



**2C\_44/2020**

**Arrêt du 3 mars 2022**

**Ile Cour de droit public**

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux  
Aubry Girardin, Présidente, Donzallaz,  
Beusch, Hartmann et Ryter.  
Greffier : M. Jeannerat.

Participants à la procédure

Les Editions Flammarion SA,  
représentée par Maîtres Benoît Merkt et  
Sevan Antreasyan, avocats,  
recourante,

*contre*

Commission de la concurrence COMCO,  
intimée.

Objet

Cartels - sanction; marché du livre en français,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 (B-3975/2013).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** Les Editions Flammarion SA est une société anonyme de droit suisse. Durant la période 2005 à 2011, elle appartenait au groupe éponyme Flammarion. Ce groupe rassemblait alors plusieurs sociétés actives dans le milieu de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français, notamment la société Flammarion SA sise en France, qui détenait 100% du capital-actions de la société Les Editions Flammarion SA. En 2012, le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Madrigall.

L'ancien groupe Flammarion se charge de diffuser et de distribuer lui-même les ouvrages édités par ses propres filiales. Il se voit également confier de telles tâches par des éditeurs externes ayant choisi de se faire diffuser et distribuer par lui. En tant que diffuseur, il définit le plan commercial et promotionnel des livres concernés, les fait connaître aux divers points de vente et en prend les commandes. En tant que distributeur, il organise les flux physiques, logistiques et financiers entre les points de ventes de livres et l'éditeur et assure notamment la gestion des ouvrages retournés (cf. art. 105 al. 2 LTF).

**A.b.** La société suisse Editions Flammarion SA a pour sa part comme mission spécifique de diffuser sur le territoire suisse les livres en français édités, d'une part, par son groupe et, d'autre part, par les éditeurs indépendants ayant confié une telle tâche à celui-ci. Se limitant dans les faits à une activité de diffusion, elle sous-traite ce faisant la distribution de l'ensemble de ces ouvrages à une autre société suisse, à savoir A. \_\_\_\_\_ SA (ci-après: A. \_\_\_\_\_). Les deux sociétés ont conclu à cette fin trois contrats entre 2000 et 2010, contenant tous la clause suivante (art. 3 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000) :

"[Les Editions Flammarion SA] confie à A. \_\_\_\_\_, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres.  
Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par [Les Editions Flammarion SA] à A. \_\_\_\_\_ qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
  - les ventes par clubs, couponing,
  - les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.
- [Les Editions Flammarion SA] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable [d'] A. \_\_\_\_\_, sauf pour des titres soldés. (...)"

**A.c.** En date du 18 juillet 2012, Les Editions Flammarion SA et A. \_\_\_\_\_ ont précisé la portée de cette clause:

"Comme vous le savez, nous répondons à la demande de clients [suisses] qui souhaitent acheter des ouvrages directement en France via notre filiale de distribution B. \_\_\_\_\_ et non plus via l'A. \_\_\_\_\_.  
C'est notamment le cas de la FNAC ou encore de Payot.  
Nous vous remercions de bien vouloir nous confirmer, en contresignant la présente que vous considérez comme nous que [Les Editions Flammarion SA] est libre de servir directement ses clients suisses sans que l'A. \_\_\_\_\_ puisse lui opposer une quelconque exclusivité en sa qualité de logisticien."

**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. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des revendeurs actifs en Suisse ont fait apparaître que les premiers occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix y était élevé.

**B.b.** Le 13 mars 2008, d'entente avec le Président de la COMCO, le secrétariat a ouvert une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels. Le 2 mars 2011, de concert avec son Président, le secrétariat de la COMCO a élargi son enquête à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence au sens de la loi précitée.

**B.c.** Le 18 mars 2011, le Parlement a adopté la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre, contre laquelle un référendum a été lancé. L'adoption de cette loi et la perspective d'une votation populaire ont amené le secrétariat de la COMCO à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011, en application du principe de l'économie de la procédure. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé en votation le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre.  
La COMCO a repris son enquête le 22 mars 2012.

**B.d.** 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 notamment que Les Editions Flammarion SA 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. Selon le secrétariat, la société avait aussi participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et proposait d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente, notamment au moyen de tabelles, et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise fondé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il envisageait de défendre aux diffuseurs-distributeurs 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 a proposé de sanctionner Les Editions Flammarion SA et de mettre à sa charge une part des frais de procédure. Il n'a, pour le reste, pas retenu l'existence d'un abus de position dominante (cf. art. 105 al. 2 LTF).

**B.e.** En date du 27 mai 2013, après déterminations des parties sur la proposition de décision ainsi que divers actes d'instruction et auditions, la COMCO a rendu une décision à l'encontre de la société Les Editions Flammarion SA et de neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. Elle a condamné en particulier la société précitée au paiement d'une sanction de 1'225'794 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart en raison de sa participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart (ch. 1.8 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 fr. (ch. 4 du dispositif).

**B.f.** Le 11 juillet 2013, Les Editions Flammarion SA a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée de la COMCO. La société concluait à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du

dispositif de la décision du 27 mai 2013 et au classement sans suite de la procédure menée à son encontre, subsidiairement au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants.

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a admis partiellement le recours, en ce sens qu'il a réduit à 919'346 fr. la sanction prononcée à l'encontre de la société Les Editions Flammarion SA. Il a confirmé la décision attaquée pour le surplus, notamment en tant qu'elle interdit à l'intéressée d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français en Suisse et la condamne au paiement à titre solidaire des frais de procédure devant la COMCO. Il a enfin mis à la charge de la société des frais de procédure de recours à hauteur de 13'000 fr.

### C.

Le 4 janvier 2020, Les Editions Flammarion SA (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. La société conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il la condamne au paiement d'une sanction de 919'346 fr. pour participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels et en tant qu'il met à sa charge une partie des frais de procédure de recours. La société demande en outre au Tribunal fédéral de constater qu'elle n'a pas participé à des accords en matière de concurrence avec la société A. \_\_\_\_\_ au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 1 de la loi sur les cartels, ni à aucun accord illicite au sens de cette même loi, de la libérer de toute sanction et, enfin, de mettre les frais de procédure devant la COMCO et le Tribunal administratif fédéral à la charge de la Confédération. Subsidiairement, elle demande au Tribunal fédéral de réduire la sanction prononcée à son encontre et, plus subsidiairement encore, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité précédente pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours, renvoyant aux considérants de l'arrêt attaqué. La COMCO a répondu au recours, dont elle conclut au rejet.

La recourante et la COMCO ont répliqué, respectivement dupliqué. La recourante a par ailleurs déposé d'ultimes observations.

## Considérant en droit :

### I. Recevabilité et pouvoir d'examen

#### 1.

**1.1.** Le litige porte sur le bien-fondé d'une décision initialement prononcée par la COMCO et condamnant notamment la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). Cette décision a été confirmée dans son principe par le Tribunal administratif fédéral, qui a néanmoins réduit le montant de la sanction infligée, par arrêt du 30 octobre 2019. Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

**1.2.** Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Le recours est partant recevable, sous réserve des précisions qui suivent.

**1.3.** La COMCO affirme que le recours ne satisfait pas pleinement aux exigences de motivation en tant qu'il conclut, à titre subsidiaire, à la réduction de la sanction prononcée par le Tribunal administratif fédéral, sans en chiffrer le montant exact.

Selon la loi et la jurisprudence, la personne qui dépose un recours au Tribunal fédéral ne doit pas se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais elle doit également prendre des conclusions sur le fond du litige, sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 107 al. 2 LTF). Il n'est fait exception à cette règle que lorsque le Tribunal fédéral, en cas d'admission du recours, ne serait de toute manière pas en mesure de statuer lui-même sur le fond et devrait renvoyer la cause à l'autorité précédente (cf. **ATF 137 II 313** consid. 1.3; **136 V 131** consid. 1.2 s.; **134 III 379** consid. 1.3). Ce principe vaut non seulement en droit civil, mais aussi en droit public, et notamment en matière de droit des cartels, en particulier lorsqu'une autorité fédérale recourt au Tribunal fédéral pour obtenir le prononcé d'une sanction à l'encontre d'une entreprise en application de la LCart (cf. **ATF 147 II 72** consid. 8.1; arrêts 2C\_101/2016 du 18 mai 2018 consid. 16, non publié in **ATF 144 II 246**; aussi, en matière fiscale, 2C\_576/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.3, non publié in **ATF 143 IV 130**).

Il est en l'occurrence vrai que la recourante n'a pas chiffré la diminution de la sanction qu'elle requiert. Une telle précision ne ressort par ailleurs pas de la motivation de son mémoire. Il n'est toutefois pas nécessaire de se demander si cette conclusion subsidiaire du recours doit être déclarée irrecevable pour ce motif, étant précisé que la présente situation n'est pas pleinement comparable aux cas relevant du droit des cartels dans lesquels la Cour de céans a examiné l'existence d'une violation du devoir de motiver de la part des autorités recourantes (cf. en particulier arrêt 2C\_101/2016 du 18 mai 2018 consid. 16, non publié in **ATF 144 II 246**). Comme on le verra, la conclusion subsidiaire de la recourante tendant à la diminution de sa sanction est de toute manière mal fondée (cf. *infra* consid. 12.4).

