



**Remarque :**

**Cette décision n'est pas en force de chose jugée (état juin 2018)**

---

# Décision

**du 27 mai 2013**

---

Dans l'affaire

Enquête **31-0277** selon l'art. 27 LCart  
concernant

## **Marché du livre écrit en français**

relative à des accords illicites selon l'art. 5 LCart

**Albert le Grand S.A.**, à Fribourg, représentée par Me Dominique Dreyer, Bd de Pérolles 7, CP 736, 1701 Fribourg ;

**Dargaud (Suisse) S.A.**, à Moudon, représentée par Me Benoît Merkt et Me Denis Cherpillod, Route de Chênes 30, 1211 Genève 17 ;

**Diffulivre S.A.**, à Saint-Sulpice (VD), représentée par Me Pascal Favre et Me Jérôme Levrat, Rue Toepffer 11-bis, 1206 Genève ;

**Diffusion Transat SA**, à Genève, représentée par Me Pierre Kobel, Rue Eynard 8, 1205 Genève ;

**Editions Glenat (Suisse) S.A.**, à Nyon, représentée par Me Marc Mathey-Doret, Bd des Philosophes 14, 1205 Genève ;

**Editions l'Age d'Homme SA**, Lausanne, représentée par Me Gilles Robert-Nicoud, Place Benjamin-Constant 2, CP 5624, 1002 Lausanne ;

**Editions Zoé SA**, à Carouge, représentée par Me Kathia Pauchard et Me David Mamane, Löwenstrasse 19, CP 1876, 8021 Zurich ;

**Interforum Suisse SA**, à Givisiez, représentée par Me Daniel Emch, Effingerstrasse 1, CP 6916, 3001 Berne ;

**La Librairie du Lac, Olivier Ducommun**, Avenue de-La-Harpe 9, CP 104, 1000 Lausanne 6 ;

**Les éditions des 5 frontières SA**, à Lausanne, représentée par Me Patrick L. Krauskopf, Färberstrasse 6, 8008 Zurich ;

**Les Editions Flammarion S.A.**, à Lausanne, représentée par Me Benoît Merkt et Me Denis Cherpillod, Route de Chênes 30, 1211 Genève 17 ;

**OLF SA**, à Corminboeuf, représentée par Me Jean-Noël Jaton, Av. Général Guisan 64, CP 7399, 1002 Lausanne-Pully ;

**Servidis SA**, à Genève, représentée par Me Pierre Kobel, Rue Eynard 8, 1205 Genève ;

**Détaillants et libraires suivants**, non représentés :

A l'ombre des jeunes filles en fleurs, A. Marschall, Airgate Shop, Archigraphy, Au Chien Bleu, Aux Beaux-Arts Perrier, Aux Galeries, Ayer-Demierre, Bauer Renens, Billod, Cadev, Le Cep Librairie chrétienne, Crobar, Cursus, Des Livres et Moi, Du Boulevard, Du Château, Du Vieux-Comté, Ellipse, Espace Noir, Ex Nihilo, FNAC Suisse, Focale - Association pour la photographie, FOR YOU TOO/4U2 books, France Loisirs Suisse, Gigon Librairie, Graphic Shop du Scribe, Histoire d'être, Interlude, ISPA, L' Aile, L'Olivier, Librairie la Bulle (FR), La Bulle (VS), La Fontaine (EPFL), La Fontaine (Vevey), La Librairie, La Liseuse, La Maison de la Bible, La Meridienne, La Tache d'Encre, La Vouivre, Le Cabestan, Le Parnasse, Les Yeux Fertiles, Librairie arabe l'Olivier, Librairie Art et Histoire, Librairie Basta Nouvelles, Librairie Belphégor, Librairie C'est écrit, Librairie Cumulus, Librairie de Crans, Librairie du Coin, Librairie du Midi, Librairie Fahrenheit 451, Librairie Forum, Librairie Galerie Impressions, Librairie La Proue, Librairie Le Haricot Magique, Librairie Le Petit Prince, Librairie Le Sycomore, Librairie Le Vente des Routes, Librairie Librophoros, Librairie Lîlà, Librairie Passiflore, Librairie Point-Virgule, Librairie Raspoutine, Librairie Repères,

Papeterie Cantin, Librairie-Papeterie des Franches-Montagnes, Librairie Tome1, Librairie Universitaire de la Palud, Librairie-Papeterie du Pierre-Pertuis, Librerit, Livraria Camões, Marine Pro, Melisa, Musée Barbier-Mueller, Notre-Dame de Fatima, Nouvelle Librairie Descombes, Nouvelles Pages, Editions du Parvis, Payot, Radio Reveil, Reperes, Saint-Augustin (Fribourg), Saint-Augustin (St-Maruice), Saint-Paul (Librairie), Schilliger Garden-Center, Thalia Bücher, Tschan, Villard, Vivishop, Voltaire, Watchprint.

---

Composition

Vincent Martenet (Président)  
Andreas Heinemann, Stefan Bühler (Vice-Présidents)  
Evelyne Clerc, Winand Emons, Daniel Lampart, Thomas Pletscher,  
Armin Schmutzler, Johann Zürcher

---

## Table des matières

<b>A</b>	<b>Objet de l'enquête et procédure</b>	<b>6</b>
A.1	Objet de l'enquête	6
A.2	Procédure	8
<b>B</b>	<b>Considérants</b>	<b>12</b>
B.1	Champ d'application de la LCart	12
B.1.1	Champ d'application personnel	12
B.1.2	Champ d'application matériel	13
B.1.3	Champ d'application territorial	14
B.2	Prescriptions réservées	14
B.2.1	Loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (LPL)	15
B.2.1.1	En général	15
B.2.1.2	Effets sur l'enquête	16
B.2.2	Loi française sur le prix du livre (Loi Lang)	17
B.2.2.1	En général	17
B.2.2.2	Effets sur l'enquête	18
B.2.3	Conclusions intermédiaires	19
B.3	Accords illicites en matière de concurrence	20
B.3.1	Standard et libre appréciation des preuves, principe <i>in dubio pro reo</i>	20
B.3.2	Accords illicites d'attribution de territoires de distribution (ATD)	21
B.3.2.1	Action collective consciente et voulue	21
B.3.2.2	Interforum	22
B.3.2.3	Editions des 5 Frontières	25
B.3.2.4	Flammarion	26
B.3.2.5	Glénat	27
B.3.2.6	OLF	28
B.3.2.7	Diffulivre	29
B.3.2.8	Servidis	35
B.3.2.9	Transat	38
B.3.2.10	Dargaud	41
B.3.2.11	Albert le Grand	45
B.3.2.12	Restriction à la concurrence visée ou entraînée	46
B.3.2.13	Durée de l'accord	47
B.3.3	Accord horizontal	47
B.3.4	Accords illicites de fixation des prix de revente (FPR)	48
B.4	Suppression de la concurrence efficace	50
B.4.1	Présomption de suppression de la concurrence efficace	50
B.4.1.1	Accord de distribution	51
B.4.1.2	Attribution de territoires	52
B.4.1.3	Exclusion des ventes passives	52
B.4.1.4	Fournisseurs agréés	95
B.4.1.5	Conclusion intermédiaire	97

B.4.2	Aucun renversement de la présomption .....	97
B.4.2.1	Marché de référence.....	97
B.4.2.2	Concurrence intramarque .....	122
B.4.2.3	Concurrence intermarques .....	128
B.4.2.4	Position des partenaires de l'échange .....	137
B.4.3	Conclusion intermédiaire .....	142
B.5	Affectation notable de la concurrence .....	143
B.5.1	Remarque liminaire.....	143
B.5.2	Examen du caractère notable de l'affectation.....	143
B.5.2.1	Caractère qualitativement notable .....	143
B.5.2.2	Caractère quantitativement notable .....	144
B.5.2.3	Conclusion intermédiaire .....	145
B.5.3	Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique.....	145
B.5.4	Conclusion intermédiaire .....	146
B.6	Sanction.....	147
B.6.1	Principe général de prescription .....	147
B.6.2	Entreprises.....	148
B.6.3	Comportement illicite .....	148
B.6.3.1	Suppression de la concurrence .....	148
B.6.3.2	Affectation notable .....	148
B.6.3.3	Conclusion intermédiaire .....	149
B.6.4	Imputabilité.....	149
B.6.5	Mesure de la sanction.....	151
B.6.5.1	Montant maximal.....	151
B.6.5.2	Mesure concrète de la sanction .....	152
B.6.5.3	Circonstances aggravantes .....	158
B.6.5.4	Circonstances atténuantes et proportionnalité.....	158
B.6.5.5	Limite légale.....	163
B.6.5.6	Conclusions intermédiaires.....	163
B.7	Frais.....	164
B.8	Résultat .....	165
<b>C</b>	<b>Dispositif .....</b>	<b>166</b>

## A Objet de l'enquête et procédure

### A.1 Objet de l'enquête

1. La présente enquête a pour objet le marché du livre écrit en français. Elle a été ouverte le 13 mars 2008 contre les entreprises diffusant des livres en Suisse et a été étendue le 2 mars 2011 quant à son objet ; les premiers développements de l'enquête ont indiqué qu'indépendamment d'un éventuel abus de position dominante, les relations entre les différents acteurs de la branche étaient susceptibles de constituer des accords illicites en matière de concurrence.

2. Durant la période de l'enquête, le législateur fédéral s'est saisi d'un projet de loi visant à réguler la branche du livre. Le projet de loi a fait la navette entre les chambres fédérales durant une longue période avant d'être adopté le 18 mars 2011. Il a ensuite été porté devant le peuple par une procédure référendaire. Le souverain s'est opposé au législateur en votation populaire par 56,1 % et a enterré le projet de régulation le 11 mars 2012. Les travaux parlementaires menés en parallèle ont, au plus, eu une influence sur le déroulement temporel de l'enquête.<sup>1</sup>

3. La présente enquête, ouverte selon l'art. 27 la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251), vise à établir si les accords et les comportements ayant cours dans la branche du livre sont conformes à la loi sur les cartels. Elle se concentre en particulier sur les restrictions aux importations parallèles concernant les livres écrits en français.

4. Les entreprises visées par l'enquête sont principalement les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse.<sup>2</sup> Ce sont les sociétés suivantes, toutes constituées conformément aux art. 620 ss CO sous la forme d'une société anonyme, à l'exception de la Librairie du Lac, laquelle intervient également comme diffuseur, même si son appellation ne l'indique pas :

- Albert le Grand S.A. (ci-après : AIG), à Fribourg ;
- Dargaud (Suisse) S.A. (ci-après : Dargaud), à Moudon ;
- Diffulivre S.A. (ci-après : Diffulivre), à Saint-Sulpice (VD) ;
- Diffusion Transat SA (ci-après : Transat), à Genève ;
- Editions Glenat (Suisse) S.A. (ci-après : Glénat), à Nyon ;
- Editions l'Age d'Homme SA. (ci-après : AH), à Lausanne ;
- Editions Zoé SA (ci-après : Zoé), à Carouge.
- Interforum Suisse SA (ci-après : Interforum), à Givisiez ;
- La Librairie du Lac (ci-après : LLac), à Lausanne ;
- Les éditions des 5 frontières SA (ci-après : E5F), à Lausanne ;

---

<sup>1</sup> Cf. A.2 N 22.

