).

Il ne saurait en aller autrement en ce qui concerne le chiffre d'affaires réalisé en lien avec le comportement illicite. Outre la prise en compte du profit réalisé, la loi (art. 49a al. 1 LCart) et la jurisprudence n'imposent pas de corrélation directe entre le chiffre d'affaires réalisé et la gravité de l'infraction ; il est dès lors là aussi exclu de procéder à une règle de trois pour déterminer la réduction du montant de base de la sanction lorsque le chiffre d'affaires réalisé avec les activités illicites ne concerne finalement qu'une part moindre du chiffre d'affaires de la recourante. Une telle règle ne ressort pas non plus de l'arrêt de renvoi. Même si le Tribunal fédéral constate que la violation de la LCart imputable à la recourante ne concerne qu'une portion moindre de ses activités de diffusion-distribution de livres, il n'en déduit nullement une réduction proportionnée de la sanction, quoi qu'en pense la recourante. Ainsi, même en réalisant un faible chiffre d'affaires ou un faible profit en lien avec les activités illicites, celles-ci peuvent justifier, en cas d'infraction particulièrement grave à la LCart, une sanction importante. Il est donc exclu de réduire la sanction de manière simplifiée en établissant un lien direct entre le chiffre d'affaires réalisé avec les activités illicites et le montant de la sanction initialement fixé par l'autorité inférieure. Dans ces circonstances, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient à titre encore plus subsidiaire qu'il suffirait de multiplier le montant de la sanction initialement prononcée par le

pourcentage du chiffre d'affaires réalisé en lien avec les 40 accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart conclus par la recourante dans le but d'aboutir à une sanction de (...) francs ([...] % x 447'000 francs).

6.2.6.6 En l'occurrence, les 40 accords conclus par la recourante avec les éditeurs ou diffuseurs s'étant adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse lui octroient une protection territoriale absolue. Ce point a été définitivement tranché par le Tribunal fédéral. Quand bien même le nombre d'accords finalement retenu est moins important que le nombre fixé initialement et que ce nombre représente une part moindre du chiffre d'affaires moyen réalisé par la recourante durant la période de l'enquête, il n'en demeure pas moins, eu égard au texte explicite des accords et à leurs effets potentiellement graves, que le comportement de la recourante constitue encore une infraction moyennement grave à grave aux règles de la LCart.

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

6.2.6.7 D'une part, on ne saurait renoncer à toute sanction ou admettre une réduction de la sanction à un niveau symbolique en réduisant le pourcentage retenu pour le calcul du montant de base proportionnellement au chiffre d'affaires réalisé avec les accords illicites (selon la recourante [...] % de 4 %, soit [...] %), pour ensuite appliquer ce coefficient directement au montant de base calculé initialement par les autorités précédentes (pour rappel, [...] francs, soit 4 % de [...] francs, cf. supra consid. 6.2.6.1).

Vu le texte clair de l'art. 49a al. 2 et 3 LCart et de la section 3 de l'OS LCart, il n'est d'abord pas certain, lorsque les conditions objectives et subjectives au prononcé d'une sanction financière sont remplies, que les autorités de concurrence puissent – pour les motifs invoqués par la recourante – renoncer à toute sanction. Si une sanction à caractère symbolique peut être prononcée dans le cadre de la fixation du montant de base de la sanction en retenant un pourcentage marginal, la loi précise explicitement les conditions, non remplies en l'espèce, dans lesquelles l'autorité peut renoncer à toute sanction. Cela étant, cette question peut souffrir de demeurer indécise.

En effet, les accords verticaux au sens de l'art. 5 al. 4 LCart que le législateur considère par essence comme suffisamment nuisible pour lui

appliquer la présomption de suppression de la concurrence efficace, ne constitue intrinsèquement pas un cas bagatelle (cf. not. ATF 144 II 246 consid. 10.1 et 143 II 297 consid. 5). Ils présentent un potentiel de risque abstrait élevé et sont intrinsèquement nocifs pour l'économie nationale, ce qu'il convient tout particulièrement de prendre en compte (sur ce point, cf. supra consid. 6.2.2.1). Au surplus, la situation juridique concernant les 40 accords concernés était plutôt claire et la formulation des clauses sanctionnées par le Tribunal fédéral n'a pas donné lieu à d'intenses discussions.