1.4. La Cour de céans relève enfin que la conclusion tendant à mettre à la charge de la Confédération les frais de procédure devant la COMCO et le Tribunal administratif fédéral couvre également, et ce de manière implicite, une éventuelle réduction de ceux-ci. La question d'une telle réduction relève donc, sous cet angle, de l'objet du litige et sera traitée dans le présent arrêt (cf. *infra* consid. 13).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (cf. **ATF 140 III 115** consid. 2; **140 III 86** consid. 2; **133 III 545** consid. 2.2; arrêt 4A\_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in **ATF 135 III 112**). Il n'est le cas échéant pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (cf. **ATF 135 III 397** consid. 1.4; **133 II 249** consid. 1.4.1).

2.2. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; **ATF 142 I 155** consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. **ATF 142 I 135** consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexact" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. **ATF 140 III 264** consid. 2.3).

## *II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes*

3.

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant, comme la COMCO, que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 919'346 fr. Il convient de présenter le raisonnement suivi à cet égard par les autorités précédentes, après avoir effectué un rapide survol des normes topiques en la cause.

4.

4.1. La LCart 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). Elle s'applique, entre autres situations, aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart), soit à des conventions avec ou sans force obligatoire, ainsi qu'à des pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, qui visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

4.2. L'art. 5 al. 1 LCart prévoit que "[l]es 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". L'art. 5 LCart précise ensuite à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", avant d'énumérer à ses al. 3 et 4 plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L'art. 5 al. 4 LCart, qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en l'occurrence ce qui suit: "Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace 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".

4.3. Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 50 LCart. dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une 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. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord illicite en matière de concurrence que si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("*hartes Kartell*" ou "*harte Abrede*"), c'est-à-dire à l'un des accords présumés supprimer toute concurrence

et exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. **ATF 147 II 72** consid. 6.2; arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. **ATF 143 II 297** consid. 9.4.6) : ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (cf. arrêts 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, destiné à la publication; 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd., 2011, no 7 ad art. 49a LCart; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

**4.4.** La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (**ATF 143 II 297** consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 s., 331 et 330 s.; voir BO 2002 CN 1435 s., 1438), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le parallélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO 2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. **ATF 143 II 297** consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désire une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (**ATF 143 II 297** consid. 6.2.3; arrêt 2C\_43/2021 du 21 décembre 2020 consid. 4.4, destiné à la publication; cf. aussi BO 2003 CE 331).

On précisera cependant ici que l'analyse juridique de la présente cause, qui concerne d'éventuelles ententes cartellaires sur le marché suisse du livre en français entre 2005 et 2011, s'orientera sur les normes européennes prévalant durant la période concernée et actuellement toujours en vigueur, sans tenir compte des modifications intervenues depuis lors ou à venir, notamment la révision annoncée du règlement européen d'exemption des accords verticaux prévue pour juin 2022 (cf. [https://ec.europa.eu/info/topics/competition\\_fr](https://ec.europa.eu/info/topics/competition_fr) > Consultations > *Public consultation on the draft revised Regulation on vertical agreements and vertical guidelines*, consulté le 15 février 2022).

## 5.

**5.1.** En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a retenu que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant un système de diffusion/distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute 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 en particulier estimé que la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à la relation commerciale entretenue par la recourante et A.\_\_\_\_\_ durant la période précitée en vue de la distribution de livres en Suisse (cf. supra consid. A.b) : le système institué par les deux sociétés cloisonnait la distribution des ouvrages édités ou simplement diffusés par le groupe Flammarion en empêchant toute importation parallèle par les revendeurs helvétiques. Selon la COMCO, il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" et "intramarque" susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace découlant de l'art. 5 al. 4 LCart. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait considérer que le système de distribution mis en place par la recourante a de toute manière eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 1'225'794 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5 al. 1 et 4 LCart et 49a al. 1 LCart. Elle lui a par ailleurs interdit de continuer à empêcher toutes importations parallèles de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

**5.2.** Statuant sur recours de la recourante, le Tribunal administratif fédéral s'est, en substance, largement rallié à la décision de la COMCO, dont il s'est néanmoins distancié sur un point. D'après lui, la relation commerciale entretenue par la recourante et A.\_\_\_\_\_ entre 2005 et 2011 reposait certes sur des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les clauses d'exclusivité territoriale contenues par ces accords s'avéraient en outre illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart et il convenait dès lors d'en interdire le renouvellement pour l'avenir. En revanche, elles ne tombaient pas entièrement sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Elles ne relevaient pas de la disposition précitée dans la mesure où elles concernaient des livres édités - et donc produits

directement - par le groupe Flammarion. Les accords de distribution passés par la recourante et A. \_\_\_\_\_ n'étaient en réalité visés par l'art. 5 al. 4 LCart qu'en tant qu'ils se rapportaient à des ouvrages édités par des sociétés tierces en dehors du groupe Flammarion - tout en étant diffusés par celui-ci - et ce n'était qu'en lien avec la distribution de ces produits spécifiques qu'il était possible de sanctionner la recourante en application de l'art. 49a LCart. Il convenait dès lors de réduire le montant de la sanction financière prononcée à l'encontre de cette dernière à 919'346 fr., puisque la quantité d'ouvrages concernée par un accord d'attribution de territoires illicites au sens des art. 5 al. 4 LCart était en réalité relativement plus faible que ce que la COMCO avait retenu.

**5.3.** Dans ses écritures, la recourante conteste les raisonnements qui précèdent et affirme pour sa part n'avoir jamais été partie à un quelconque accord de distribution visé par l'art. 5 al. 4 LCart avec A. \_\_\_\_\_, que ce soit en lien avec la distribution de livres édités par le groupe Flammarion ou d'ouvrages édités par des entreprises externes à celui-ci. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Existence d'accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart

## 6.

La première question à examiner est celle de savoir si, entre 2005 et 2011, la recourante a participé à des "accords en matière de concurrence" au sens de l'art. 4 al. 1 LCart en confiant à A. \_\_\_\_\_ la distribution exclusive sur le territoire suisse des ouvrages qu'elle était appelée à diffuser auprès des revendeurs helvétiques. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à la reconnaissance d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 LCart et, *a fortiori*, à une éventuelle condamnation en application de l'art. 49a LCart (cf. aussi art. 2 al. 1 LCart et *supra* consid. 4.3).

**6.1.** La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé les art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart en retenant l'existence d'un accord en matière de concurrence (et l'applicabilité de la LCart). Elle soutient que la relation qu'elle entretient avec A. \_\_\_\_\_ ne relèverait pas d'une relation de distribution, mais d'une relation d'agence, laquelle ne constituerait pas un accord en matière de concurrence au sens des dispositions précitées. Elle reproche par ailleurs à l'autorité précédente d'avoir établi les faits de manière manifestement incomplète en lien avec cette question, ce en violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire et de son droit d'être entendue, garantis aux art. 9 et 29 al. 2 Cst.

**6.2.** Aux termes de l'art. 4 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". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (**ATF 144 II 246** consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (arrêts 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, destiné à la publication; 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1). Des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent ainsi exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; **ATF 144 II 246** consid. 6.4.1; **129 II 18** consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). En revanche, les conventions passées entre des sociétés appartenant à un même groupe et sur lesquelles une société mère exerce un contrôle effectif ne sont pas soumises à la LCart, dès lors que toutes ces entités, en l'absence d'indépendance, constituent une seule et même entreprise et bénéficient de ce que l'on appelle un "privilège de groupe" (**ATF 145 III 303** consid. 7.2.2; arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2 et 7.3, destiné à la publication). Il en va de même en droit européen (cf. notamment arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE; aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne; CJUE] C-73/95 du 24 octobre 1996, *Viho Europe BV*, RJ 1996 I-05457, ch. 16 ss; décision de la Commission européenne 70/332 du 30 juin 1970, *Kodak*, JO n° L 147, p. 24-27).

**6.3.** Suivant une logique similaire à celle qui est à la base du "privilège de groupe", les autorités européennes considèrent que certains accords de distribution spécifiques, qu'elles qualifient de "contrats d'agence", échappent également au droit de la concurrence, à tout le moins en partie (cf. Communications de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: Lignes directrices UE], no 18 ss; arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes [ci-après: TPICE] T-325/01 du 15 septembre 2005, *Daimler-Chrysler*, Rec. 2005 II-3319, ch. 81 ss). Elles se réfèrent à des conventions par lesquelles une entreprise investit une autre du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats d'achat et de vente de biens ou de services pour son compte. L'entreprise mandatée, qui n'assume aucun risque en lien avec les contrats négociés ou conclus pour le compte de l'autre et qui ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché, doit être considérée comme un simple auxiliaire de l'entreprise représentée. Les deux entités, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, peuvent être vues comme une seule unité économique si, sur la base

d'une analyse *in concreto*, il faut considérer que l'agent ne supporte aucun risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné, ou n'en supporte qu'une partie négligeable (cf. arrêt du TPICE *Daimler-Chrysler* précité, ch. 86). Cette question s'examine le cas échéant non seulement en lien avec la nature et le contenu des contrats conclus et/ou négociés, mais aussi au regard des investissements nécessaires à l'exercice de l'activité d'intermédiaire, ainsi qu'en tenant compte des éventuelles activités supplémentaires confiées par le commettant à l'agent sur le même marché de produits (cf. Lignes directrices UE, nos 13-17; arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía de Petróleos*, Rec. 2006 I-11987, ch. 43 ss).