<sup>2</sup> Parmi les diffuseurs, certaines entreprises assument également les tâches logistiques de distribution, d'autres ont externalisé ces mêmes tâches, cf. A.1 N 8.

- Les Editions Flammarion S.A. (ci-après : Flammarion), à Lausanne ;
- OLF SA (ci-après : OLF), à Corminboeuf ;
- Servidis SA (ci-après : Servidis), à Genève ;

5. Les livres au cœur de l'enquête sont les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français. Ces livres sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse ont été produits ou ont transité par la France. Les conditions de marché en France ont naturellement un impact important sur la manière dont ces biens sont échangés en Suisse.

6. Le travail d'édition se concentre sur la production des livres et donc principalement sur leur contenu. Les rapports avec les auteurs sont essentiels. Si la création d'un livre commence nécessairement dans l'esprit de son auteur, celui-ci n'est en principe nullement impliqué dans la commercialisation de sa création. En d'autres mots, le livre en tant que produit, physiquement, ne naît pas chez l'auteur, mais bien chez l'éditeur qui envoie le document chez l'imprimeur.

7. La diffusion et la distribution doivent être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs. Ils sont en contact avec les détaillants, se chargent de la présentation des produits, du marketing, etc. Le représentant informe en outre les détaillants par exemple sur le niveau des lecteurs pour certains titres déterminés. Pour ce faire, il récolte chez les éditeurs les informations nécessaires et les éventuels dossiers de présentation. Ensuite, il organise ses visites chez les détaillants et sert d'interlocuteur pour les commandes. Parfois, le travail de l'équipe de représentants est en lien avec les maisons d'édition.

8. La distribution se charge des tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvrent notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le picking, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients. L'imbrication de ces deux échelons en Suisse suit plusieurs modèles. Certains diffuseurs ont intégré la distribution. Dans ces cas, les deux fonctions sont assumées par la même entité économique. Diffulivre, Servidis, Dargaud correspondent notamment à ce modèle. D'autres sous-traitent l'activité de distribution. Dans ce sens, Interforum, E5F, Flammarion et Glénat ont par exemple confié la distribution à OLF ; Transat faisant de même à Servidis. D'autres constellations existent encore. Les relations entre ces deux échelons seront examinées en détails plus bas.

9. Fondamentalement, les diffuseurs entrent en relation commerciale avec, en amont, les éditeurs et/ou les diffuseurs-distributeur en France et avec, en aval, les distributeurs et les détaillants. L'éditeur conclut avec un diffuseur un contrat de diffusion : l'éditeur confie au diffuseur la représentation et la diffusion des titres ; le diffuseur s'engage à présenter les publications de l'éditeur à tous les libraires et dépositaires d'une région, éventuellement en se portant garant des ventes. Ces contrats prévoient pour la Suisse en général une exclusivité territoriale, ce qui a pour effet que chaque titre n'est commercialisé activement que par un seul diffuseur. Ces contrats de diffusion ont en général une durée déterminée. Certains éditeurs ont changé de diffuseur à la fin d'un contrat.

10. En aval, les diffuseurs entrent en relation avec les détaillants. Ils le font par l'intermédiaire d'un distributeur s'ils ont sous-traité la logistique à un tel. La relation entre le diffuseur et le détaillant est caractérisée par l'utilisation d'une table et la convention d'une remise ainsi que par l'accord sur certains droits et obligations accessoires tel qu'un droit de retour, une obligation de promotion, etc. En Suisse, le rôle des diffuseurs comporte ainsi une particularité supplémentaire consistant à l'établissement des tables de conversion entre les prix de vente en euros et en francs suisses.

11. Interlocuteur direct du consommateur final, le détaillant, constitue le dernier maillon commercial de la chaîne traditionnelle du livre. Parmi les détaillants, le libraire traditionnel choisit un assortiment de livres parmi l'ensemble de la production éditoriale pour la mettre en vente. Son choix est fonction de plusieurs critères, dont les préférences de sa clientèle, son budget, la configuration de ses locaux (stocks), ses goûts littéraires personnels, etc. La création du stock de la librairie – le fonds – consiste en la composition de l'ensemble de l'assortiment, sur la base des catalogues d'éditeurs. Sa politique d'achat consiste en général à trouver un équilibre entre les « long-sellers » – livres pour lesquels la demande est constante (notamment la littérature classique, les dictionnaires, les livres éducatifs) –, les « best-sellers » et, finalement, d'autres livres – nouveautés d'auteurs peu connus, livres appréciés par le libraire lui-même ou son personnel. Le libraire effectue ses choix au titre, en tenant compte généralement de l'ensemble de l'offre de titres. Un libraire, même s'il est spécialisé dans un certain domaine, ne se limite pas à offrir à sa clientèle des livres édités par un éditeur unique. Il ne met pas non plus en vente l'ensemble du catalogue d'un éditeur, même si ce catalogue est conséquent et/ou varié. Ainsi, il est en relation avec la plupart, si ce n'est l'ensemble des diffuseurs pour composer son assortiment. Dans la mesure où il est impossible pour un libraire d'avoir tous les livres disponibles sur le marché en stock, il est demandeur d'un système dans lequel il peut commander les livres et les obtenir rapidement. Un système de droit de retour sur les nouveautés adoucit en partie la répartition des risques entre les différents échelons en amont.

12. A côté des libraires traditionnels, d'autres détaillants sont actifs dans la revente de livres écrits en français. D'une part, il s'agit des détaillants dont l'assortiment de produits, à la différence des libraires, n'est pas composé essentiellement de livres. Dans la mesure où ces détaillants ne développent pas une compétence particulière dans ce domaine, il se peut que le choix des livres qu'ils proposent dans leurs rayons soit sous-traité à un diffuseur-distributeur, ce qui le différencie notamment du libraire traditionnel. Cette méthode est connue sous le nom de « rackjobbing » et trouve application également dans d'autres secteurs, non culturels. OLF est la principale entreprise en mesure de proposer cette prestation en Suisse. D'autre part, il s'agit des détaillants agissant par internet dont le site web le plus connu pour les livres écrits en français est Amazon. L'assortiment proposé par ce site lancé en 2000 est sans commune mesure avec les librairies traditionnelles. Ces détaillants connaissent une croissance soutenue depuis peu.

13. La plupart des éditeurs, diffuseurs, distributeurs et libraires actifs en Suisse sont regroupés dans l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après : ASDEL). Il s'agit concrètement de l'association faîtière romande, environ 150 membres la composent.

14. Finalement, dans une perspective un peu plus large, on remarquera que malgré l'étroitesse du territoire suisse, la demande des consommateurs finaux est en Suisse, en comparaison à d'autres pays, très importante. En effet, 90 % des adultes suisses lisent régulièrement et plus d'un Suisse sur quatre lit quotidiennement, les femmes lisant tendanciellement plus que les hommes (39 % pour les femmes contre 24 % pour les hommes).

## **A.2 Procédure**

15. Dans le cadre de l'enquête préalable qu'il a menée du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : Secrétariat) a recueilli des informations auprès des principaux diffuseurs-distributeurs et de nombreux détaillants. Les informations obtenues durant l'enquête préalable ont apporté des indices selon lesquels les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et le niveau des prix était élevé en Suisse.

16. D'entente avec le président de la COMCO, le Secrétariat a donné suite à la phase préalable en ouvrant une enquête le 13 mars 2008 dans le but d'examiner l'éventuelle existence

d'un abus de position dominante selon l'art. 7 LCart. Il a communiqué l'ouverture de l'enquête aux diffuseurs-distributeurs concernés par un courrier indiquant les principaux éléments qui étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante dont il convenait d'approfondir l'analyse.

17. L'ouverture d'enquête a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce conformément à l'art. 28 LCart.<sup>3</sup> Aucun tiers n'a manifesté son intérêt à participer à la procédure dans le délai légal.

18. Le Secrétariat a envoyé le 31 octobre 2008 des questionnaires aux 13 diffuseurs-distributeurs. Les questions ont porté sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les libraires, la manière de déterminer les prix des livres en Suisse, l'activité de diffusion-distribution et les conditions d'entrée sur le marché. Le 9 décembre 2008, le Secrétariat a envoyé des questionnaires à l'ensemble des librairies actives en Suisse romande portant sur leurs possibilités de s'approvisionner en livres, l'influence des tables de conversion sur leur politique des prix et leur assortiment de livres. Le Secrétariat a adressé le 28 janvier 2010 aux diffuseurs-distributeurs des questions complémentaires comprenant dans une première partie des questions visant à obtenir des précisions quant aux réponses fournies au questionnaire du 31 octobre 2008 puis dans un second temps des informations sur les livres diffusés (notamment genre, meilleures ventes, etc.).

19. Le 2 mars 2011, l'enquête a été étendue à l'examen d'une prétendue violation de l'art. 5 LCart et/ou de l'art. 7 LCart, d'entente avec le président de la COMCO. Elle a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce conformément à l'art. 28 LCart.<sup>4</sup> Le même jour, le Secrétariat a envoyé des questionnaires aux libraires et aux diffuseurs. Les détaillants ont été interrogés sur l'utilisation des prix publics recommandés et les canaux d'approvisionnement alternatifs aux diffuseurs-distributeurs, soit l'approvisionnement depuis l'étranger ou via internet. Les questions posées aux diffuseurs-distributeurs portaient essentiellement sur l'utilisation des tables, les relations avec les détaillants et la distribution via internet.

20. Jusqu'à l'extension de l'enquête, le Secrétariat a collaboré avec la Surveillance des prix dans le cadre défini par l'art. 41 LCart. Cette entraide administrative a notamment permis d'élaborer les questionnaires et de les évaluer.

21. Après plusieurs années de gestation et l'élimination de nombreuses divergences, le Parlement a adopté le 18 mars 2011 lors de sa session de printemps, la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (ci-après : LPL). Sitôt après l'adoption de la LPL par le Parlement, un comité interpartis a présenté son projet de requérir le référendum contre cette loi. Le 29 mars 2011, la publication du texte de loi dans la Feuille fédérale a déclenché la phase initiale de la procédure de référendum consistant en la récolte des signatures durant le délai référendaire.

22. Le 6 juin 2011, l'enquête a été suspendue par décision incidente. Cette décision a fait suite à l'adoption de la loi par le Parlement et la perspective d'une votation populaire. Elle s'est principalement inscrite dans le principe d'économie de procédure.