Dans ces circonstances, compte tenu du très large pouvoir dont disposent les autorités de concurrence sur ce point (cf. supra consid. 6.2.2.2), le Tribunal ne voit aucune circonstance qui justifierait le prononcé d'une sanction nulle ou à caractère symbolique au motif que les éditeurs que la recourante diffuse et distribue sont actifs principalement dans le domaine de l'ésotérisme et de la spiritualité et que ceux-ci n'éditeraient qu'un nombre négligeable d'ouvrages.

Nonobstant, la méthode proposée par la recourante pour déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par symbolique reviendrait – en quelque sorte – à tenir compte deux fois de la gravité de l'infraction, en réduisant d'abord le coefficient appliqué au montant de base de 4 % proportionnellement au chiffre d'affaires réalisé avec les activités illicites, puis en appliquant ce nouveau coefficient réduit, non pas à l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent conformément à l'art. 3 OS LCart, mais uniquement au montant de base de la sanction – lequel constitue déjà un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents. Une telle méthode s'éloignerait des principes bien établis en matière de calcul de la sanction (cf. supra consid. 6.2.2) et rien ne justifie qu'elle soit suivie. La recourante n'explique d'ailleurs pas véritablement pourquoi le Tribunal de céans devrait s'éloigner desdits principes.

6.2.6.8 D'autre part, avec une réduction de 2.5 % du montant de base de la sanction, passant ainsi de 4 % à 1.5 %, celui-ci se situe déjà dans une fourchette basse pour une infraction moyennement grave à grave. D'ailleurs, même en revenant sur l'analyse des effets déployés par les accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart passés par la recourante et en suivant en tout point ses arguments selon lesquels ces accords n'auraient eu qu'un effet négligeable, voir très marginal, sur la concurrence, le Tribunal de céans estime qu'une réduction supplémentaire ne se justifierait pas en présence de clauses explicites aux effets potentiellement graves.

6.2.7 En définitive, il y a donc lieu de fixer le montant de base de la sanction à 1.5 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent au lieu des 4 % retenus dans la décision attaquée. Il se monte ainsi à (...) francs (1.5% de [...] francs).

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

6.3.1 Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. La recourante n'a formulé aucun grief à cet égard. La recourante fait valoir, dans ses déterminations du 28 mars 2023, qu'en date du 20 août 2015, elle a décidé de modifier toutes les clauses dont la Comco, en cela suivie par les instances de recours successives, avait estimé qu'elles empêchaient les ventes passives. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que les clauses litigieuses ont été en vigueur durant toute la période de l'enquête. Il s'ensuit que le comportement de la recourante a duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a donc 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 du cas d'espèce.

6.3.2 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 de la sanction est de (...) francs (150 % de [...] francs).

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

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

OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

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

6.4.2 La recourante estime, au gré des instances successives, que l'autorité inférieure n'aurait pas tenu compte de l'ensemble des circonstances atténuantes. Elle fait valoir qu'elle avait tout lieu de penser que ses contrats étaient licites, que l'infraction était, somme toute, de peu de gravité, que le niveau de sa table de prix était bas, que l'enquête n'avait jamais porté sur un grief relatif à des accords territoriaux avant la communication de la proposition de décision, que l'enquête avait été suspendue en raison de l'adoption de la loi sur le prix du livre et qu'elle ne faisait partie d'aucun grand groupe.

6.4.3 En l'occurrence, le Tribunal fédéral a jugé définitivement que, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien participé à 40 accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec différents éditeurs ou diffuseurs durant la période sous enquête et que le fait que les clauses d'exclusivité illicites contenus dans ces contrats auraient pu perdre tout effet ou utilité dans l'hypothèse où la loi sur le prix du livre aurait été acceptée en référendum en 2012 n'y changeait rien. On pouvait donc lui opposer la commission d'une faute dès lors qu'elle a conclu de tels accords, dont elle devait savoir qu'ils étaient contraires à la législation fédérale (cf. arrêt 2C_49/2020 précité consid. 10.2). De même, il a jugé qu'elle devait savoir s'être liée à des accords de distribution aptes à isoler le marché suisse et susceptibles d'être visés par l'art. 5 al. 4 LCart, peu importe que la Comco n'ait jamais ouvert d'enquête avant 2007, qu'elle ait entamé une procédure pour abus de position dominante et que la procédure ait duré plus de dix avant que le Tribunal administratif fédéral ne rende son arrêt (cf. idem consid. 10.3).