**6.4.** D'après la pratique européenne, en cas de relation de "contrats d'agence" au sens qui précède, les obligations imposées par le commettant à l'intermédiaire en lien avec la vente à des tiers (p. ex. des limitations quant au territoire, à la clientèle ou au prix ou conditions auxquels l'agent peut vendre les biens ou services concernés) échappent aux règles en matière de concurrence (cf. Lignes directrices UE, no 18). En revanche, comme l'agent demeure une entreprise distincte du commettant, les éventuelles autres dispositions contractuelles aménageant la relation entre les deux entreprises n'échappent pas au droit de la concurrence. Cela signifie concrètement que le fait de qualifier une relation commerciale de "contrat d'agence" ne constitue jamais un blanc-seing complet du point de vue du droit européen de la concurrence. Les clauses d'un contrat d'agence qui, par exemple, interdisent au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité), de même que celles qui prohibent à l'agent d'agir pour le compte d'autres entreprises (clauses dites de "monomarchisme"), doivent respecter les règles en matière de concurrence, dans la mesure où elles peuvent entraîner un verrouillage du marché concerné (cf. Lignes directrices UE, no 19; arrêts de la CJCE C-279/06 du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contre LV Tobar e Hijos SL*, Rec. 2008 I-6681, ch. 41; aussi C-217/05 précité, ch. 62).

**6.5.** La COMCO, comme une partie de la doctrine, considère que le "privilège de l'agent" (*Handelsvertreterprivileg*), tel qu'il vient d'être présenté, s'applique également en droit suisse - à tout le moins dans une certaine mesure - par analogie avec le droit européen (cf. notamment DPC 2013/4, p. 481 ss, no 34; MANI REINERT, in Basler Kommentar, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2e éd. 2021, nos 364 ad art. 4 al. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, op. cit., no 34 ad art. 4 LCart). Le Tribunal administratif fédéral a pour sa part indiqué dans l'arrêt attaqué que le droit et la pratique européens sur le "contrat d'agence" pouvaient effectivement fournir une piste d'interprétation utile s'agissant de la question de savoir si des relations d'agence ou des activités d'intermédiaire relevaient ou non de la LCart et, plus précisément, si l'on se trouvait dans de tels cas de figure face à une convention entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. Dans le cas d'espèce, il a néanmoins exclu l'existence d'un rapport d'agence entre la recourante et A. \_\_\_\_\_, dès lors que celle-ci aurait supporté des risques économiques et financiers non négligeables en distribuant en Suisse les livres diffusés par le groupe Flammarion durant la période sous enquête. A. \_\_\_\_\_ n'aurait dans ce cadre pas agi en tant qu'agent du groupe, mais bien comme un distributeur indépendant, ce que la recourante conteste.

**6.6.** La Cour de céans relève que la relation commerciale entretenue par la recourante et A. \_\_\_\_\_ présente certaines caractéristiques propres à un rapport de "contrat d'agence", du moins au sens du droit européen de la concurrence. Il ressort notamment de l'arrêt attaqué qu'A. \_\_\_\_\_ ne devient jamais propriétaire des livres diffusés par Flammarion avant de les revendre aux librairies et autres détaillants helvétiques et qu'elle est rémunérée pour chaque flux "aller" et "retour" desdits ouvrages, de sorte qu'elle ne supporte pas le risque de leur éventuel échec commercial. Il n'est toutefois pas nécessaire de se demander si la notion de "contrat d'agence" de droit européen doit être reprise en droit suisse des cartels par un biais jurisprudentiel, comme l'a admis le Tribunal administratif fédéral, ni de déterminer si les accords de distribution conclus entre la recourante et A. \_\_\_\_\_ s'assimilent à de tels contrats, comme l'affirme la recourante. En effet, les réponses que le Tribunal fédéral pourrait apporter sur ces différents points n'auraient de toute manière aucune influence sur l'issue du litige.

**6.7.** Il convient de garder à l'esprit que le présent litige concerne la légalité de clauses d'exclusivité territoriale contenues dans différents contrats de distribution conclus entre la recourante et A. \_\_\_\_\_. Par ces contrats, la première a confié à la seconde la "distribution exclusive" des livres édités et/ou diffusés par le groupe Flammarion auprès des revendeurs de livres helvétiques, tout en s'engageant "à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses". Il est reproché à la recourante d'avoir cloisonné de cette manière le marché suisse - en violation des art. 5 al. 1 et 4 LCart - en conférant une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ en ce qui concerne la distribution *wholesale* d'ouvrages en français, c'est-à-dire en garantissant à cette société l'absence de toute concurrence provenant non seulement de Suisse, mais aussi de l'étranger en lien avec la distribution en gros de livres éditées et/ou diffusés par le groupe Flammarion. Or, ce régime d'exclusivité - indépendamment de la question de savoir s'il vise véritablement à assurer une protection territoriale absolue en faveur d'A. \_\_\_\_\_ - ne peut en aucun cas bénéficier du "privilège de l'agent". Comme on l'a vu, la reconnaissance d'un tel privilège inspiré du droit européen ne représenterait pas un blanc-seing du point de vue de la LCart. Il ne s'appliquerait qu'aux obligations que la recourante aurait pu imposer à A. \_\_\_\_\_ en lien avec les contrats conclus pour son compte. Les engagements que les parties ont pris l'une envers l'autre, afin de régler leurs rapports réciproques, resteraient en tout état de cause soumis à la LCart (cf. *supra* consid. 6.4; aussi REINERT, op. cit., nos 391 ss ad art. 4 al. 1 LCart). Tel

serait précisément le cas des clauses d'exclusivité territoriale contenues dans les différents contrats de distribution successifs conclus entre la recourante et A. \_\_\_\_\_. Elles n'imposent aucune obligation à A. \_\_\_\_\_ concernant ses rapports avec les revendeurs de livres helvétiques, mais organisent la relation commerciale des deux sociétés, en restreignant les conditions auxquelles le groupe Flammarion peut vendre les ouvrages qu'il édite et/ou diffuse en Suisse. De telles clauses, qui affectent les canaux d'approvisionnement de certains livres écrits en français, constituent sans conteste des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart, même si l'on considérait qu'elles s'insèrent dans des "contrats d'agence".

**6.8.** En résumé, il découle de ce qui précède que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en estimant que les contrats de distribution conclus entre la recourante et A. \_\_\_\_\_ constituaient des accords en matière de concurrence au sens de la LCart. Le grief de la recourante selon lequel lesdits contrats échapperaient au champ d'application matériel de cette loi en raison d'un "privilège de l'agent" est mal fondé, car les clauses d'exclusivité territoriale qu'ils contiennent et qui se trouvent au centre du présent litige ne peuvent en aucun cas profiter d'un tel régime de faveur. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner, pour l'issue du litige, si le Tribunal administratif fédéral a refusé à tort de qualifier la relation commerciale de la recourante et d'A. \_\_\_\_\_ de "contrat d'agence" au sens du droit des cartels et, partant, s'il a établi les faits en lien avec cette question de manière arbitraire et en violation du droit d'être entendu.

**6.9.** Reste à savoir maintenant si les contrats de distribution contenant les clauses d'exclusivité territoriale litigieuses représentent des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart, comme l'ont reconnu les autorités précédentes, étant rappelé que seule la participation à de tels accords justifie le prononcé d'une sanction au sens de l'art. 49a LCart.

#### *IV. Portée de l'art. 5 al. 4 LCart*

##### **7.**

La recourante conteste en l'occurrence avoir participé à un quelconque accord vertical avec A. \_\_\_\_\_ remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion et de distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système de distribution propre à supprimer toute concurrence efficace sur ce marché. La recourante soulève à cet égard plusieurs griefs qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l'art. 5 al. 4 LCart. Pour rappel, cette disposition prévoit que les "*contrats de distribution attribuant des territoires*" sont, entre autres accords, présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "*lo rsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues*". Cette présomption implique la réalisation de trois conditions qu'il convient de passer en revue: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. **ATF 143 II 297** consid. 6.2).

**7.1.** Il n'y a d' *accord vertical de distribution* au sens l'art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, système de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (**ATF 143 II 297** consid. 6.3.1).