23. La récolte des signatures a abouti le 6 juillet 2011. Le peuple s'est prononcé le 11 mars 2012 et a rejeté la LPL.

---

<sup>3</sup> Communication de la Commission de la concurrence du 29 avril 2008 (FF 2008 2582).

<sup>4</sup> Communication de la Commission de la concurrence du 22 mars 2011 (FF 2011 2391 ; FOSC No 57 du 22 mars 2011, 33).

24. Le 22 mars 2012, le Secrétariat a communiqué aux parties la reprises de l'enquête. Il s'est adressé aux diffuseurs-distributeurs pour leur demander des informations complémentaires le 26 mars 2012. Ces derniers ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec leurs fournisseurs.

25. Le 4 avril 2012, le Secrétariat a procédé dans ses locaux à l'audition de Payot SA, représentée par son directeur général, Pascal Vandenberghe.

26. Le 29 mai 2012, le Secrétariat a procédé à l'audition de Vera Michalski, Présidente de l'ASDEL, puis de Jacques Scherrer, Secrétaire de cette même association.

27. Le 14 août 2012, le Secrétariat a adressé par courrier sa proposition de décision aux parties en leur octroyant, conformément à l'art. 30 al. 2 LCart, un délai pour se déterminer jusqu'au 13 septembre 2012. La proposition prévoyait des sanctions fondées sur l'art. 49a LCart pour les diffuseurs-distributeurs. La liste de l'ensemble des pièces versées au dossier jusqu'à ce jour a été jointe à l'envoi.

28. Tous les diffuseurs-distributeurs ont sollicité pour prendre position une prolongation de délai d'une durée d'un mois. Ces prolongations de délai ont été accordées par le Secrétariat. Des circonstances exceptionnelles ont justifié l'accord de prolongations de délai supplémentaires dans certains cas. Les avis des diffuseurs-distributeurs sont parvenus au Secrétariat entre le 28 septembre 2012 et le 26 octobre 2012. Les versions expurgées des secrets d'affaires des prises de position ont été versées au dossier et rendues accessibles aux parties, au fur et à mesure qu'elles sont parvenues au Secrétariat. Les diffuseurs-distributeurs ont obtenu, sur demande, l'envoi sous forme électronique des pièces au dossier souhaitées.

29. Le 5 octobre 2012, les diffuseurs-distributeurs, le Secrétaire général de l'ASDEL et quatre libraires – Payot, la FNAC, La Liseuse et Distrilivres – ont été informés que la COMCO souhaitait les entendre selon l'art. 30 al. 2 LCart durant ses sessions plénières prévues à partir du 26 novembre 2012.

30. Les personnes concernées ont été convoquées par courrier des 6 et 7 novembre 2012 et informées du déroulement des auditions et de leur programme.

31. La COMCO a procédé à 18 auditions les 26 novembre, 3 décembre et 10 décembre 2012, soit trois lundis consécutifs. Ont été auditionnées, dans l'ordre chronologique de leur audition :

- Payot (Pascal Vandenberghe et Jean-Marie Lebec),
- FNAC (Pascal Reinhart),
- La Liseuse (Françoise Berclaz),
- Distrilivres (Jacques Lecomte),
- ASDEL (Jacques Scherrer),
- Servidis (Michel-Edouard Slatkine et Raymond Filliastre),
- Transat (Michel-Igor Slatkine),
- Glénat (Jacques Glénat),
- Flammarion (Pascale Buet, Delphine Basquin et Yorric Kermarrec),
- Dargaud (Eric Euzen et Simon Kummer),
- Interforum (Dominique Jarcsek et Josée Cattin),

- Diffulivre (Claude-Alain Roud),
- AIG (Samir Sawwaf),
- LLac (Olivier Ducommun),
- AH (Andonia Dimitrijevic-Borel et Marko Despot),
- Zoé (Caroline Coutau),
- OLF (Patrice Fehlmann),
- E5F ([...]), laquelle n'avait pas donné suite à la première convocation prévoyant que l'audition aurait lieu le 26 novembre.

32. La plupart des personnes auditionnées ont fait usage de la possibilité qui leur a été offerte de s'exprimer devant la COMCO en l'absence des autres parties à la procédure présente, de manière à préserver leurs secrets d'affaires.

33. Le 21 décembre 2012, le Secrétariat a envoyé les procès-verbaux des auditions, retranscriptions au mot pour mot des enregistrements effectués lors des trois journées d'auditions. Les parties ont disposé d'un délai au 18 janvier 2013 pour corriger d'éventuelles erreurs de retranscription du procès-verbal et fournir des pièces ou informations supplémentaires dans la mesure où elles estimaient cela nécessaire.

34. L'ensemble des protocoles signés et paraphés a été versé au dossier le 20 février 2013. Ce même jour, ils ont été notifiés aux parties pour permettre à ces derniers de faire valoir leurs droits de procédure.

35. Les écritures complémentaires des parties ont été versées au dossier selon leur arrivée et ont été en permanence accessibles pour les parties.

36. À plusieurs reprises durant la phase finale de la procédure, subséquente à l'envoi de la proposition de décision du Secrétariat du 14 août 2012, E5F a évoqué une récusation d'office des « personnes ayant participé à l'instruction », fondée sur la prétendue violation de secrets d'affaire au moment de l'envoi de la proposition du Secrétariat.<sup>5</sup> Par courrier du 20 mars 2013, le Directeur du Secrétariat a rejeté l'existence de tout vice de procédure à ce titre.<sup>6</sup>

37. Le 27 mai 2013, la COMCO s'est prononcée sur la procédure en cause et la présente décision a été notifiée aux parties le 11 juin 2013.

---

<sup>5</sup> Cf. notamment A 701, A 846, A 881, A 926, A 949.

<sup>6</sup> A 937.

## B Considérants

### B.1 Champ d'application de la LCart

#### B.1.1 Champ d'application personnel

38. Le champ d'application personnel de la LCart est défini par la notion d'entreprise.<sup>7</sup> La LCart s'applique aux entreprises engagées dans le processus économique, qui offrent ou acquièrent des biens ou des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique, de droit privé ou de droit public, et qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 en relation avec art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart).

39. Conformément au Message concernant la LCart de 1995, par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.<sup>8</sup> Même si le critère de l'indépendance n'a pas été intégré dans la définition légale introduite lors de la révision de la LCart en 2003 (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart), il demeure un critère pertinent pour la notion d'entreprise, comme l'a confirmé le Tribunal administratif fédéral.<sup>9</sup> Ainsi, la notion d'entreprise de la LCart est soumise aux conditions de l'art. 2 al. 1 et 1 bis LCart ainsi qu'à celle d'une participation de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.

40. Une entité ne participant pas de manière autonome au marché ne doit pas être considérée comme une entreprise au sens de la LCart.<sup>10</sup> C'est le cas lorsque une société-mère non seulement peut effectivement contrôler l'activité d'une entité-fille, mais encore exerce un tel contrôle sur cette entité, de façon à ce que cette dernière ne soit pas en mesure de se comporter indépendamment.<sup>11</sup> Dans ce sens, le critère de la participation indépendante au processus économique permet dans certaines circonstances de considérer qu'un groupe d'entreprises communes ne constitue qu'une seule entreprise au sens de la LCart.<sup>12</sup> Même une participation à hauteur de 100 % d'une société-mère dans le capital d'une société-fille ne signifie pas automatiquement qu'il s'agit de considérer ces entités comme un groupe, si aucune direction commune n'est mise en œuvre.<sup>13</sup> La constatation d'un groupe d'entreprises signifie que les accords passés entre les entreprises appartenant au groupe ne sont en principe pas soumises à la loi sur les cartels.<sup>14</sup>

41. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont contesté qu'ils étaient en mesure de participer de manière indépendante au processus économique. Les arguments se sont fondés, selon les

---

<sup>7</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>8</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, 534.

<sup>9</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO* et réf. citées.

<sup>10</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 335 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO* ; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 16 et réf. citées.

<sup>11</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>12</sup> VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, 63.

<sup>13</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.2, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>14</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.2, *Publigroupe/COMCO* ; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 2011, art. 2 N 11 (BORER Wettbewerbsrecht I) ; CHRISTOPH LANG/RETO M. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, in: sic! 2007, 299 ss.

cas, sur le concept de l'agence (Interforum, Flammarion, OLF, Servidis et Transat) ou sur l'appartenance à un groupe (Diffulivre et Dargaud). Ces arguments sont traités plus bas lors de l'examen de l'existence d'un accord en matière de concurrence. En effet, lorsque des accords sont au centre de l'analyse, la conséquence juridique d'admettre que les deux parties à un accord forment une seule entité économique consiste à devoir rejeter la constatation d'un accord en matière de concurrence.

42. Glénat (Suisse) a contesté être la destinataire correcte de l'enquête et plus précisément de la proposition de décision du Secrétariat.<sup>15</sup> Elle ne serait pas partie à un accord, car ce serait Glénat (France) qui aurait confié la distribution à OLF. Le rôle de Glénat (Suisse) se limiterait à vérifier que le taux de change pratiqué par OLF correspond à celui prévu par Glénat (France).

43. Glénat (Suisse) et Glénat (France) forment une seule entité économique au sens du droit de la concurrence. La première appartient intégralement à la deuxième. Il n'y a aucunement lieu de distinguer entre les entités française et suisse. Au surplus, l'argument de Glénat tombe d'ailleurs particulièrement à faux, car le contrat de distribution qu'elle a conclu avec OLF est précisément tripartite. En effet, tant Glénat (Suisse) que Glénat (France) sont, au sens du droit des obligations, parties au contrat confiant à OLF la distribution des ouvrages de Glénat en tant qu'entité réunissant Glénat (Suisse) et (France).

44. En l'espèce, l'enquête a été formellement ouverte contre les diffuseurs-distributeurs situés en Suisse, lesquels sont les destinataires de la présente décision, indépendamment du fait qu'ils appartiennent ou non à un groupe d'entreprises. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé dans sa jurisprudence récente, les exigences concernant l'imputation de comportements illicites à des personnes morales s'inscrivant dans une unité économique tel qu'un groupe d'entreprise ne doivent pas être exagérées<sup>16</sup>. En effet, cas échéant, le but de la norme de l'art. 49a LCart pourrait être éludé. Dans ces circonstances, un certain pragmatisme s'impose. En l'espèce, la diversité que présentent les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse au niveau de leur organisation, le fait qu'ils sont eux-mêmes parties aux accords examinés dans la présente décision ainsi que leur rôle commercial en Suisse justifient de considérer les entités actives en Suisse comme destinataires formels de la présente décision, même si sur le plan matériel, il y a lieu de tenir compte de l'appartenance de certaines de ces entités à un groupe sis à l'étranger, notamment au niveau de la sanction.<sup>17</sup>

45. Ainsi, pendant la période visée par l'enquête, les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse ont été des entreprises indépendantes ou ont été des filiales intégrées à des entreprises indépendantes dans le processus économique. En effet, ces entreprises ont toutes été actives dans le processus économique, dans la mesure où elles ont exercé une – voire plusieurs – activité commerciale dans la branche du livre. La condition de l'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart est réalisée pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

### **B.1.2 Champ d'application matériel**

46. Toutes les formes de restrictions privées de la concurrence tombent dans le champ d'application matériel.<sup>18</sup> Les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart constituent également de telles restrictions. Tel qu'il sera démontré plus bas, les comportements des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Tran-

---

<sup>15</sup> A 695, 2, N 10 ss.