6.4.4 La recourante ne peut dès lors plus se prévaloir à ce stade de ce qu'elle avait tout lieu de penser que ses contrats étaient licites ou de ce qu'il conviendrait de tenir compte du contexte de la loi sur le prix du livre.

De même, le Tribunal de céans s'est déjà prononcé sur la portée de la gravité de l'infraction ou de l'absence d'effets des accords, cas échéant en raison du faible niveau des tables de la recourante, dans le cadre de la détermination du montant de base, de sorte qu'on ne saurait en tenir compte une seconde fois à ce stade, ce d'autant plus que l'infraction considérée, à savoir la conclusion d'accords rigides ou de cartels durs, ne saurait relever de cas bagatelles ou de peu de gravité. Quant au fait que la recourante ne fasse partie d'aucun groupe, cela ne modifie en rien la responsabilité de la recourante quant à son propre comportement. Le fait qu'elle ne dispose du soutien financier d'aucun grand groupe devra être examiné, tout au plus, sous l'angle de la proportionnalité de la sanction et de l'examen de la capacité contributive de la recourante auquel il sera procédé ci-après (cf. infra consid. 6.5).

6.4.5 Dans ces conditions, aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante ne justifie une réduction de la sanction à ce titre.

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

6.5.1 Pour ce faire, l'autorité inférieure 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 (...) francs aux fonds propres de la recourante fin 2011, à savoir 447'000 francs. En raison de la diminution du montant de base de la sanction opérée par le Tribunal de céans, il convient de vérifier si le montant majoré de la sanction de (...) francs est proportionné et s'il ne met pas en péril la capacité contributive de la recourante.

6.5.2 La recourante estime que le prononcé de la sanction violerait le principe de proportionnalité. Elle soutient que l'autorité inférieure ne pouvait pas tenir compte uniquement de ses fonds propres à la fin 2011. Elle indique que sa capacité contributive aurait diminué en 2012, dès lors que ses fonds propres ne se montaient plus qu'à (...) francs (cf. pièce 32 de la recourante à l'appui de son recours du 12 juillet 2013). Elle ajoute à cet effet que, si ses actionnaires ont décidé l'attribution d'un dividende de (...) francs en 2011 et qu'elle a décidé de ne pas constituer une provision

pour la sanction, c'est notamment parce qu'elle ignorait qu'une exclusivité pouvait être illicite en droit des cartels et qu'elle estimait que la décision serait revue intégralement. Elle indique enfin qu'en juillet 2018, elle aurait transféré à la société C. _____ toutes ses activités de diffusion.

6.5.3 Comme toute mesure, le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart ; arrêt B-823/2016 Musik Hug précité consid. 6.5). En principe, pour respecter le principe de la proportionnalité, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait, par conséquent, conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt 2C_484/2010 Publigroupe précité consid. 12.3.2 ; arrêt B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.6.1). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, 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).

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

6.5.5 Il sied de s'intéresser d'abord au moment déterminant pour apprécier la capacité contributive de l'entreprise concernée afin de vérifier si la sanction respecte le principe de la proportionnalité. A cet égard, on peut se référer par analogie à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral pour déterminer le chiffre d'affaires des trois derniers exercices. Dès lors que le choix de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé permet d'écartier la possibilité d'influencer 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, pour les mêmes motifs, de tenir compte de la capacité contributive de la société au moment le plus proche du comportement incriminé.

Une telle façon de procéder permet de préserver l'aspect punitif de la sanction en empêchant la possibilité d'influencer l'ampleur de la sanction par une diminution volontaire d'une partie des fonds propres de l'entreprise, par exemple par la distribution de dividendes juste avant le prononcé de la sanction. Lorsque tel est le cas, ce n'est plus la sanction, mais le comportement des organes de l'entreprise qui s'impose comme la cause la plus probable de la mise en péril de l'existence de l'entreprise.

6.5.6 En l'occurrence, la période de l'enquête porte sur les années 2005 à 2011. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure s'est fondée sur la capacité contributive de la recourante à la fin de l'année 2011. De plus, la recourante ne conteste pas avoir distribué, lors de l'assemblée générale ayant approuvé les comptes de l'exercice 2011, un dividende de (...) francs à ses actionnaires. S'il est vrai que l'exercice 2012 de la recourante se solde sur un résultat presque nul, il ressort des comptes que dite distribution a largement contribué à réduire les fonds propres de la recourante, qui sont passés de (...) francs à la fin de l'exercice 2011 à (...) francs à la fin 2012 (cf. pièce 32 de la recourante à l'appui de son recours du 12 juillet 2013).