**7.2.** Un accord vertical de distribution procède à une *attribution de territoire* lorsqu'il contient une clause d'exclusivité se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l'art. 5 al. 4 LCart; **ATF 143 II 297** consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l'art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Lignes directrices UE, no 168) ne relève en principe pas de l'art. 5 al. 4 LCart, à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

**7.3.** D'après l'art. 5 al. 4 LCart, un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Sur la base d'une interprétation historique et téléologique, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de *protection territoriale "absolue"* sont visés par la norme et concernés par la présomption de suppression de la concurrence instituée par celle-ci. Il existe une telle protection lorsque les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (**ATF 143 II 297** consid. 6.3.4). Par

"vente active", il faut comprendre le fait pour un distributeur de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. Ainsi, s'il reste possible d'opérer de telles ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il faut considérer que celui-ci ne bénéficie pas d'une protection territoriale absolue, même si aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale "relative", laquelle ne relève pas de l'art. 5 al. 4 LCart (**ATF 143 II 297** consid. 6.3.5).

**7.4.** Rappelons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution successivement conclus par la recourante et A. \_\_\_\_\_ entre 2000 et 2010 remplissaient chacune des trois conditions précitées, mais uniquement dans la mesure où ils concernaient la distribution de livres édités par des entreprises indépendantes du groupe Flammarion (cf. supra consid. 5.2). D'après lui, la présomption de suppression de la concurrence posée à l'art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas auxdits accords en tant qu'ils organisent aussi la distribution d'ouvrages édités à l'interne du groupe, au motif qu'aucune exclusion de vente par d'autres "distributeurs agréés" ne serait prévue s'agissant de ces produits. Il n'appartient pas à la Cour de céans de contrôler la légalité d'une telle distinction qui a conduit à une réduction de la sanction financière infligée à la recourante et qui n'est du reste nullement remise en cause par la COMCO devant le Tribunal fédéral.

**7.5.** Quant à la recourante, elle admet dans ses écritures que les accords verticaux successifs qu'elle a conclus avec A. \_\_\_\_\_ en vue de la distribution de livres édités par des entreprises externes au groupe Flammarion remplissent les deux premières conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, c'est-à-dire celle de l'existence d'un contrat de distribution d'une part, et celle de l'attribution d'un territoire de distribution d'autre part. Elle conteste en revanche avoir accordé une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ en prenant l'engagement de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans l'accord préalable [de cette dernière]". Elle soulève à cet égard trois griefs à l'encontre de l'arrêt attaqué, lequel se fonde en grande partie sur cet engagement pour reconnaître l'existence d'une protection territoriale absolue. Il convient de les passer en revue.

V. Imputabilité des comportements au sein d'un groupe commercial et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

## 8.

La recourante affirme que l'engagement qu'elle a pris envers A. \_\_\_\_\_ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de [celle-ci]" n'est en aucun cas apte à exclure toute vente passive en Suisse des ouvrages diffusés par le groupe Flammarion. Elle affirme n'avoir aucun pouvoir sur le comportement des autres distributeurs ou grossistes actifs à l'étranger. Selon elle, seuls les fournisseurs des ouvrages à distribuer, soit sa société-mère ou les éditeurs externes au groupe, pourraient imposer une interdiction de ventes passives aux distributeurs à l'étranger, de sorte qu'il serait incompréhensible de lui imputer un tel comportement. La recourante reproche sous cet angle au Tribunal administratif fédéral de l'amalgamer à tort à sa maison-mère et, plus généralement, au groupe Flammarion. Selon elle, en droit de la concurrence, il est certes possible d'imputer à la société mère le comportement anticoncurrentiel de ses filiales, mais pas l'inverse.

**8.1.** Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas lieu de poser des exigences trop élevées à l'imputation de comportements réprouvés par le droit de la concurrence entre personnes morales formant une unité d'organisation, c'est-à-dire composant un groupe commercial. Procéder à une approche segmentée des comportements d'entreprise appartenant à un même groupe comporte le risque que les règles de droit de la concurrence voulues par le législateur soient vidées de leur substance, sachant que la LCart est censée s'appliquer aux comportements anticoncurrentiels d'entreprises prises dans leur ensemble, et non de personnes morales appréciées individuellement (cf. art. 2, al. 1 et 1bis, et 49a al. 1 LCart; arrêt 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3, non publié in **ATF 139 I 72**; aussi arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2 et 7.3, destiné à la publication, sur le "privilège de groupe"). Il est ainsi possible de rendre une société mère responsable des actions anticoncurrentielles de ses filiales et de les lui imputer dans le cadre d'une procédure de droit des cartels (cf. arrêt 2C\_484/2010 précité, consid. 3.4). La pratique a par ailleurs soutenu l'idée qu'il devait aussi être possible de mener une procédure contre la filiale suisse d'un groupe étranger et de la sanctionner si nécessaire, après lui avoir imputé le comportement de sa société mère. Un tel procédé peut s'avérer particulièrement approprié dans les affaires ayant un lien avec l'étranger, notamment si cela est trop coûteux de poursuivre cette dernière à l'étranger ou si cela implique des difficultés disproportionnées dans la procédure ou dans l'exécution des décisions éventuelles (ANDREAS HEINEMANN, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [édit.], *Wettbewerbsrecht, Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, 2015, p. 49 ss, spéc. 61).

**8.2.** En droit européen, il est également acquis qu'une entité juridique peut être tenue responsable du comportement anticoncurrentiel d'une autre entité juridique, lorsque toutes deux font partie de la même unité économique et forment ainsi une seule et même entreprise (voir notamment arrêt de la CJUE C-882/2019 du 21 octobre 2021, *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ch. 41 ss, et les références citées). Dans un tel cas, les autorités européennes de la concurrence peuvent choisir la société

contre laquelle elles entendent agir (cf. notamment VOLKER EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker [édit.], Wettbewerbsrecht, EU/Band I, 5e éd., 2015, no 48 ad art. 101 Abs. 1 AEUV). Dans un arrêt récent, la CJUE a ainsi précisé qu'une infraction au droit de la concurrence commise par une société mère pouvait engager la responsabilité d'une de ses filiales, s'il existait non seulement des liens économiques, organisationnels et juridiques entre les deux entités, mais aussi entre l'activité économique de la filiale et le comportement anticoncurrentiel de la société mère (arrêt de la CJUE C-882/2019 précité, ch. 51 ss).

**8.3.** En l'occurrence, on peut regretter que, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral ait par endroits confondu la recourante avec la société française Flammarion FR, respectivement avec le groupe Flammarion. C'est ainsi que l'on peut notamment lire dans ses considérants que la recourante serait "chargée de la distribution exclusive [des ouvrages des éditeurs externes] en France" (cf. arrêt attaqué, consid. 9.2.3.2), ce qui n'est pas exact à proprement parler. Il n'en demeure pas moins que l'autorité précédente a établi que la recourante constituait une filiale de la société française Flammarion FR, qui la détenait à 100% et qui était la société mère du groupe éponyme, du moins durant la période sous enquête. Il est donc incontestable que ces deux sociétés entretiennent des liens économiques, organisationnels et juridiques extrêmement forts; on peut donc retenir qu'elles forment ensemble une seule et même entreprise sous l'angle de la LCart. A cela s'ajoute qu'il ressort de l'arrêt attaqué qu'il existe un rapport étroit entre l'activité économique de la recourante et celle de sa société mère, puisque la première diffuse des livres en Suisse sur mandat de la seconde, après que celle-ci les a elle-même édités ou a accepté de les diffuser sur demande d'autres éditeurs externes au groupe.

**8.4.** A partir de là, du point de vue du droit de la concurrence, l'autorité précédente pouvait parfaitement imputer à la recourante le comportement de la société Flammarion FR en lien avec la distribution en Suisse des livres diffusés par le groupe et *vice versa*. Elle pouvait également partir du principe que les engagements pris par la recourante en relation avec le marché suisse avaient été mis en oeuvre et respectés - et même voulus - par l'ensemble du groupe Flammarion durant la période sous enquête. L'intéressée ne prétend d'ailleurs pas avoir agi contre l'avis de sa société mère en promettant à A. \_\_\_\_\_ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses", ce qu'elle n'aurait du reste pas pu faire seule, dès lors qu'un tel engagement impliquait par définition la participation des autres sociétés du groupe Flammarion. Elle n'affirme pas non plus que celui-ci ne se serait jamais senti lié par une telle interdiction de vente. On ne discerne dès lors pas en quoi le Tribunal administratif fédéral aurait violé le droit fédéral en rendant la recourante responsable de la mise en oeuvre de l'exclusivité territoriale accordée à A. \_\_\_\_\_, quand bien même son respect impliquait nécessairement un suivi de sa société mère.

**8.5.** Reste à savoir si les accords de distribution conclus entre A. \_\_\_\_\_ et le groupe Flammarion, par l'entremise de la recourante, conféraient véritablement et concrètement une protection territoriale absolue à la première au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, ce que cette dernière conteste.

VI. Obligation imposée au "fournisseur" et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

## 9.

La recourante soutient que la présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l'art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas aux restrictions de vente imposées aux entreprises endossant, comme elle, le rôle de "fournisseurs" dans le cadre d'un accord de distribution. D'après elle, la garantie donnée par un fournisseur de ne pas concurrencer son cocontractant sur un territoire donné ne suffirait pas à instituer une protection territoriale absolue en matière de distribution.