<sup>16</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 3.4, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>17</sup> Cf. également Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 72, *Nikon*.

<sup>18</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Message LCart 1994), FF 1995 I 472 ss, 535.

sat, Dargaud et AIG peuvent être qualifiés d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### **B.1.3 Champ d'application territorial**

47. La présente loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 LCart).

48. Les accords en cause déploient leurs effets en Suisse, ce qui sera exposé dans l'analyse matérielle des accords.<sup>19</sup>

## **B.2 Prescriptions réservées**

49. Selon l'art. 3 al. 1 LCart sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. La loi sur les cartels n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle selon l'art. 3 al. 2 LCart.

50. L'art. 3 LCart concrétise la fonction dérégulatoire de la loi sur les cartels. Elle doit permettre de rendre effectifs les principes de concurrence dans l'économie, l'exclusion de ces principes devant constituer l'exception. L'interprétation de cette disposition est donc menée de manière restrictive, en particulier compte tenu du paramètre historique. En effet, depuis la modification de cette disposition en 1995, lorsqu'une prescription laisse place aux principes de concurrence, il convient de permettre à ces principes de s'appliquer.<sup>20</sup> Même dans des marchés fortement régulés, les dispositions cartellaires peuvent demeurer au moins partiellement applicables.<sup>21</sup> La version allemande de l'art. 3 al. 1 let. a LCart rend à ce titre plus clairement compte de cet élément :

*« Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. »*

51. L'élément essentiel consiste à déterminer si une prescription prévoit une mesure visant à corriger une défaillance de marché.<sup>22</sup>

52. Si l'analyse d'une défaillance de marché est un exercice avant tout économique, le postulat d'une telle hypothèse est de nature politique. L'étendue de l'exclusion de la concurrence dépend de l'interprétation des prescriptions réservées. La volonté du législateur semble recouvrir une importance particulière à cet effet selon certains auteurs.<sup>23</sup> Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire renvoient cependant à la pratique traditionnelle en la matière, selon laquelle aucune des méthodes d'interprétation ne jouit d'une priorité prédéterminée.<sup>24</sup> Ainsi, l'interprétation restrictive de l'art. 3 al. 1 LCart conduit à limiter au strict minimum l'exclusion de l'application des principes de concurrence par une prescription divergente.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Cf. l'analyse des accords B.3, 16 ss.

<sup>20</sup> BORER (n. 14), Wettbewerbsrecht I, art. 3 LCart N 2.

<sup>21</sup> RETO M. HILTY, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 3 al. 1 LCart N 4 et réf. citée.

<sup>22</sup> BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3 al. 1 LCart N 8.

<sup>23</sup> BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3al. 1 LCart N 7 et réf. citée.

<sup>24</sup> BSK KG-HILTY (n. 21), art. 3 al. 1 LCart N 7 et réf. citée.

<sup>25</sup> DPC 2012/3, 737, Avis de droit Partenariat RER/EWZ-Projet de coopération Eoliennes de Provence SA.

En résumé, non seulement la nature mais aussi l'étendue de la prescription est primordiale pour déterminer l'articulation d'une prescription réglementaire avec la loi sur les cartels.

## **B.2.1 Loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (LPL)**

### **B.2.1.1 En général**

53. Le projet d'une loi régulant la branche du livre est né en 2004. Le 7 mai 2004, le Conseiller national Jean-Philippe Maître a déposé une initiative parlementaire demandant la mise en place d'une réglementation du prix du livre en Suisse.<sup>26</sup> La mise au point du texte a demandé un temps très important aux organes fédéraux concernés. Après de nombreuses séances, le Parlement a adopté la LPL le 18 mars 2011.<sup>27</sup> Aussitôt, la menace d'un référendum populaire a été brandie par un comité interpartis.<sup>28</sup> Suite à la récolte du nombre idoine de signatures dans le délai légal par ledit comité, le Conseil fédéral a entrepris de porter le texte devant le peuple. Le 11 mars 2012, la LPL a été rejetée par le peuple. 56,1 % des votants se sont exprimés contre le texte de loi adopté par le Parlement, pour un taux de participation de 43,1 %.<sup>29</sup>

54. En cas d'acceptation, la LPL aurait introduit un régime de régulation des prix des livres neufs et sans défaut rédigés dans une des langues nationales suisses qui seraient édités, importés ou commercialisés en Suisse (art. 2 LPL). La détermination du prix de vente final aurait été de la compétence de l'éditeur ou de l'importateur et les libraires et autres revendeurs auraient été tenus d'appliquer les prix ainsi déterminés (art. 4 LPL). Dans certaines circonstances exceptionnelles, une remise aurait été possible. Ces remises auraient également été régulées (art. 6-7 LPL). La durée du prix régulé pour chaque ouvrage aurait été indéterminée, mais après 18 mois, la loi prévoyait que l'éditeur ou l'importateur aurait pu libérer le prix d'un livre (art. 8 LPL). Finalement, un mécanisme judiciaire interne à la branche aurait été mis en place pour assurer que tous les acteurs ne puissent pas s'écarter du régime de régulation (art. 10-13 LPL).<sup>30</sup> En résumé, le projet adopté par le Parlement prévoyait une fixation du prix de revente, c'est-à-dire du prix de vente aux consommateurs finaux, et plusieurs mesures pour assurer la pérennité du système.

55. Outre la fixation des prix, la LPL prévoyait également une norme (art. 9 LPL) imposant aux diffuseurs-distributeurs d'appliquer les mêmes prix et conditions aux libraires et autres détaillants dont l'assortiment n'est pas principalement composé de livres dans le but

---

<sup>26</sup> Initiative parlementaire « Réglementation du prix du livre » (04.430), déposée au Conseil national le 7.5.2004 par Jean-Philippe Maître, [http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20040430.aspx](http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20040430.aspx) (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>27</sup> Loi fédérale du 18 mars 2011 sur la réglementation du prix du livre (LPL, FF 2011 2525).

<sup>28</sup> Cf. notamment *Le Temps* du 19.3.2011, 10.

<sup>29</sup> Cf. <http://www.parlament.ch/f/wahlen-abstimmungen/volksabstimmungen/volksabstimmungen-2012/abstimmung-2012-03-11/pages/default.aspx> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>30</sup> Pour une présentation détaillée de la genèse du projet : cf. Avant-projet et rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 13 octobre 2008 concernant l'initiative parlementaire portant sur la réglementation du prix du livre (04.430), accessible à : [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1713/Bericht\\_f.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1713/Bericht_f.pdf) (dernière consultation le 11 juin 2013) et Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 20 avril 2009 concernant l'initiative parlementaire portant sur la réglementation du prix du livre (04.430), accessible à : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/1998-2007/04430/Documents/bericht-wak-n-04-430-2009-04-20-f.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

d'empêcher une discrimination des premiers par rapport aux seconds. Cette réglementation aurait concerné le marché des livres au niveau wholesale puisqu'elle aurait concerné le rapport entre les revendeurs et les détaillants.

### **B.2.1.2 Effets sur l'enquête**

56. En légitimant les éditeurs-importateurs à fixer les prix de revente sur le marché final, LPL aurait constitué une loi au sens formel prévoyant une régulation des prix de vente finaux fondée sur un but d'intérêt public selon le législateur. En agissant directement sur les prix de vente finaux, la loi aurait amputé une grande partie du champ d'application des principes de concurrence dans l'industrie en cause. La marge de manœuvre des opérateurs aurait été, d'une part, considérablement limitée par rapport à un marché libre et, d'autre part, une coordination des acteurs économiques aurait été préférée à un système basé sur la concurrence. La loi contenait non seulement des principes clairs concernant la compétence de détermination des prix, mais également un strict mécanisme de mise en application – tribunal arbitral, sanctions, etc. – empêchant de contourner le régime de régulation.

57. La loi ne contenait aucune prescription en relation avec les approvisionnements et se concentrait uniquement sur un régime de prix. Les mécanismes prévus consistaient principalement à permettre aux « éditeurs-importateurs » de faire respecter les prix de revente (niveau retail du marché de la vente) et, dans une moindre mesure, à garantir que les libraires traditionnels ne soient pas discriminés dans les conditions d'achat niveau wholesale du marché de la vente). La LPL se serait bornée à réglementer la fixation des prix mais ne s'intéressait nullement à l'approvisionnement des livres et plus particulièrement aux importations parallèles. Il en serait résulté que même en dépit de l'adoption de la LPL qui aurait exclu la concurrence en matière de prix, la LCart serait restée pleinement applicable en ce qui concerne l'approvisionnement des livres.

58. L'objet de l'enquête en cours et la portée incertaine que l'éventuelle adoption de la LPL pouvait avoir sur cette dernière, a justifié la suspension de la procédure jusqu'à droit connu, de manière à garantir que l'intervention cartellaire pouvant résulter de cette enquête soit fondée juridiquement et opportune économiquement, ce qui présuppose, cas échéant une prise en compte de la régulation – en vigueur ou imminente – encadrant la branche concernée. La suspension de l'enquête s'est justifié essentiellement en ce qui concerne le volet prix, c'est-à-dire les prétendus accords de fixation des prix de revente identifiés par le Secrétariat dans sa proposition de décision du 14 août 2012. Il convient cependant de relever que le volet des approvisionnements n'a jamais été débattu sur le plan législatif.

59. Par le rejet de la loi, la branche du livre reste exemptée de régulation sectorielle. Dans ces conditions, les prescriptions de la loi sur les cartels sont pleinement applicables. L'application de la loi sur les cartels concernant non pas les prix, mais les approvisionnements n'a jamais été sujet à réglementation. Il sera revenu en tant que besoin sur certains éléments résultant de la procédure législative et du contenu matériel de la LPL dans les considérants qui suivent.