Les explications de la recourante selon lesquelles elle a procédé à cette distribution parce qu'elle ignorait qu'une exclusivité pouvait être illicite en droit des cartels et qu'elle estimait que la décision serait revue ne lui sont d'aucun secours. Comme considéré, le Tribunal fédéral a relevé que la recourante ne pouvait ignorer que les clauses contenues dans les contrats passés avec 40 éditeurs et diffuseurs étaient contraires à la loi sur les cartels et qu'elle ne pouvait se dégager de son devoir de diligence. A cet égard, elle était d'autant plus tenue à la vigilance qu'elle se savait partie à une enquête ouverte par la Comco étendue, en mars 2011, aux accords

verticaux qu'elle avait conclu avec ses partenaires commerciaux. Dès lors qu'il lui était loisible de se renseigner sur la situation juridique auprès de la Comco pour connaître l'impact de la distribution d'un dividende sur le calcul d'une éventuelle sanction, il est quelque peu malvenu de prétendre qu'il soit tenu compte de ses fonds propres à la fin de l'année 2012 une fois la société vidée en grande partie de sa substance. On doit au contraire bien admettre que la façon dont se sont comportés les organes de la recourante constituent précisément un exemple de la raison pour laquelle il doit être tenu compte de la capacité contributive de la recourante au plus près du comportement incriminé.

6.5.7 Au surplus, la recourante ne formule aucun grief quant au plafond inférieur de (...) francs aux fonds propres retenu par l'autorité inférieure pour calculer sa capacité contributive maximale, ni ne conteste que ceux-ci se montaient à (...) francs à la fin de l'année 2011. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer qu'une sanction maximum de 447'000 francs serait encore proportionnelle à la capacité contributive de la recourante. Partant, le montant majoré de la sanction de (...) francs ne viole pas le principe de la proportionnalité.

D'ailleurs, même si l'on devait suivre la position de la recourante selon laquelle il devait être tenu compte de sa capacité contributive à la fin de l'année 2012, elle perd de vue que ses actionnaires – qui venaient de percevoir un dividende de (...) francs – disposaient à tout le moins d'une capacité de recapitalisation équivalente dont il faudrait tenir compte dans l'examen du caractère proportionnel de la sanction. Il suit de là que, dans ces circonstances, une sanction maximum de 435'000 francs aurait encore pu être prononcée sans violer le principe de la proportionnalité, en raison d'une capacité contributive propre de (...) francs de la recourante ([...] francs de fonds propres sous déduction d'un plafond de [...] francs), auquel s'ajoutait une capacité de recapitalisation de (...) francs à hauteur des dividendes versés aux actionnaires en cours de procédure de première instance. Là aussi une sanction de (...) francs ne violerait pas le principe de la proportionnalité. Dans ces conditions, il importe peu que la recourante ne fasse partie d'aucun grand groupe capable de la refinancer. En versant à ses actionnaires un dividende en cours de procédure de première instance, alors qu'elle se savait menacée d'une sanction, elle a créé derechef en eux la capacité de réinjecter cette somme – ou une partie de celle-ci – dans la société.

6.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a donc lieu de fixer la sanction prononcée à l'encontre de la recourante à 252'724 francs. Ce

montant reste, au demeurant, largement dans les limites du montant maximal de la sanction défini ci-dessus (cf. supra consid. 6.2.3).

6.7 Vu ce qui précède, les griefs soulevés de part et d'autre quant à l'impact de l'arrêt de renvoi en lien avec le plafond maximum de 447'000 francs retenu par l'autorité inférieure en application du principe de la proportionnalité peuvent souffrir de demeurer ouverts, dès lors que le montant de la sanction nouvellement prononcée par le Tribunal de céans respecte le principe de proportionnalité.

7.

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

7.1 La recourante conclut d'abord à ce que tous les frais de procédure devant la Comco soient mis à la charge de celle-ci ou du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche. Subsidairement, à ce que la majeure partie soit mise à leur charge.