**9.1.** Selon l'art. 5 al. 4 LCart, les accords verticaux attribuant des territoires sont présumés entraîner la suppression de toute concurrence efficace lorsque les ventes aussi bien actives que passives (cf. supra consid. 7.3) par d'"autres fournisseurs agréés" sur ce territoire sont exclues. La version française de la disposition diverge quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des "*gebietfremde Vertriebspartner*" ou des "*distributori esterni*" (distributeurs externes). Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l'art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné se voient interdire de procéder à tout type de ventes de ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. **ATF 143 II 297** consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart et n'est pas sanctionnable au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Il en va de même de l'accord par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les demandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans forcément s'étendre à d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative CommVert, ch. 9, 1er point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 557 ss ad art. 5 LCart). Il est possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, dans la mesure ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas des contrats présumés conduire à la

suppression de toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 9.3.1, destiné à la publication).

**9.2.** Dans l'arrêt attaqué, partant du principe exposé ci-devant selon lequel l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs n'est pas concerné par l'art. 5 al. 4 LCart, le Tribunal administratif fédéral s'est attaché à définir le rôle joué par la recourante sur le marché suisse du livre en Suisse et, plus spécifiquement, vis-à-vis d'A.\_\_\_\_\_. Il a en l'occurrence retenu que l'édition de livres correspondait de manière générale à une activité de production, tandis que l'activité de diffusion et de distribution de livres s'assimilait à un travail de commercialisation, respectivement de distribution des produits concernés. Il a ensuite constaté que le groupe Flammarion, dont faisait partie la recourante, se chargeait en principe lui-même de la diffusion et de la distribution des livres qu'il éditait - c'est-à-dire qu'il produisait lui-même - sans passer encore en aval par des sociétés de distribution ou des grossistes indépendants, sauf en Suisse par l'intermédiaire d'A.\_\_\_\_\_. Cela étant, le groupe acceptait de mettre son système de distribution à disposition d'autres éditeurs et, partant, de diffuser et de distribuer des ouvrages édités par des entreprises indépendantes. Le Tribunal administratif fédéral en a déduit que le groupe Flammarion agissait à deux titres distincts sur le marché du livre et vis-à-vis d'A.\_\_\_\_\_: tantôt comme "producteur" en ce qui concernait la distribution des ouvrages édités par le groupe, tantôt comme "fournisseur" ou distributeur s'agissant des ouvrages édités par des éditeurs indépendants. D'après les juges précédents, il s'ensuivrait que l'engagement de la recourante à ce que le groupe Flammarion ne procède à aucune vente (active ou passive) de ses propres livres vers la Suisse ne tomberait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, car il équivaudrait à une interdiction de vente directe du "producteur"; il n'y a pas lieu de revenir sur ce point (cf. supra consid. 7.4). Il en irait en revanche autrement de l'engagement pris de ne pas livrer directement aux revendeurs suisses les autres ouvrages qui, sans être édités par le groupe Flammarion, sont néanmoins diffusés par lui. Cet engagement serait susceptible d'être couvert par l'art. 5 al. 4 LCart, car il constituerait une obligation imposée au distributeur, respectivement au fournisseur.

**9.3.** La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir apprécié différemment son engagement envers A.\_\_\_\_\_ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses" selon qu'il aurait eu trait à des ouvrages édités par le groupe Flammarion ou qu'il aurait concerné des livres édités par des entreprises externes à celui-ci. D'après elle, il conviendrait de traiter de la même manière l'entreprise productrice qui confie la distribution exclusive de sa marchandise sur un territoire donné à une entreprise tierce et la société de distribution qui sous-délègue la commercialisation exclusive de certains produits sur ce même territoire à une autre entreprise. En d'autres termes, la recourante soutient que, du point de vue de l'art. 5 al. 4 LCart, il n'y aurait pas lieu de traiter différemment les "producteurs" et les entreprises non productrices jouant le rôle de "fournisseur" dans le cadre d'un contrat de distribution.

**9.4.** Ainsi qu'on l'a vu, l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs et, partant, de ne pas vendre directement ses produits sur les territoires qu'il leur a attribués ne tombe pas sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée par l'art. 5 al. 4 LCart. Une telle présomption suppose généralement des restrictions de vente à l'égard d'entreprises jouant le rôle de "distributeurs" sur le marché considéré (cf. supra consid. 9.1). Or tel est manifestement le cas en l'espèce. Il est incontesté que, durant la période sous enquête, la recourante et, plus généralement, le groupe Flammarion ne produisaient pas la totalité des livres dont ils assuraient la diffusion dans le monde et dont la distribution exclusive en Suisse avait été sous-déléguée à A.\_\_\_\_\_. L'engagement pris par la recourante de ne pas livrer directement les revendeurs de livres suisses depuis la France n'équivaut ainsi pas pleinement à un engagement de "producteur". Il représente un engagement de "distributeur" en tant qu'il concerne également des livres qui sont normalement diffusés et distribués par le groupe Flammarion lui-même à l'étranger, sans être édités par lui. Sous cet angle, il est assurément susceptible de tomber sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. On ne voit pas que le Tribunal administratif fédéral ait violé le droit fédéral sur ce point.

**9.5.** Quoi qu'en dise la recourante, du point de vue du droit des cartels, le cas d'une société de distribution choisissant de sous-déléguer la vente de certains produits sur un territoire donné à une autre entreprise, tout en s'engageant à ne pas la concurrencer sur ce marché, se distingue de la situation dans laquelle un producteur renonce à développer toute activité de distribution et, partant, à concurrencer les sociétés de distribution qui commercialisent ses produits. Il ne se justifie dès lors pas de mettre ces deux problématiques sur un pied d'égalité dans le cadre de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart et de considérer que n'importe quelles entreprises "fournisseuses non productrices" pourraient s'interdire de procéder à des ventes passives sur un territoire donné par contrat de distribution. L'intéressée ne se réfère elle-même à aucune pratique ou opinion doctrinales allant dans ce sens. Elle relève tout au plus que la COMCO et la doctrine utilisent indifféremment les termes de "fournisseur" (*Lieferant*) et de "producteur" (*Hersteller*) dans leurs publications relatives aux accords verticaux; cela étant, il y a tout lieu de penser que le recours à la notion de "fournisseur" dans ces publications sert avant tout à couvrir la situation des "producteurs" de services, sans pour autant concerner celle des distributeurs non producteurs (cf. notamment CommVert, ch. 8; aussi Note explicative CommVert, ch. 9, 1er point).

**9.6.** Notons que le droit européen de la concurrence distingue lui aussi les entreprises "productrices" des simples "fournisseurs" non producteurs dans le cadre d'accords verticaux de distribution. Il différencie pour

l'heure toujours les accords verticaux conclus entre un producteur et un distributeur de ceux qui pourraient être conclus entre deux distributeurs (potentiellement) concurrents: si les premiers peuvent échapper aux règles en matière de concurrence dans certaines circonstances, tel n'est pas le cas des seconds (cf. art. 2 par. 4 du Règlement no 330/2010 de la Commission européen 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 [Journal officiel de l'Union européenne L 102/1]; Lignes directrices UE, no 27 s.; aussi REINHARD ELLGER, in: Immenga/Mestmäcker [édit.], Wettbewerbsrecht, EU/Band I, 6e éd., 2019, nos 106 et 116 ad. art. 2 Vertikal-GVO).

9.7. Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en retenant que la clause d'exclusivité territoriale contenue dans les différents accords de distribution successifs convenus entre la recourante et A. \_\_\_\_\_ était susceptible d'être couverte par l'art. 5 al. 4 LCart. Reste finalement à examiner si cette clause assurait véritablement une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ au sens de la disposition précitée, ce que la recourante conteste à titre subsidiaire dans son mémoire.

VII. Octroi d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

## 10.

La recourante soutient que les différents contrats de distribution exclusive qu'elle a signés avec A. \_\_\_\_\_ n'auraient jamais visé à assurer une protection territoriale absolue à cette dernière. Retenir le contraire, comme l'ont fait le Tribunal administratif fédéral, violerait non seulement les règles d'interprétation des contrats fixés à l'art. 18 du Code des obligations (RS 220), mais également l'interdiction de l'arbitraire consacrée à l'art. 9 al. 1 Cst.