## B.2.2 Loi française sur le prix du livre (Loi Lang)

### B.2.2.1 En général

60. En France, la loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre – la « loi Lang » – met en place une régulation du prix du livre.<sup>31</sup> Au moment de la présentation du projet de loi devant l'Assemblée nationale, le Ministre compétent a déclaré :

*« Ce régime dérogatoire est fondé sur le refus de considérer le livre comme un produit marchand banalisé et sur la volonté d'infléchir les mécanismes du marché pour assurer la prise en compte de sa nature de bien culturel qui ne saurait être soumis aux seules exigences de rentabilité immédiate. »<sup>32</sup>*

61. Concrètement, la loi Lang soustrait le livre du régime de la concurrence et prévoit un système d'autorégulation de tous les échelons de la branche orchestré par les éditeurs. Ainsi, toute personne qui édite ou importe des livres est tenue de fixer un prix de vente au public (art. 1 al. 1 loi Lang). Certaines situations permettent néanmoins aux détaillants – la notion de détaillant est très large<sup>33</sup> – de s'écarter de ce prix. La loi prévoit cinq circonstances dans lesquelles un prix différent peut être appliqué. Premièrement, la régulation française prévoit que les détaillants peuvent de manière générale pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur. Autrement dit, il est loisible aux détaillants d'accorder un rabais jusqu'à 5 % du prix de vente public inscrit sur l'ouvrage. Deuxièmement, le prix effectif de vente des livres peut être compris entre 91 % et 100 % du prix de vente au public lorsque l'achat est réalisé pour leurs besoins propres par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public. Troisièmement, les détaillants peuvent pratiquer des prix inférieurs au prix de vente au public sur les livres édités ou importés depuis plus de deux ans, et dont le dernier approvisionnement remonte à plus de six mois. Quatrièmement, les détaillants peuvent majorer le prix de vente public et imputer en sus les frais et rémunérations correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles. Etant donné que la commande à l'unité d'un ouvrage doit être gratuite et rentre dans le cadre des prestations normales (art. 1 al. 3 loi Lang), les prestations exceptionnelles consistent notamment en des frais de transport exceptionnels (p. ex. si le livre n'existe que chez un éditeur étranger) ou en un surcoût de recherche bibliographique (p. ex.

---

<sup>31</sup> Le texte légal est disponible sur Internet :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000517179&fastPos=1&fastReqId=1273754702&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>32</sup> Jack Lang, ministre de la culture, 1981, lors de la présentation du projet de loi devant l'Assemblée nationale, disponible sur Internet : <http://www.culture.gouv.fr/culture/dll/prix-livre/index.htm> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>33</sup> Sont considérés comme des détaillants au sens de la loi Lang : les librairies dites traditionnelles, les librairies-papeteries-tabac, les grandes surfaces spécialisées (FNAC, Virgin, etc.), les maisons de la presse, les soldeurs professionnels (dans certains cas), les grands magasins, les grandes surfaces non spécialisées (hypermarchés, supermarchés, magasins populaires tels Monoprix, Uniprix, Prisunic...), les autres points de vente : kiosques, gares, métro, aéroports, drugstores, coopératives, groupements d'achats, commerces de produits autres que les livres (p. ex. un pépiniériste qui vend des livres de jardinage), les sociétés de courtage et les VRP (c'est-à-dire les représentants de commerce), les sociétés de vente par correspondance, les « clubs » (principalement les relais et les boutiques France-Loisirs), les grossistes et les éditeurs lorsqu'ils vendent sans intermédiaire.

si le livre est épuisé, ou que le fonds d'un éditeur ayant cessé d'exister a été racheté par un tiers, etc.).

62. Finalement, des règles particulières sont prévues pour les départements d'outre-mer (DOM). Elles impliquent l'utilisation d'une table. Conformément au Décret n°83-5 du 5 janvier 1983 (ci-après « Décret outre-mer »<sup>34</sup>), des arrêtés du commissaire de la République fixent les coefficients applicables au prix de vente des livres au public pour les départements d'outre-mer (art. unique Décret outre-mer). Par exemple, pour le département de La Réunion, le coefficient majore le prix de vente public d'un facteur de 1,15 depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006.<sup>35</sup> Le taux de 1,15 remplace le taux précédent de 1,10 pour tenir compte de l'augmentation des prix du pétrole et des transports.<sup>36</sup>

63. Il résulte du système régulé français que sont indiquées sur chaque livre édité ou importé en France deux références : un prix en euro et une date pour le calcul des délais. Ces indications ajoutent une caractéristique particulière au livre francophone. En effet, elles créent deux points de repère, l'un en valeur, l'autre temporel, transparents pour l'ensemble des acteurs du marché.

### **B.2.2.2 Effets sur l'enquête**

64. Selon E5F, la loi Lang devrait être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Dans sa prise de position, elle a étayé son raisonnement principalement par les arguments suivants. En premier lieu, elle a fait valoir qu'au vu de la circonstance que plus de 80 % des livres écrits en français et achetés en Suisse sont produits ou ont transité par la France qui connaît un système de fixation des prix et qui en impose l'apposition sur les ouvrages, le marché Suisse romand des livres serait incontestablement influencé par la loi Lang, ce qui justifierait que cette dernière vaille comme prescription réservée. La loi Lang remplirait les conditions de l'art. 3 LCart puisqu'il s'agirait sans aucun doute d'une loi formelle poursuivant un intérêt public évident. Finalement, l'art. 3 al. 1 LCart serait formulé de manière tellement extensive, que d'une part la prise en considération des lois étrangères ne pourrait être exclue et d'autre part, l'utilisation des tables de conversion par les diffuseurs pourrait reposer sur du droit privé impératif.<sup>37</sup>

65. Le but de l'art. 3 al. 1 est de coordonner l'application de la LCart et d'autres prescriptions fédérales, cantonales et communales excluant la concurrence dans des domaines où le marché est défaillant.<sup>38</sup> Selon la doctrine unanime, il s'agit de prescriptions, règles générales et abstraites, contenues dans des actes normatifs émanant des autorités fédérales, canto-

---

<sup>34</sup> Décret n° 83-5 du 5 janvier 1983 pris pour l'application dans les départements d'outre-mer de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, disponible sur Internet : [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=42D5D3E929646D00F6F658DD620C3E35.tpdjo13v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000000313023&dateTexte=20100820](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=42D5D3E929646D00F6F658DD620C3E35.tpdjo13v_1?cidTexte=JORFTEXT000000313023&dateTexte=20100820) (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>35</sup> Préfecture de La Réunion, arrêté n° 2719 du 20 juillet 2006 relatif au prix du livre non-scolaire à La Réunion, disponible sur Internet : <http://www.reunion.pref.gouv.fr/spip.php?rubrique33>  
<http://www.reunion.pref.gouv.fr/intpref/raa/2006/juillet/arrete2719.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>36</sup> Cf. Question n° 91735 de Mme Bello, députée à l'Assemblée nationale, disponible à : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-91735QE.htm> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>37</sup> A 698 N 31ss.

<sup>38</sup> VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Edit.), 2013, Art. 3 al. 1 LCart N 8s.

nales ou communales<sup>39</sup> ou de manière plus générale, par toute délégation de norme conforme au droit.<sup>40</sup>

66. Au demeurant, la loi Lang, dont s'est inspiré le législateur fédéral pour produire la LPL, introduit essentiellement un régime de prix. Une influence de la loi Lang sur les approvisionnements n'est pas perceptible et n'a d'ailleurs pas été invoquée par E5F.

67. Ainsi, la loi Lang, adoptée par le législateur français, n'étant pas une prescription fédérale, cantonale ou communale, ne saurait être considérée sous l'angle de l'art. 3 al. 1 LCart.

### **B.2.3 Conclusions intermédiaires**

68. La LCart s'applique pleinement à la présente enquête, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ne devant être prise en compte.

---

<sup>39</sup> CR Concurrence MARTENET/CARRON (n. 38), art. 3 al. 1 LCart N 25 ; PETER MÜNCH in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 KG N 9.

<sup>40</sup> BSK KG-MÜNCH (n. 39), Art. 3 Abs. 1 KG N 10.

## B.3 Accords illicites en matière de concurrence

69. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

### B.3.1 Standard et libre appréciation des preuves, principe *in dubio pro reo*

70. La procédure d'enquête est très largement dominée par la maxime d'office et la maxime inquisitoire.<sup>41</sup> Les autorités de la concurrence ont donc à établir d'office les faits nécessaires à la décision, dans la mesure où la loi sur les cartels ne prévoit pas de règles spécifiques en la matière (art. 39 LCart en relation avec art. 12 PA). L'établissement de l'état de fait est mené dans la limite des possibilités des autorités de la concurrence et sur la base des renseignements que leurs fournissent les parties ou des tiers.<sup>42</sup>

71. Les autorités de la concurrence apprécient les preuves librement (art. 39 LCart en relation avec l'art. 19 PA et 40 PCF). Elles ne sont liées par aucune règle concernant la valeur probante d'une preuve particulière et il n'y a aucune hiérarchie entre les différents moyens de preuve.<sup>43</sup> Dans un système de libre appréciation des preuves, n'importe quel indice peut, suivant les circonstances, entraîner la conviction de l'autorité.

72. Selon la pratique de la COMCO et la doctrine, existe la possibilité d'amener une preuve au moyen d'indices (« *Beweiserbringung mittels Indizien* »).<sup>44</sup> Par analogie à la jurisprudence développée en droit pénal, l'administration de preuves indirectes ou médiatees, c'est-à-dire d'indices, permet également de tirer des conclusions significatives. Des indices sont des faits qui permettent de conclure à un autre fait pertinent. Dans la preuve par indice, un fait non prouvé directement est considéré comme établi parce que d'autres faits prouvés – les indices – et l'expérience générale de la vie imposent d'y conclure. Il n'y a pas *a priori* de différence de valeur entre une preuve par indice et une preuve directe, même si en règle générale la première laisse, à la différence de la preuve directe, la possibilité que le lien soit remis en cause et qu'un doute soit suscité. La possibilité d'une preuve par indice est reconvenue et, en particulier lorsque celle-ci repose sur plusieurs indices différents, elle permet de conclure à satisfaction de droit à la preuve pleine (« *Vollbeweis* »).<sup>45</sup>

73. Dans l'arrêt Publigroupe, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur les principes régissant le degré de la preuve concernant plusieurs éléments (matériels) de l'énoncé de fait légal de l'art. 7 LCart, comme notamment la définition du marché relevant, l'appréciation de la position sur le marché, etc.<sup>46</sup> Ces éléments doivent également être examinés dans l'application de l'art. 5 LCart et, dans la mesure où les concepts sont identiques, il convient de s'en tenir

---

<sup>41</sup> MARTENET/HEINEMANN (n. 12), 177.

<sup>42</sup> MARTENET/HEINEMANN (n. 12), 177.

<sup>43</sup> Cf. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/ CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 62.

<sup>44</sup> DPC 2012/2, 385 N 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

<sup>45</sup> Cf. Arrêt du TF 6B\_332/2009 du 4.8.2009, consid. 2.3.

<sup>46</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, 9.2.3.4, *Publigroupe/COMCO*.

aux principes déterminés par le TF en ce qui concerne ces éléments de l'énoncé de fait légal.