7.1.1 Cela étant, le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirmait que la recourante devait payer un dixième des frais occasionnés par la procédure devant la Comco et que cette décision ne violait à première vue pas le droit fédéral, même si le nombre d'accords imputables justifiant le prononcé d'une sanction a été surévalué. Il a rappelé d'ailleurs que, dès lors que la recourante avait malgré tout été sanctionnée, il s'agissait d'un critère justifiant la mise à sa charge des frais de procédure de première instance. Le Tribunal fédéral ne s'est ainsi pas éloigné de sa propre jurisprudence selon laquelle celui qui, par son comportement, provoque l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart, peut être condamné à l'ensemble des frais d'enquête de première instance.

Il a rappelé d'ailleurs que, selon sa propre jurisprudence, celui qui, par son comportement, provoquait l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart, pouvait être condamné à l'ensemble des frais d'enquête de première instance (cf. ATF 128 II 247 consid. 6 ; arrêt du TF 2A-492/20002 du 17 juin 2003 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral a, en revanche, estimé que la recourante ne pouvait être condamnée à répondre solidairement de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres

distributeurs. Il a ainsi renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il corrige ce point.

7.1.2 Ainsi, en vertu du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi (cf. supra consid. 2.3), le Tribunal de céans voit sa cognition limitée. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a tranché, de manière définitive, qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirmait la condamnation de la recourante au paiement d'un dixième des frais de procédure de première instance, soit 76'015 francs. Au surplus, il a rappelé que la recourante n'avait soulevé aucun grief dans la procédure menée devant lui. Dans ces circonstances, la recourante ne peut plus, à ce stade, revenir sur ce qui a définitivement été tranché par le Tribunal fédéral et sur les constats qu'elle n'a pas critiqués devant lui.

Nonobstant, quand bien même on devrait admettre une cognition résiduelle, le Tribunal de céans ne voit pas, à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en quoi il y aurait lieu de réduire les frais, dès lors que la recourante a, par son comportement illicite, provoqué l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart, qu'elle a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart durant la période sous enquête, qu'il lui a été interdit 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 est condamnée au versement d'une sanction financière.

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

7.1.4 D'ailleurs, c'est l'occasion de relever que, dans plusieurs de ses écritures, la recourante semblait considérer que sa capacité contributive devrait également être prise en compte dans le cadre de la fixation des frais devant l'autorité inférieure. Sur le vu de ce qui précède (cf. supra consid. 6.5.7), de tels griefs n'ont toutefois plus de portée propre. Même à considérer une sanction de 252'724 francs, la capacité contributive propre de la recourante et/ou sa capacité de recapitalisation lui permettent de supporter encore d'être condamnée à payer un montant de 76'015 francs au titre de frais de la procédure devant la Comco.

7.2 Au surplus, dans ces écritures, c'est à juste titre que la recourante n'a pas conclu à ce qu'il lui soit octroyé une indemnité équitable à titre de

dépens pour la procédure de première instance (sur ce point et sur les notes d'honoraires de la recourante, cf. ég. infra consid. 8.2.2). En effet, conformément à la jurisprudence (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens liés à la procédure de recours ; la LCart ne contient pas de règle spécifique prévoyant un dédommagement de droit administratif et la PA, à laquelle renvoie l'art. 39 LCart, ne prévoit pas l'allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance (art. 64 PA).

8.

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

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

8.1.1 En l'occurrence, la recourante a obtenu gain de cause en tant qu'elle n'est plus astreinte à une sanction de 447'000 francs, ni au paiement solidaire des 760'150 francs de frais de procédure devant la Comco. Elle est uniquement condamnée à payer une sanction de 252'724 francs ainsi que sa part des frais de procédure, à savoir 76'015 francs.

8.1.2 Dans son arrêt initial, le Tribunal administratif fédéral avait fixé les frais de procédure à 8'000 francs. Vu toutefois l'issue de la procédure B-4019/2013 à la suite de l'arrêt de renvoi, il y a lieu de mettre à la charge de la recourante des frais de procédure réduits à 4'000 francs. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais de 8'000 francs, acquittée par la recourante le 2 août 2013. Le solde de 4'000 francs lui sera restitué à l'entrée en force du présent arrêt.