10.1. Comme déjà dit, il ressort de l'arrêt attaqué que les relations contractuelles entre la recourante et A. \_\_\_\_\_ ont reposé durant la période sous enquête sur plusieurs contrats successifs. Dans chacun de ceux-ci, la recourante a confié à A. \_\_\_\_\_ la distribution en Suisse de l'ensemble des ouvrages diffusés par le groupe Flammarion, après avoir été édités ou non par le groupe. D'après l'arrêt attaqué, les contrats chargeaient plus précisément A. \_\_\_\_\_ de "la distribution exclusive des produits [ainsi] définis [...] auprès de l'intégralité des revendeurs de livres" helvétiques et imposaient à la recourante de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable [d']A. \_\_\_\_\_, sauf pour des titres soldés". Ils constituaient sous cet angle des accords de distribution attribuant un territoire à titre exclusif et remplissaient ainsi assurément les deux premières conditions d'un accord présumé supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. La recourante ne le conteste au demeurant pas dans son mémoire (cf supra consid. 7.5). Seule reste litigieuse la question de savoir si ces accords remplissaient également la troisième condition nécessaire à la reconnaissance d'une telle présomption, c'est-à-dire s'ils conféraient une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ en tendant à empêcher que d'autres distributeurs de livres actifs au niveau *wholesale* ne vendent les mêmes produits à destination du territoire suisse. Un tel examen implique avant tout d'interpréter le contrat concerné.

10.2. Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (**ATF 132 III 268** consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1; **131 III 606** consid. 4.1). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes. L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (**ATF 144 III 93** consid. 5.2.2 et les références citées). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles ne soient manifestement inexactes (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (cf. supra consid. 2.2).

10.3. Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune 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 - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (**ATF 144 III 93** consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (**ATF 133 III 61** consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

**10.4.** Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il existait une présomption de fait qu'en concédant une exclusivité territoriale à A. \_\_\_\_\_ et qu'en s'engageant envers celle-ci à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des détaillants suisses, la recourante avait voulu empêcher la vente d'ouvrages diffusés par le groupe Flammarion par d'autres distributeurs que sa cocontractante, ce qui tombait sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. La juridiction précédente a en outre estimé que cette volonté d'exclure de telles ventes passives à destination de la Suisse était corroborée par d'autres indices. Elle a notamment relevé le fait que l'exercice d'un droit de retour, tel qu'il avait été organisé, supposait la mise en place d'un système de distribution excluant d'éventuelles importations parallèles depuis la France. A cela s'ajoutait que la problématique de l'interdiction des importations parallèles avait été évoquée en 2005 et 2007 lors de l'assemblée de l'ASDEL et que les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, d'après le Tribunal administratif fédéral, pas pu faire l'objet de telles importations durant la période visée par l'enquête ou uniquement dans des quantités insignifiantes.

**10.5.** Sur le vu de ce qui précède, force est d'admettre que, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral s'est efforcé d'établir la volonté réelle et commune de la recourante et d'A. \_\_\_\_\_ au moment où ces dernières ont conclu les divers accords de distribution qui les ont liés durant la période sous enquête. L'autorité précédente s'est fondée sur le texte des contrats ainsi que sur d'autres indices pour retenir que les parties avaient bel et bien voulu conclure des accords verticaux visant à cloisonner le marché suisse de la distribution du livre en français. On ne voit pas en quoi elle aurait violé l'art. 18 CO en procédant ainsi. En ayant cherché et établi la volonté subjective concordante des parties, elle s'y est au contraire précisément conformée, quoi qu'en dise la recourante.

**10.6.** Reste à examiner si, comme le prétend la recourante, le Tribunal administratif fédéral a violé l'interdiction de l'arbitraire en retenant que la recourante, représentant le groupe Flammarion en Suisse, s'était engagée envers A. \_\_\_\_\_ à faire en sorte qu'aucun autre distributeur ne vende les ouvrages diffusés par le groupe sur le territoire national.

**10.6.1.** En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (**ATF 143 IV 500** consid. 1.1; **140 III 264** consid. 2.3 et les références citées). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, si les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. **ATF 139 I 72** consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices (**ATF 144 II 246** consid. 6.4.4).

**10.6.2.** En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), qu'entre 2005 et 2011, divers éditeurs ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France, respectivement en Suisse, à titre exclusif au groupe Flammarion, sachant que celui-ci disposait de toute manière d'un réseau de diffusion et de distribution pour les livres qu'il éditait. Parallèlement, la recourante, en tant que filiale du groupe chargée de la diffusion et de la distribution en Suisse des ouvrages édités et/ou diffusés par Flammarion, a conclu différents contrats avec A. \_\_\_\_\_ dans lesquels elle accordait à celle-ci le droit exclusif de distribuer les ouvrages en question aux revendeurs de livres helvétiques. L'intéressée s'est alors engagée à "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable d'A. \_\_\_\_\_, sauf pour des titres soldés". A cela s'ajoute qu'après la période sous enquête, soit le 18 juillet 2012, la recourante s'est expressément adressée à A. \_\_\_\_\_ afin de lui demander de contresigner un document confirmant qu'elle ne s'opposait pas à ce que le groupe Flammarion réponde désormais à des demandes de clients suisses par l'intermédiaire de sa filiale B. \_\_\_\_\_.

**10.6.3.** Sur le vu de ces éléments, il n'apparaît pas manifestement insoutenable de retenir, comme l'a fait le Tribunal administratif fédéral, que la recourante a sciemment et volontairement garanti une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ lorsqu'elle lui a confié la distribution exclusive des livres diffusés par son groupe. Le texte des contrats de distribution, ainsi que la volonté de la recourante d'obtenir en 2012 un accord écrit d'A. \_\_\_\_\_ concernant la faculté du groupe Flammarion de procéder à l'avenir à des ventes passives depuis la France laissent effectivement transparaître que l'intéressée s'était initialement engagée envers A. \_\_\_\_\_ à ce que celle-ci soit, durant la période sous enquête, la seule société à distribuer en Suisse les livres diffusés par son groupe, sans être concurrencée par d'autres distributeurs étrangers. Il ressort d'ailleurs de l'arrêt attaqué qu'A. \_\_\_\_\_ semble être partie elle-même de cette idée, puisque la société a déclaré en cours de procédure que les libraires suisses ne disposaient en principe pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que les diffuseurs officiels, "sauf par le marché gris". Relevons enfin que l'engagement de la recourante de ne pas ouvrir de comptes à Paris en faveur de clients suisses était évidemment propre à empêcher toute importation parallèle d'ouvrages diffusés par le groupe Flammarion. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que celui-ci détenait le droit exclusif de distribuer les livres qu'il était appelé à diffuser, le cas échéant pour le compte d'éditeurs externes, et qu'il ne livrait en principe aucun autre distributeur ou grossiste indépendants qu'A. \_\_\_\_\_, assumant lui-même la distribution de ses produits à l'étranger - ou du moins en France - ce par l'intermédiaire de sa filiale B. \_\_\_\_\_ (cf. aussi *supra* consid. 8.3).

**10.6.4.** C'est en vain que la recourante tente de démontrer l'arbitraire d'un tel constat en relevant l'existence de certaines importations parallèles réussies par quelques revendeurs helvétiques plus ou moins importants, de même qu'en rappelant la faculté qu'avaient les librairies d'acheter des livres par internet, sur des sites de vente en ligne étrangers, tel que celui d'Amazon. Tout d'abord, quelques-unes des importations parallèles réussies auxquelles se réfère la recourante - et qui sont évoquées dans l'arrêt attaqué - ont eu lieu après la période sous enquête. Rien n'indique par ailleurs qu'elles se rapporteraient à des ouvrages diffusés par Flammarion. Enfin, leur existence n'est de toute manière pas de nature à ébranler de manière fondamentale le constat selon lequel la recourante aurait assuré une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ durant la période sous enquête. Ces ventes, effectuées dans des proportions et à fréquence anecdotiques d'après l'arrêt attaqué, démontrent tout au plus que l'exclusivité octroyée à A. \_\_\_\_\_ n'a peut-être pas toujours été respectée; cela n'empêche toutefois pas de considérer que les accords qui la prévoyaient remplissent les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. **ATF 144 II 194** consid. 4.4.2; **143 II 297** consid. 5.4.2). Quant aux ventes opérées sur Amazon, qui ont aussi eu lieu en quantité négligeable et de manière ponctuelle selon l'arrêt attaqué, elles ne prouvent nullement que des "fournisseurs agréés" ont pu vendre des livres diffusés par le groupe Flammarion sur le territoire suisse, car la société de vente en ligne précitée, qui s'assimile plutôt à une librairie étrangère, n'endosse pas un tel rôle sur le marché de la distribution *wholesale* du livre francophone (cf. arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 9.3, destiné à la publication). Il est enfin vrai que l'arrêt attaqué ne mentionne aucun revendeur ayant tenté d'acheter des livres diffusés par le groupe Flammarion à l'étranger et s'étant vu refuser une telle importation parallèle. L'absence de preuve directe sur ce point précis n'empêche toutefois pas d'admettre l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur d'A. \_\_\_\_\_ sur la base des autres indices mentionnés ci-avant (cf. *supra* consid. 10.6.1).