74. Selon le TF, il ne faut perdre de l'esprit que l'analyse des rapports de marché sont complexes, que l'état des données est en principe incomplet et que la récolte de données supplémentaires est difficile. Dans ces circonstances, les exigences du degré de la preuve des rapports économiques ne doivent pas être exagérées, eu égard au but de la loi sur les cartels d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.<sup>47</sup> Une certaine logique de l'analyse économique et la probabilité de la justesse des éléments retenus doivent cependant être concluants et compréhensibles.<sup>48</sup>

75. En vertu de la présomption d'innocence des art. 6 ch. 2 CEDH, 14 al. 2 Pacte II et 32 al. 1 Cst., le fardeau de la preuve incombe à l'autorité, qui doit établir l'existence des faits reprochés à l'entreprise visée. L'autorité ne doit pas tenir pour établi un fait défavorable à une telle entreprise si, d'un point de vue objectif, il subsiste des doutes quant à ce fait. Ce n'est cependant que si le doute est irréductible et sérieux que le principe *in dubio pro reo* trouvera à s'appliquer. Ce principe est violé lorsque l'autorité aurait dû éprouver des doutes quant à l'existence d'un fait. Toutefois, l'administration des preuves ne doit pas nécessairement aboutir à une certitude absolue. Des doutes simplement abstraits ou théoriques ne suffisent pas pour admettre la version la plus favorable à l'entreprise visée, dès lors qu'ils sont toujours possibles et qu'une certitude absolue ne peut être exigée.<sup>49</sup> Ainsi, l'adage *in dubio pro reo* ne porte en principe pas atteinte à la libre appréciation des preuves et à l'intime conviction; il ne dit en particulier pas comment un élément de preuve doit être apprécié, ni comment l'autorité peut former sa conviction. Ce n'est donc pas parce qu'il existe des moyens de preuve contradictoires que l'on peut nécessairement conclure à un doute sérieux et irréductible.

### **B.3.2 Accords illicites d'attribution de territoires de distribution (ATD)**

76. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). La première condition est traitée à partir du considérant B.3.2.1 qui suit, pour chaque entreprise séparément.

#### **B.3.2.1 Action collective consciente et voulue**

77. La notion d'accord en matière de concurrence est plus large que celle de contrat au sens de l'art. 1 CO.<sup>50</sup> Elle est économique et comprend également les pratiques concertées.<sup>51</sup> L'accord en matière de concurrence se définit ainsi comme une action consciente et voulue menée collectivement qui entraîne ou vise une restriction à la concurrence. Il sup-

---

<sup>47</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, *Publigroupe/COMCO* et réf.citées.

<sup>48</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 8.3.2, *Publigroupe/COMCO* ; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 305 ss.

<sup>49</sup> Arrêt du TF du 19 décembre 2000, 6P.151/2000, cons. 2a bb et les références citées.

<sup>50</sup> MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 4 LCart N 21 ss.

<sup>51</sup> MARTENET/HEINEMANN, (n. 12), 2012, 87.

pose ainsi deux éléments : un comportement collectif conscient et voulu des entreprises participantes.<sup>52</sup>

78. La doctrine a reconnu que la notion d'accord de distribution doit être interprétée de manière large.<sup>53</sup> Premièrement, même des clauses se situant dans d'autres accords que des accords traitant exclusivement de la distribution peuvent entrer dans cette définition. Deuxièmement, tout système de distribution fait intervenir plusieurs acteurs à différents niveaux de la chaîne de distribution. Un « accord » de distribution isolé ne constitue toujours qu'un élément d'un système de distribution plus large et impliquant plusieurs entités. La pratique de la COMCO dans l'arrêt *Gaba*, s'appuyant sur la jurisprudence de l'UE, précise que c'est la vue d'ensemble qui doit permettre d'admettre ou non qu'un système de distribution tombe sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart.<sup>54</sup> Dans ce sens, il y a lieu à ce stade d'examiner pour chaque diffuseur-distributeur s'il est partie à un système de distribution tombant sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.2.2 Interforum

#### B.3.2.2.1 Système de distribution

79. [...] <sup>55</sup> [...].

80. [...] <sup>56</sup> Les contrats en vigueur entre Interforum et OLF durant la période visée par l'enquête prévoient notamment les dispositions suivantes :

81. Art. 3, contrat du 3 septembre 2008

*« INTERFORUM confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres*

*INTERFORUM s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. »*<sup>57</sup>

82. La clause ci-dessus a remplacé la clause qui suit :

83. Art. 3, contrat du 27 février 1996

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

---

<sup>52</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, (n. 50) art. 4 LCart N 9 ; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 4 al. 1 N 2.

<sup>53</sup> PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, art. 5 LCart N 534.

<sup>54</sup> DPC 2010/2, 72 N 93, *Gaba* ; Arrêt du Tribunal de première instance du 30.4.2009, T-18/03, *Nintendo*.

<sup>55</sup> A 513, 1.

<sup>56</sup> A 513, 1.

<sup>57</sup> A 513, 6.

*preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.*

*N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »<sup>58</sup>*

#### **B.3.2.2.2 Appréciation des faits**

84. La relation commerciale entre Interforum et OLF a été régie pendant la période visée par l'enquête par deux contrats successifs conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités du système de distribution d'Interforum.

85. Interforum n'a pas contesté l'existence ni la validité des contrats, mais selon elle, OLF n'agirait pas sur le marché en tant qu'acteur indépendant.<sup>59</sup> Ce grief a également été invoqué par Flammarion. Cette dernière, au contraire d'Interforum, a développé son argument plus avant, notamment sur la question des relations d'agence. Les relations qu'entretiennent Flammarion et Interforum avec OLF sont en de nombreux points similaires, en particulier au niveau de l'économie de leur relation. E5F et Glénat, elles-mêmes parties à des contrats à l'économie comparable avec OLF, n'ont pas contesté que OLF était indépendante. Finalement, OLF n'a pas non plus considéré qu'elle était dépendante tel que pourrait l'être un agent.

86. Le droit et la pratique suisses sont muets sur la question des relations d'agence au regard de la loi sur les cartels. Ni la loi sur les cartels, ni la CommVert ne contiennent de dispositions en la matière, comme l'a relevé Flammarion à juste titre. Dans ce contexte, le droit de l'Union européenne peut fournir une piste d'interprétation utile. En effet, selon la CommVert, les règles en vigueur dans l'Union européenne valent de manière analogue en Suisse (VII CommVert en relation avec VI CommVert). Il convient de relever que la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions.<sup>60</sup> Flammarion a également recouru au droit européen pour fonder son propos.<sup>61</sup>

87. Selon le droit de l'Union européenne, une relation d'agence n'est pas soumise à l'art. 101 TFUE, car l'agent est considéré comme faisant partie de l'organisation commerciale du commettant.<sup>62</sup> Dans ce sens, un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat ou de la vente de biens ou de services par le commettant.<sup>63</sup>

88. Le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent.<sup>64</sup> Sur la base de la jurisprudence de la CJUE, la Commis-

---

<sup>58</sup> A 516, 4.

<sup>59</sup> A 692, 35, N 127.

<sup>60</sup> Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, *Sécateurs et cisailles* et réf. citées ; Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, *Nikon* et réf. citées.

<sup>61</sup> A 699, 18, N 79.

<sup>62</sup> RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 2012, 621.

<sup>63</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 12.

<sup>64</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 13.

sion européenne a défini trois types de risque et établi l'ordre dans lequel ces risques doivent être examinés.<sup>65</sup> L'analyse des risques doit être faite au cas par cas.<sup>66</sup>

89. Les risques spécifiques aux contrats sont les premiers qui doivent être examinés. Les contrats visés sont ceux qui sont conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant. Le fait que l'agent supporte des risques spécifiques aux contrats suffit pour conclure que celui-ci est un distributeur indépendant.<sup>67</sup> Si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse avec les risques liés aux investissements propres au marché, puis avec les risques liés à d'autres activités.<sup>68</sup>

90. En l'espèce, les obligations assumées par OLF conformément aux contrats de distribution qui la lient avec Interforum et Flammarion – également avec E5F et Glénat d'ailleurs – disposent que le risque du croire revient à OLF, ce qui est expressément réglé à l'art. 4 des contrats respectifs. L'art. 8 des contrats respectifs complète cette obligation en stipulant ce qui suit :

*« En vertu de l'article 4 point d), OLF assure l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. »*

91. En audition, Josée Cattin et Dominic Jarcsek (Interforum) ont confirmé qu'OLF assumait le risque du croire.<sup>69</sup> Delphine Basquin (Flammarion) a confirmé en audition également que si un libraire ne paie pas sa facture, le risque est supporté par OLF, car elle est du croire.<sup>70</sup>

92. Le risque du croire est typiquement un risque spécifique aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, c'est-à-dire en l'espèce avec le détaillant. Certes la scission entre activités de diffusion et de distribution telle qu'elle est opérée par les entreprises ayant sous-traité la distribution à OLF mène à ce que le prix payé par les détaillants n'est pas déterminé par OLF, mais par les diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. Cependant l'activité de facturation et le risque qui y est lié sont expressément transférés à OLF.

93. Selon Flammarion, le fait qu'OLF serait rémunérée pour le risque du croire signifie qu'elle devrait être considérée comme un agent.<sup>71</sup> L'argument n'est pas pertinent. D'abord, les contrats de distribution auxquels est partie OLF ne prévoient aucunement de rémunération spécifique pour le risque du croire. Les revenus d'OLF par ces contrats dépendent essentiellement des flux vers les détaillants et de divers autres mouvements. Ensuite, même si le risque du croire devait être rémunéré, on ne voit pas ce que cela changerait à la répartition des risques, ce que Flammarion n'a au demeurant pas étayé.

94. Selon la méthode définie par le droit de l'UE, il n'y a pas lieu de procéder à l'analyse d'autres risques éventuellement assumés par OLF. En effet, c'est seulement si aucun des risques spécifiques aux contrats n'est supporté par l'agent que la poursuite de l'examen est commandée.<sup>72</sup> On relèvera cependant à toutes fins utiles qu'OLF est obligée également se-

---

<sup>65</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, respectivement para. 14 à 16 (typologie des risques) et 17 (test).

<sup>66</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 622.

<sup>67</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

<sup>68</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

<sup>69</sup> A 908, L 471 .

<sup>70</sup> A 905, L 589 ss.

<sup>71</sup> A 699, 17, N 74 ss ; A 905, 66 ss.

<sup>72</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

lon lesdits contrats à s'assurer à ses frais contre les risques issus des hypothèses d'un sinistre incendie et dommage naturel, dégâts d'eau ou d'un vol affectant tout ou partie des produits qui lui ont été confiés,<sup>73</sup> mais aussi qu'elle est responsable des différences de stock constatées lors de l'inventaire physique et que des investissements importants ont dû être consentis par OLF pour être en mesure de gérer la distribution des flux que génèrent, collectivement, mais également individuellement les diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. On notera concernant ce dernier point que l'activité d'OLF comme diffuseur est plutôt accessoire par rapport à celle de la distribution. Les risques assumés par OLF ne se limitent ainsi pas aux seuls risques spécifiques aux contrats et il est exclu de la considérer comme un agent des diffuseurs.