8.2 Au surplus, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA).

8.2.1 Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps

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

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

A l'appui de sa réplique du 14 janvier 2014, la recourante a produit deux notes d'honoraires s'élevant respectivement à (...) et (...) francs (hors TVA), soit un total de (...) francs. Les deux notes ont été établies à l'attention de la société C. _____ – un autre diffuseur-distributeur visé par l'enquête – et visent autant l'activité de représentation de cette dernière que de la recourante, sans qu'il soit possible de distinguer l'une de l'autre.

Dans ces circonstances, il sied d'abord d'écarter la part des frais de représentation de la société C. _____. Il est un fait connu du Tribunal que l'intervention du mandataire a été pratiquement équivalente pour les deux sociétés, de sorte que, faute de décompte détaillé remis par celui-ci, on peut considérer, *ex aequo et bono*, que seule la moitié de celle-ci était dévolue à la représentation de la recourante, soit un total de (...) francs.

8.2.3 Il sied de s'intéresser ensuite plus en détail à ces notes. [Les informations qui suivent détaillent l'activité effectuée par l'avocat. Elles sont protégées par le secret professionnel].

8.2.4 A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est référé, de manière indicative, aux résultats d'une étude de 2005 commandée par la Fédération suisse des avocats (FSA) à l'Université de Saint-Gall (URS FREY/HEIKO BERGMANN, Bericht : Studie Praxiskosten des schweizerischen Anwaltsverbandes, Saint-Gall 2005) (cf. ATF 132 I 201 consid. 8.7 ; arrêt du TF 6B_659/2017 du 6 mars 2018 consid. 2.7.3). Cette étude estimait notamment les frais généraux des avocats en tenant compte des heures de travail facturables, les heures non facturées étant cofinancées par les heures facturées. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de s'écarter de ce principe de calcul, permettant d'évaluer les charges effectives fondées sur des moyennes d'heures facturées annuellement, et non un coût théorique

tenant compte du temps global passé à l'étude. Selon l'étude effectuée par Frey/Bergmann pour l'année 2012 (cf. URS FREY/HEIKO BERGMANN, Etude sur les frais professionnels de la Fédération suisse des avocats [année de référence 2012], Saint-Gall 2014, dont les résultats ont été résumés dans la Revue de l'avocat 8/2014 p. 325 ss), il a été tenu compte de 1'386 heures facturables pour un avocat à temps complet sur un an (cf. FREY/BERGMANN, op. cit. 2014, p. 14). En tenant compte de 231 jours de travail par année à Genève, cela correspond à 6 heures journalières facturées.

8.2.5 Il apparaît d'emblée que les [nb. heures facturées] apparaissent excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à l'équivalent de plus de [...] jours de travail. Certes, le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois le mémoire de recours s'étend sur [...] pages seulement et la réplique sur [...] pages. Au surplus, le mandataire de la recourante représentait déjà celle-ci dans le cadre des auditions devant l'autorité inférieure. Enfin, les notes d'honoraires remises par le mandataire [Les informations qui suivent détaillent l'activité effectuée par l'avocat. Elles sont protégées par le secret professionnel]. Dans ces circonstances, au regard de l'ampleur et de la nature de la présente affaire, le Tribunal est d'avis que 80 heures sont largement suffisantes. Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 400 francs apparaît toutefois justifié.

8.2.6 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de représentation de la recourante de 32'000 francs correspondant à 80 heures à 400 francs. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il se justifie de lui octroyer, pour la procédure B-4019/2013, une indemnité à titre de dépens réduits de 16'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure. Les dépens ne comprennent aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

9.

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

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

9.2 En revanche, la recourante, qui a conclu à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée à l'issue de l'arrêt du Tribunal fédéral, n'obtient que partiellement gain de cause. Il suit de là que, faute de décompte remis en temps utile, il se justifie de lui octroyer *ex aequo et bono* – en tenant compte

des écritures produites – une indemnité à titre de dépens réduits de 2'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le chiffre 1.4 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé.

Partant, la recourante est condamnée au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de 252'724 francs.

2.

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

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

3.

Des frais de procédure, d'un montant réduit de 4'000 francs, sont mis à la charge de la recourante pour la procédure B-4019/2013.

Ils sont imputés sur l'avance de frais de 8'000 francs déjà prestée. Le solde de 4'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Une indemnité de 16'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits pour la procédure B-4019/2013 et mise à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure B-429/2023.

6.

Une indemnité de 2'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits pour la procédure B-429/2023 et mise à la charge de l'autorité inférieure.

7.

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

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

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

Expédition : 13 septembre 2023