**10.7.** Partant, sur le vu de ce qui précède, le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral, ni n'est tombé dans l'arbitraire en retenant que la recourante était partie à des contrats de distribution accordant une protection territoriale absolue à A. \_\_\_\_\_ au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

#### *VIII. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart*

#### **11.**

Il s'agit encore de déterminer si les accords de distribution passés par la recourante et A. \_\_\_\_\_ doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

**11.1.** En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, d'une part, 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 au sens de l'art. 5 al. 2 LCart et, d'autre part, les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. **ATF 143 II 297** consid. 4.1; **129 II 18** consid. 3). La suppression de la concurrence efficace peut être prouvée directement; elle peut également résulter des différents cas de figure énumérés par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, où il est présumé que la concurrence effective est supprimée. Une telle présomption n'est toutefois pas irréfragable, en ce sens qu'elle peut être levée lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste malgré tout sur le marché considéré (cf. notamment **ATF 147 II 72** consid. 6.1 et 6.5; **144 II 246** consid. 7.2 et références citées). Si cette présomption est levée, il convient de se demander comme face à tout accord en matière de concurrence, si la concurrence n'est malgré tout pas affectée de manière notable, sans motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart), auquel cas l'accord est illicite.

**11.2.** La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (**ATF 143 II 297** consid. 5.2.2; arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords verticaux visés par l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif (cf. **ATF 144 II 194** consid. 4.3.1-4.3.2; **143 II 297** consid. 5.2.5 et 5.4). Si ces accords ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économiques (cf. art. 5 al. 2 LCart), ils sont ainsi illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il s'agit du premier cas de figure visé par l'art. 5 al. 1 LCart, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se demander si ces accords remplissent le second cas de figure visé par cette disposition (cf. *supra* consid. 11.1), à savoir s'ils conduisent véritablement à une suppression de la concurrence efficace, ce qui supposerait d'examiner si la présomption posée à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart peut ou non être considérée comme levée (cf. **ATF 143 II 297** consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

**11.3.** Sur le vu de ce qui précède, il faut retenir que les différents accords de distribution liant la recourante à A. \_\_\_\_\_ durant la période sous enquête s'avèrent illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart. Ils constituent

en effet tous des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart. De tels accords, qui sont présumés avoir supprimé toute concurrence efficace sur le marché suisse de la distribution du livre en français, l'ont en tous les cas affectée de manière notable, conformément à la jurisprudence fédérale exposée ci-avant. Rien n'indique enfin que les restrictions à la concurrence prévues par ces accords soient justifiées par des motifs d'efficacité économique. Le Tribunal administratif fédéral l'a au contraire expressément nié dans son arrêt et ce point n'est pas contesté par la recourante, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le remettre en question, en l'absence de toute violation évidente du droit fédéral. Les accords précités s'avérant ainsi de toute manière illicites sous cet angle de vue, il importe peu de savoir si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace qui leur est applicable peut être renversée en l'espèce. Il s'ensuit que les griefs que la recourante a pu soulever à cet égard à l'encontre de l'arrêt attaqué n'ont pas à être examinés.

## IX. Mesures prononcées au sens des art. 30 et 49a LCart

### 12.

Il s'agit à présent de contrôler si le Tribunal administratif fédéral était en droit de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière de 919'346 fr. et de lui interdire d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres rédigés en français par tout détaillant actif en Suisse.

**12.1.** Dans son recours, la recourante affirme à titre principal qu'il n'y avait pas lieu de la condamner au paiement d'une quelconque sanction financière. A titre subsidiaire, elle remet également en cause le montant de la sanction qui lui a été infligée. Elle prétend que cette sanction doit de toute manière être réduite en raison de la durée excessive de la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral qui, selon elle, aurait violé son droit à un jugement dans un délai raisonnable garanti par les art. 29 al. 1 et 6 CEDH.

**12.2.** Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 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 (1<sup>re</sup> phrase). La jurisprudence a précisé que, par "accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 et 4", il fallait entendre les différents types d'accords mentionnés aux alinéas précités. Ces accords présentent en effet un caractère particulièrement dommageable, qu'ils conservent même en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace qui leur est associée (**ATF 147 II 72** consid. 8.3.1 et références citées). Ces accords, qui doivent donc être sanctionnés parce qu'ils sont considérés comme des restrictions particulièrement problématiques de la liberté d'action, ne peuvent toutefois être sanctionnés que s'ils sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, soit s'ils suppriment la concurrence ou l'entravent de manière notable sans justification d'efficacité économique (**ATF 144 II 194** consid. 5.3; **143 II 297** consid. 9.4.6).

**12.3.** D'après l'art. 49a LCart, le montant de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites (3<sup>e</sup> phrase). Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (4<sup>e</sup> phrase). Les différents critères de calcul sont pour le reste précisés plus avant par l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5), qui rappelle notamment qu'il doit être tenu compte du principe de la proportionnalité (art. 3 al. 2 OS LCart).

**12.4.** En l'occurrence, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien conclu des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec A. \_\_\_\_\_ durant la période sous enquête. Il en résulte que le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifie au sens de l'art. 49a LCart. Il n'apparaît par ailleurs pas qu'elle ait été calculée en violation de cette disposition et de l'OS LCart. La recourante ne le prétend pas non plus. Il n'y a dès lors pas lieu de remettre en cause la conformité de l'arrêt attaqué aux règles précitées.

**12.5.** Reste à savoir si le montant de la sanction doit être exceptionnellement réduit en raison d'une violation du principe de célérité de la procédure garanti par l'art. 6 CEDH, comme le prétend la recourante à titre subsidiaire. La COMCO estime que ce grief constitue un moyen nouveau sur lequel le Tribunal fédéral ne doit pas entrer en matière, en raison de sa tardiveté. Elle affirme pour le reste qu'une procédure excessivement longue n'entraîne de toute manière aucune réduction de la sanction, à l'instar de ce qui prévaut en droit européen, et qu'enfin, la présente procédure s'est de toute manière déroulée dans un temps approprié.

**12.5.1.** La jurisprudence fédérale reconnaît que la violation du droit fondamental à être jugé dans un délai raisonnable, tel qu'il est garanti par les art. 6 CEDH et 29 al. 1 Cst., peut justifier une réduction de la sanction à prononcer à l'issue d'une procédure relevant du droit pénal ou du droit administratif (cf. notamment et respectivement **ATF 143 IV 373** consid. 1.4.1 et 135 II 334 consid. 2.2 en lien avec 120 Ib 504 consid. 4). Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais précisé si la durée excessive d'une procédure de droit de la concurrence devait aussi conduire à une diminution de la sanction financière prévue à l'art. 49a LCart, comme le suggèrent certains auteurs de doctrine (cf. ROTH/BOVET, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd. 2013, no 62 ad art. 49a LCart). Tout au plus la Cour de céans a-t-elle déjà été amenée à se demander si une procédure ayant duré sept ans et demi entre l'ouverture de la procédure par

la COMCO et l'arrêt attaqué du Tribunal administratif fédéral violait l'art. 6 CEDH et l'art. 29 al. 1 Cst.; elle l'a nié en l'affaire, tout en reconnaissant qu'une procédure de recours de presque trois ans, comme cela avait été le cas, s'avérait "assez longue" ("*dauerte [...] relativ lange*"; arrêt 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 11, non publié in **ATF 139 I 72**).

**12.5.2.** Notons que la pratique européenne a longtemps admis qu'il convenait de réduire le montant de l'amende prononcée pour violation du droit de la concurrence, lorsque la procédure avait présenté une durée excessive contraire à l'art. 6 CEDH. Le but d'une telle réduction était de garantir un remède immédiat et effectif contre une telle irrégularité de procédure (cf. arrêt de la CJCE C-185/95 P du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, Rec. 1998 I-8417, ch. 48; arrêt du TPCE T-214/06 du 5 juin 2012, *Imperial Chemical Industries*, ch. 278 ss). La CJUE a néanmoins opéré un revirement de jurisprudence en 2013. Elle a considéré qu'il appartenait désormais à l'entreprise qui se plaint d'une durée excessive de la procédure de réclamer une indemnité par le biais d'une procédure séparée (cf. arrêt de la CJUE C-40/12 du 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland*, ch. 87 ss; aussi, laissant percevoir ce revirement, arrêt C-385/07 P du 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland*, Rec. 2009 I-6155, ch. 195). Cette nouvelle jurisprudence n'a toutefois pas été suivie par tous les tribunaux des Etats membres, qui ont estimé que la prise en compte du dépassement du délai raisonnable au niveau de la sanction à appliquer continuait de se justifier, notamment pour des raisons d'économie de procédure (cf. notamment jugement du Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg no 35847a du 21 novembre 2016, point 3.1.1, <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence.html>, consulté le 10 novembre 2021).

**12.6.** En l'occurrence, la question de savoir si la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable justifie la réduction d'une sanction prononcée en application du droit suisse des cartels, à l'instar de la situation qui prévalait en droit européen jusqu'en 2013, peut rester indéfinie. En effet, la recourante ne peut de toute manière se prévaloir d'aucune violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable.