95. Ainsi, il ne convient nullement de considérer OLF comme un agent du commettant Interforum. Il en résulte qu'Interforum a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

### **B.3.2.3 Editions des 5 Frontières**

#### **B.3.2.3.1 Système de distribution**

96. E5F est une entreprise [...] et un commercial. Elle ne dispose pas de locaux propres, la société étant domiciliée chez une fiduciaire en Suisse qui lui prête un bureau si nécessaire.<sup>74</sup>

97. [...] <sup>75</sup> [...] <sup>76</sup> [...]. Les contrats en vigueur entre E5F et OLF durant la période visée par l'enquête prévoient notamment les dispositions suivantes :

98. Art I, contrats des 1<sup>er</sup>/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

*« [E5F] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse des produits définis à l'article 11, selon les modalités définies ci-après*

*Il est précisé que le présent contrat ne constitue pas une agence au sens de la législation suisse, OLF devant fournir à [E5F] certains services en matière de distribution, notamment logistique de distribution, facturation, ainsi que ci-après précisé.<sup>77</sup> »*

99. Art. III, contrats des 1<sup>er</sup>/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

*« Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 11, OLF sert en exclusivité l'intégralité de la clientèle suisse de [E5F].*

*[E5F] s'engage à ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses sans l'accord préalable de l'OLF.*

*Toutefois, [E5F] se réserve la possibilité d'annuler unilatéralement cette clause de distribution exclusive dont bénéficie OLF au cas où interviendrait, indépendamment de la volonté des parties, des événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. Cette annulation de l'exclusivité deviendra effective six mois après sa dénonciation par [E5F], les clients suisses pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France.*

---

<sup>73</sup> Art. 4 des contrats de distribution d'OLF avec Interforum, E5F, Flammarion et Glénat.

<sup>74</sup> A 904, L 227 ss.

<sup>75</sup> A 536, 1.

<sup>76</sup> A 904, L 209 ss.

<sup>77</sup> A 536, 26 et 35.

*Dans cette hypothèse, il est entendu que la distribution effectuée à partir du territoire suisse continuera d'être confiée par [E5F] exclusivement à OLF, dans le cadre du présent contrat dont les termes devront alors être révisés dans les meilleurs délais, ainsi que les parties en conviennent. Dans ce cas, l'OLF se réserve la possibilité d'effectuer ses prestations en qualité de grossiste.<sup>78</sup> »*

### **B.3.2.3.2 Appréciation des faits**

100. Les clauses mentionnées font partie de contrats conclus avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. E5F a expressément relevé qu'elle était partie à un contrat de distribution avec OLF.<sup>79</sup>

101. Ainsi, E5F a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

### **B.3.2.4 Flammarion**

#### **B.3.2.4.1 Système de distribution**

102. [...].<sup>80</sup> [...]. Pour la période d'enquête trois contrats successifs entrent en ligne de compte dans sa relation avec OLF. Tous ont notamment contenu les clauses suivantes :

103. Art. 3 contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000

*« FLAMMARION confie à OLF, 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 FLAMMARION à OLF 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.*

*FLAMMARION s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés.*

*Par ailleurs, OLF confirme à FLAMMARION, en ayant le droit de le faire par une délégation de pouvoir donnée par la Société Payot Naville Distribution, Maison Mère de OLF que les Sociétés Payot S.A. (librairies) et Naville S.A., filiales de cette dernière, se sont engagées à faire le maximum d'efforts sur les plans de la promotion et de la vente des ouvrages édités (et/ou diffusés) par FLAMMARION. »<sup>81</sup>*

104. En date du 18 juillet 2012, Flammarion a précisé sa relation avec OLF par l'intermédiaire d'un courrier, contresigné par OLF, dont l'essentiel de son contenu est le suivant :

---

<sup>78</sup> A 536, 27 et 36.

<sup>79</sup> A 736, N 73.

<sup>80</sup> A 523, 2 s; A 699, 6, N 23 ss.

<sup>81</sup> A 523, 7.

*« Comme vous le savez, nous répondons à la demande de clients Suisse qui souhaitent acheter des ouvrages directement en France via notre filiale de distribution UD-Union Distribution et non plus via l'OLF. 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, FLAMMARION est libre de servir directement ses clients Suisse sans que l'OLF puisse lui opposer une quelconque exclusivité en sa qualité de logisticien. »<sup>82</sup>*

#### **B.3.2.4.2 Appréciation des faits**

105. Les clauses mentionnées font partie de contrats conclus avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. Sous réserve du grief d'indépendance invoqué et traité plus haut, Flammarion n'a pas contesté être partie à ces contrats.

106. Ainsi, Flammarion a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

#### **B.3.2.5 Glénat**

##### **B.3.2.5.1 Système de distribution**

107. Glénat intervient uniquement en tant que diffuseur et ne s'occupe d'aucune tâche logistique.<sup>83</sup> L'antenne suisse n'a pas conclu de contrat de diffusion directement avec des éditeurs. En Suisse, la distribution des catalogues de Glénat est intégralement assumée par OLF, sur la base d'un contrat de distribution conclu en 2004. Ce contrat contient la clause suivante :

108. Art 3 contrat de distribution du 10 septembre 2004

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

*Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par GLENAT SUISSE à OLF 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.*

*GLENAT SUISSE et GLENAT FRANCE s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus. »<sup>84</sup>*

##### **B.3.2.5.2 Appréciation des faits**

109. La clause mentionnée fait partie d'un contrat conclu avec OLF au sens de l'art. 1 ss CO. Sous réserve du grief soulevé concernant les rôles de Glénat (Suisse) et de

---

<sup>82</sup> A 699a, 63.

<sup>83</sup> A 534.

<sup>84</sup> A 534, 15 s.

Glénat (France) dans ledit contrat invoqué et traité plus haut, Glénat n'a pas contesté être partie à ce contrat.

110. Ainsi, Glénat a été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

### **B.3.2.6 OLF**

#### **B.3.2.6.1 Système de distribution**

111. La société OLF occupe [...] et dispose d'une surface de 11'000 m<sup>2</sup> sur laquelle elle stocke 1'500'000 livres pour environ 140'000 références distribuées/diffusées.<sup>85</sup>

112. A côté des tâches logistiques qui lui reviennent, OLF est également en charge de la diffusion de plusieurs (petits) éditeurs français, dont s'occupent [...].<sup>86</sup>

113. Le Secrétariat a reçu d'OLF [...] contrats au total en vigueur durant la période visée par l'enquête, parmi eux, [...] contrats de diffusion/distribution et [...] contrats de distribution pure. A deux exceptions près, qui l'excluent expressément, tous les contrats contiennent une clause concédant à OLF l'exclusivité de la diffusion/distribution pour le territoire suisse.

114. En ce qui concerne les contrats de distribution pure, les contrats avec les diffuseurs Interforum, E5F, Flammarion et Glénat ont déjà été exposés plus haut.<sup>87</sup> Dans les deux contrats de distribution pure restants, c'est-à-dire avec les éditeurs [...] et [...], les parties ont convenu d'attribuer l'exclusivité à OLF à l'art. 3, formulé ainsi :

*«L'ÉDITEUR confie à OLF, 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.*

*(...)*

*L'ÉDITEUR s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés. »<sup>88</sup>*

115. Parmi les contrats de diffusion/distribution, un contrat standard a été signé à de nombreuses reprises. Il prévoit à l'art. 1 décrivant l'objet du contrat, l'exclusivité octroyée à OLF :

*« L'éditeur confie au diffuseur la représentation et la diffusion de son ouvrage dans les trois régions linguistiques de Suisse, sous la forme suivante :*

*Exclusivité en librairies, kiosques et grands magasins. »<sup>89</sup>*

116. Dans les autres contrats de diffusion/distribution, les clauses d'exclusivité formulées des manières suivantes ont été relevées :

---

<sup>85</sup> A 912, L 21 ss.

<sup>86</sup> A 912, L 37 ss.

<sup>87</sup> Interforum (N 81), E5F (N 98 s.), Flammarion (N 103) et Glénat (N 108).

<sup>88</sup> A 515, 46 et 79. Dans le deuxième contrat la mention « dans le respect des lois en vigueur » fait défaut.

<sup>89</sup> Cette clause figure dans les contrats suivants: A 515, 68 ; 73 ; 86 ; 114 et A 535, 8 ; 13 ; 26 ; 37 ; 39 ; 42 ; 44 ; 53 ; 65 ; 67 ; 72 ; 75 ; 90 ; 92 ; 99 ; 101 ; 103 ; 125 ; 138 ; 157 ; 165 ; 167 ; 169 ; 173 ; 175 ; 191 ; 193 ; 209 ; 211 ; 213 ; 215 ; 217 ; 219 ; 232 ; 244 ; 247 ; 250 ; 254 ; 263 ; 270 ; 273 ; 276 ; 279 ; 281 ; 285 ; 294 ; 296 ; 300 ; 302 ; 304 et 306)

« [Editeur] confie à l'OLF SA la représentation et la diffusion exclusives de son fonds en Suisse. »<sup>90</sup>

« [L'éditeur] confie au diffuseur la représentation de son fonds et des fonds qu'il diffuse en Suisse et à l'étranger sous la forme suivante :

- en Suisse : exclusivité en librairie et en grande surface.

- à l'étranger en open market à l'exclusion des territoires suivants : La France, La Belgique, La Grande-Bretagne, Les Etats-Unis et Le Canada, sur lesquels l'éditeur a conclu des accords d'exclusivité. »<sup>91</sup>

« [Editeur] confie à [diffuseur] une exclusivité de diffusion et de vente auprès des libraires de tous les ouvrages parus et à paraître sous sa marque, sur tout le territoire de la Suisse. »<sup>92</sup>

« L'Editeur confie à titre exclusif au Diffuseur sa représentation en Suisse, conformément aux usages de la profession. »<sup>93</sup>

117. Le contrat de diffusion/distribution avec [...] contient, au-delà de l'article concédant à OLF la diffusion exclusive sur le territoire suisse, un art. 11 prévoyant ce qui suit :

« L'éditeur avisera, par lettre recommandée, les grossistes français les plus importants de la présente convention, pour éviter des livraisons en Suisse par une autre voie que le diffuseur. »<sup>94</sup>

#### **B.3.2.6.2 Appréciation des faits**

118. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par OLF soit avec les diffuseurs qu'elle distribue uniquement, soit avec les éditeurs qu'elle diffuse/distribue.