**12.6.1.** Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure, qu'il soit apprécié à l'aune de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 29 al. 1 Cst., doit toujours s'apprécier suivant les circonstances de l'affaire (cf. notamment **ATF 144 I 318** consid. 7.1 et arrêt de la CourEDH 30979/96 du 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, Recueil 2000-VII p. 151, par. 43). Il n'en va pas différemment en droit de la concurrence (cf. arrêt 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 11, non publié in **ATF 139 I 72** et arrêt de la CJUE C-185/95 P précité, par. 29). Cette appréciation s'opère en particulier à l'aune des critères suivants: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé (cf. **ATF 144 II 486** consid. 3.2 et arrêt de la CourEDH 30979/96 précité, par. 43). L'intéressé est à cet égard tenu d'exploiter dans la mesure de ses moyens les possibilités offertes par le droit interne pour abrégier la procédure (arrêt de la CourEDH du 7 juillet 1989, *Unión Alimentaria Sanders S.A. c. Espagne*, série A no 157, par. 35). Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié. Le principe vaut dans tous les types de causes, étant précisé que le comportement du justiciable s'apprécie avec moins de rigueur en procédure pénale et administrative que dans un procès civil (**ATF 130 I 312** consid. 5.2; aussi arrêt 2C\_1014/2013 du 22 août 2014 consid. 7.1, non publié in **ATF 140 I 271**).

**12.6.2.** Il ressort en l'occurrence de l'arrêt attaqué que la COMCO a ouvert son enquête à l'encontre de la recourante pour violation de la LCart en date du 13 mars 2008 et que cette procédure de première instance - qui constitue une cause de droit administratif (cf. **ATF 147 II 72** consid. 8.3.2) - a abouti au prononcé d'une sanction financière en date du 27 mai 2013, après avoir été un temps suspendue dans l'attente du résultat de la votation sur la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre. La recourante a ensuite formé recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Divers échanges d'écritures, ainsi qu'une audience d'instruction, ont ainsi eu lieu devant cette autorité du 11 juillet 2013 au 24 juillet 2015. Le Tribunal administratif fédéral n'a toutefois statué en la cause - et admis très partiellement le recours - qu'en date du 30 octobre 2019, un jour après avoir tenu d'ultimes débats publics à la demande de la recourante. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué est intervenu après plus de six ans de procédure devant l'autorité inférieure et, au total, plus de onze ans après l'ouverture de l'enquête de la COMCO. La présente cause a ainsi fait l'objet d'une procédure très longue avant que la Cour de céans n'en soit saisie.

Comme le relève la COMCO dans sa réponse au recours, cette durée résulte en partie de la complexité de la problématique qui en est à la base, à savoir celle du système de distribution des livres en français en Suisse et son rapport avec le prix élevé des ouvrages vendus dans le pays. La recourante ne le conteste pas. Se plaignant uniquement de la durée de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, elle se limite à reprocher à la juridiction inférieure de n'avoir procédé à aucune instruction de la cause pendant plus de quatre ans, soit entre août 2015 et octobre 2019, sans n'avoir jamais fourni d'explication à cet égard. On remarquera toutefois que la recourante n'a déposé aucun recours pour déni de justice pour se plaindre de cet état de fait. Elle ne s'est même jamais enquis de l'avancement de la procédure auprès de l'autorité inférieure. La COMCO a enfin relevé dans sa réponse que la recourante n'avait pas non plus dénoncé la durée de la procédure lors de la nouvelle et dernière audience des débats du 29 octobre 2019, ce que l'intéressée n'a pas contesté dans ses observations ultérieures. Cette absence totale de réaction laisse transparaître que la recourante s'est largement accommodée de la longueur de la procédure et qu'elle n'attachait dès lors pas de réelle importance à être rapidement fixée sur son sort.

**12.6.3.** Dans ces circonstances, et même si l'on peut considérer que la durée de la procédure de recours devant l'autorité inférieure a excédé la limite du raisonnable, la recourante, qui est restée passive, ne peut l'invoquer pour obtenir une diminution de la sanction qu'elle doit verser.

**12.7.** Il convient pour le reste de confirmer l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrites en français, mesure que l'intéressée ne conteste d'ailleurs pas expressément dans la motivation de son recours. En effet, lorsque l'autorité 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). L'interdiction faite à la recourante de continuer d'entraver les importations parallèles de livres suisses au moyen de telles clauses contractuelles - en s'obligeant à veiller à ce qu'aucun autre distributeur qu'A. \_\_\_\_\_ ne vende les mêmes produits que celle-ci à destination du marché suisse - apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée.

Relevons que cette mesure s'applique à tous les accords de distribution que peut conclure la recourante, indépendamment de la question de savoir s'ils concernent des ouvrages édités ou non par le groupe Flammarion. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution exclusive passés entre la recourante et A. \_\_\_\_\_ avaient également eu pour effet de supprimer la concurrence efficace en lien avec la distribution *wholesale* des ouvrages produits par le groupe Flammarion. Il a constaté que l'exclusivité territoriale octroyée à A. \_\_\_\_\_ supprimait de fait toute concurrence intramarque, de sorte qu'elle s'avérait également illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, quand bien même elle ne tombait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. *supra* consid. 9.2 et 11.1). Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette appréciation contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief dans ses écritures, qui ne semble pas violer le droit fédéral de prime abord et qui justifie le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence au sens de l'art. 30 al. 1 LCart.

X. Frais et dépens des procédures antérieures

### 13.

Dans son mémoire, la recourante demande à ce que les frais de procédure relatifs aux procédures menées successivement devant la COMCO et devant le Tribunal administratif fédéral soient mis à la charge de la Confédération.

**13.1.** Cette conclusion, qui ne fait l'objet d'aucune motivation spécifique dans le mémoire de recours, serait évidemment bien fondée si celui-ci l'avait été dans son ensemble. Tel n'est toutefois pas le cas, car il convient de confirmer le constat des autorités précédentes selon lequel la recourante a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart durant la période sous enquête, ce qui a pour conséquence principale de justifier le prononcé d'une sanction financière à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a LCart. Notons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que ce seul constat justifiait de condamner la recourante au paiement d'un montant de 760'150 fr. pour les frais de procédure devant la COMCO, solidairement avec neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. D'après lui, un tel montant, équivalant à 76'015 fr. par diffuseur-distributeur ne serait pas exagéré, ni contraire à l'ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart; RS 251.2), dès lors qu'il correspondrait à 380 heures de travail par partie et que cette durée ne dépendrait pas de la fixation de la sanction, mais avant tout de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la LCart.

**13.2.** Il n'y a pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirme que la recourante doit payer un dixième des frais occasionnés par la procédure de la COMCO, étant ici précisé que les frais de l'enquête initiale portant sur un éventuel abus de position dominante sur le marché du livre ont été laissés à la charge de la Confédération (cf. décision de la COMCO du 27 mai 2013, no 774; art. 105 al. 2 LTF). Cette décision, contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief spécifique, ne viole pas le droit fédéral à première vue. Le Tribunal fédéral a déjà souligné que 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 (**ATF 128 II 247** consid. 6; aussi arrêt 2A.492/2002 du 17 juin 2003 consid. 6.2). On ne voit en revanche pas pourquoi a recourante devrait répondre solidairement des frais de procédure provoqués par les autres diffuseurs/distributeurs. Un tel régime de solidarité ne s'imposerait que s'ils avaient provoqué ensemble ("gemeinsam") la décision de la COMCO, ce qui n'est pas le cas en l'espèce s'agissant d'une condamnation pour accords illicites n'entretenant aucun lien direct et nécessaire avec celles prononcées à l'encontre des autres diffuseurs-distributeurs de livres concernées par la décision (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments [OEmol; RS 172.041.1] en lien avec l'art. 1a OEmol-LCart; arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 13.2, destiné à la publication). Il s'agit dès lors de modifier l'arrêt attaqué sur ce point et de préciser que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO.

**13.3.** On peut se demander si cette modification de l'arrêt justifie de réviser également le sort des frais et dépens devant la juridiction précédente, qui a donc confirmé à tort que la recourante était débitrice solidaire de l'ensemble des frais de la COMCO. La Cour de céans renonce toutefois à statuer elle-même sur cette question. La cause sera renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure antérieure (art. 67 et 68 al. 5 LTF a contrario).

XI. Conséquences

**14.**

Le recours doit ainsi être admis très partiellement. L'arrêt attaqué doit être réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. Il est confirmé pour le surplus.

Compte tenu de l'issue du litige, l'essentiel des frais de la procédure sera mis à la charge de la recourante, qui succombe dans une très large mesure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens, dès lors qu'elle n'a obtenu gain de cause que sur un point secondaire, pour des motifs qu'elle n'a du reste pas envisagés dans son recours (cf. art. 68 al. 1 LTF). La COMCO, qui ne doit supporter aucuns frais de procédure (cf. art. 66 al. 4 LTF), n'a droit à aucuns dépens non plus (cf. art. 68 al. 3 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est partiellement admis en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3975/2013 du 30 octobre 2019 est confirmé pour le surplus.

**2.**

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure menée devant lui.

**3.**

Des frais judiciaires réduits, arrêtés à hauteur de 13'000 fr., sont mis à charge de la recourante.

**4.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante, à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

Lausanne, le 3 mars 2022

Au nom de la I<sup>le</sup> Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : F. Aubry Girardin

Le Greffier : E. Jeannerat