119. Ainsi, OLF a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, diffuseurs et éditeurs.

#### **B.3.2.7 Diffulivre**

##### **B.3.2.7.1 Système de distribution**

120. Diffulivre est une société-fille appartenant à [...] à Hachette Livre. Elle mène ses activités commerciales selon trois modèles. Soit elle agit comme diffuseur et distributeur, soit comme distributeur uniquement, soit comme diffuseur et distributeur « en dépôt ». Dans ce dernier cas de figure, les stocks ne sont pas financés par Diffulivre et les ouvrages sont payés par cette dernière uniquement après les avoir vendus.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Cette clause a été identifiée dans les contrats A 515, 60 ; 112 et A 535 15 ; 23 ; 142 ; 144 ; 171 ; 209.

<sup>91</sup> A 535, 116.

<sup>92</sup> A 535, 19.

<sup>93</sup> A 515, 62.

<sup>94</sup> A 515, 72.

<sup>95</sup> A 527, 1 s.

121. Les fournisseurs de Diffulivre peuvent être classés en trois catégories :<sup>96</sup>

- Les éditeurs qui font partie du groupe Hachette, lesquels sont tous diffusés et distribués en Suisse par Diffulivre via le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Hachette »)
- Les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette, mais qui sont au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre et qui sont diffusés et distribués en Suisse par Diffulivre via le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Tiers-Hachette »)
- Les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette, qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre, mais qui sont diffusés et distribués directement par Diffulivre, sans passer par le canal de Hachette Livre (les éditeurs « Tiers-Diffulivre »)

122. Rapportées au chiffre d'affaires net de Diffulivre (hors surremises), les relations des Éditeurs-Hachette représentent pour la période 2005-2011 des ventes correspondant à [...], les Tiers-Hachette à [...] et les Tiers-Diffulivre à [...].<sup>97</sup> Ces données correspondent à la moyenne de la période considérée. Toujours selon une moyenne, le reste des ventes de Diffulivre se répartit entre les activités de rackjobbing ([...], cessation depuis 2008), les activités de distribution pure, c'est-à-dire sans diffusion ([...], cessation depuis 2007) et la diffusion/distribution de l'éditeur [...] ([...]), contrôlé conjointement par le groupe Hachette et un groupe canadien.<sup>98</sup>

123. Les relations contractuelles de Diffulivre avec ses fournisseurs sont de deux types. D'une part, avec les Tiers-Diffulivre, elle a conclu des contrats de diffusion/distribution.<sup>99</sup> D'autre part, concernant les Éditeurs-Hachette et les Tiers-Hachette, elle a conclu un contrat avec Hachette Livre, laquelle est partie à des contrats avec lesdits éditeurs.<sup>100</sup>

### **Relations contractuelles avec les Tiers-Diffulivre et en distribution pure**

124. Les contrats liant Diffulivre avec les éditeurs Tiers-Diffulivre contiennent en général les dispositions contractuelles standard suivantes :

#### *« ARTICLE 1 : DEFINITION*

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

*[NOM DE L'ÉDITEUR]*

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

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

*Leurs relations sont définies par la présente convention.*

---

<sup>96</sup> A 845, 3.

<sup>97</sup> A 845, 3.

<sup>98</sup> A 845, 4.

<sup>99</sup> Diffulivre n'exerce plus d'activité de distribution pure depuis 2007, A 845, 4.

<sup>100</sup> A 845, 3.

## ARTICLE 2 : ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

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

2. L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur [l]e territoire [suisse] pendant la durée du présent contrat et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant des clients mentionnés sous points 1 résidant en Suisse. »<sup>101</sup>

125. Les clauses qui précèdent sont prévues avec les partenaires contractuels indépendamment de leur provenance – France, Belgique et même la Suisse.

126. Dans les contrats régissant les activités de distribution pure fournies par Diffulivre, les deux formulations suivantes apparaissent :

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

*En [tant] que de besoin, l'EDITEUR informera la clientèle suisse de l'exclusivité de la distribution conférée au DISTRIBUTEUR. »*<sup>102</sup>

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

*L'Editeur s'interdit en conséquence de distribuer tout ouvrage faisant partie de la présente exclusivité sur le territoire. »*<sup>103</sup>

127. Des clauses de ce type font partie depuis longtemps des relations contractuelles de Diffulivre avec ses fournisseurs. En attestent plusieurs contrats fournis par Diffulivre datant des années nonante – à titre d'exemple l'évolution des relations avec les [...].<sup>104</sup> En attestent également les déclarations de Claude-Alain Roud en audition indiquant que ces clauses proviennent de « relativement vieux contrats ». <sup>105</sup> Elles font partie des éléments standard des relations entre Diffulivre et ses fournisseurs.<sup>106</sup> Selon Diffulivre, de tels contrats sont utilisés aussi pour la Belgique.<sup>107</sup>

### **Diffulivre en relation avec les Éditeurs-Hachette et les Tiers-Hachette**

128. Le contrat entre Diffulivre et Hachette Livre contient les articles suivants :<sup>108</sup>

*« ARTICLE 1 - DEFINITION*

---

<sup>101</sup> A 527, Contrats de diffusion et de distribution, 32, 36, 41, 45, 50, 54, 75, 80, 88, 95, 99, 109, 113, 119, 127, 136, 158, 169, 179, 188.

<sup>102</sup> A 527, Contrat de distribution (art. 1), 131.

<sup>103</sup> A 527, Contrat de distribution, 146-157.

<sup>104</sup> Cf. A 527, Contrat de diffusion et de distribution (art. 2), 146-147, 158, 169.

<sup>105</sup> A 902, 553.

<sup>106</sup> A 902, 569.

<sup>107</sup> A 902, 560.

<sup>108</sup> A 527, 22.

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

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

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

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

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

#### **ARTICLE 2 - ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE**

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

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

#### **Diffulivre en relation avec [...]**

129. Le contrat entre Diffulivre et [...] contient l'article suivant :<sup>109</sup>

*« Article 2 [...] L'Editeur fera ses meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non.*

*Article 3 L'Editeur s'engage à ne vendre sur le Territoire, en dehors de l'intermédiaire du Distributeur, aucun [livre], objet de la convention, autrement qu'à l'unité, sans remise et ce, après la date de mise en vente fixée par le Distributeur. [...] »<sup>110</sup>*

#### **B.3.2.7.2 Appréciation et qualification juridique**

130. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par Diffulivre pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, éditeurs et autres. De tels accords sont en principe saisis par l'art. 4 al. 1 LCart.<sup>111</sup>

131. Diffulivre n'a pas contesté que les relations contractuelles auxquelles elle est partie avec les Tiers-Diffulivre en distribution pure constituent des accords en matière de concurrence. Cependant, elle a considéré que l'accord qui la liait à Hachette Livre ne constituait

---

<sup>109</sup> A 527, 22.

<sup>110</sup> A 527, Contrat de distribution (art. 2-3), 67.

<sup>111</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 4 LCart N 26 ss.

pas un accord en matière de concurrence, étant donné que l'une était la société-fille de l'autre.<sup>112</sup>

132. La question de l'indépendance économique est un élément décisif lorsque des accords intragroupe sont en jeu.<sup>113</sup> En droit des cartels, la notion d'entreprise suppose l'indépendance de celle-ci dans le processus économique.<sup>114</sup> L'indépendance dépend toujours des circonstances du cas d'espèce.<sup>115</sup> Si l'indépendance économique fait défaut, il y a lieu de considérer que les entités ne forment qu'une seule entreprise au sens de la loi sur les cartels.<sup>116</sup> A l'intérieur d'un groupe, ce sont la capacité de contrôle de la société-fille par la société-mère et l'exercice effectif de celui-ci qui sont déterminants.<sup>117</sup> Selon la jurisprudence de l'Union européenne, l'absence d'autonomie est présumée lorsqu'une filiale est détenue à 100 % par la société-mère.<sup>118</sup>

133. Selon la doctrine dominante, les accords entre les sociétés d'un groupe ne peuvent pas être considérés comme des accords en matière de concurrence (« *Konzernprivileg* »).<sup>119</sup> La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral va dans le même sens.<sup>120</sup> Tant le Tribunal administratif fédéral que la doctrine réservent toutefois la possibilité de cas particuliers. Dans une problématique proche, le Tribunal fédéral a considéré récemment que des directives entre entités d'un même groupe ne constituent pas des accords en matière de concurrence.<sup>121</sup> La doctrine minoritaire se distingue de la doctrine majoritaire dans la mesure où elle ne se contente pas de réserver certains cas particuliers, mais expose certaines situations dans lesquelles ces cas se produisent.<sup>122</sup>

134. Le *Konzernprivileg* n'empêche en revanche nullement qu'un accord entre une société du groupe et une entreprise tierce puisse être considéré comme un accord en matière de concurrence.<sup>123</sup> Selon la pratique de la Commission européenne, de tels accords peuvent être fondés sur la constatation d'un accord intragroupe qui, en tant que tel, n'est pas saisi par l'art. 101 TFUE. Dans l'affaire *Kodak*, la Commission européenne s'est en effet fondée sur une clause convenue entre la société-mère et ses sociétés-filles prévoyant une interdiction d'exportation pour admettre l'existence d'un accord en matière de concurrence.<sup>124</sup> Selon elle, les clauses prévues à l'intérieur du groupe sont nécessairement répercutées dans des accords entre les entités du groupe concernées et des entreprises tierces.<sup>125</sup> Dans ces situations, c'est le contenu de l'accord entre deux entités d'un même groupe qui permet de consi-

---

<sup>112</sup> PP, N 191, 68.

<sup>113</sup> VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 2 LCart N 30.

<sup>114</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO* ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 28.

<sup>115</sup> CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 30.

<sup>116</sup> CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 30.

<sup>117</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>118</sup> Arrêt de la CJUE du 10.9.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, pt. 60 et réf citées ; arrêt du TPI du 18.12.2008 T-85/06, *General Quimica/Commission*, pt. 59 et réf. citées ; arrêt du TPI du 15.6.2005, *Tokai Carbon e.a./Commission*, T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, [...], pt. 59 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 94.

<sup>119</sup> CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 31 et réf. citées.

<sup>120</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 336 consid. 4.1, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>121</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 10.4.1, *Publigroupe/COMCO* et réf. citées.

<sup>122</sup> SOPHIE HENCKEL/PATRICK KRAUSKOPF, Art. 2 Abs. 1bis KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff in sic! 2006, 747 ss.

<sup>123</sup> CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 113), art. 2 LCart N 31.

<sup>124</sup> Commission européenne, JO 1970 L147/24, pt 1, *Kodak*.

<sup>125</sup> Commission européenne, JO 1970 L147/24, pt 14, *Kodak*.

dérer que le système de distribution en question est soumis aux règles de la concurrence, puisque l'interprétation des clauses ne laisse aucun doute sur la mise en œuvre par le groupe de mesures, éventuellement par des accords de distribution mais plus probablement par d'autres mesures également efficaces et moins lourdes, complétant le système. La doctrine récente, en particulier RICHARD WHISH qui fait autorité en Europe, a fait sienne cette conception.<sup>126</sup> Ainsi, lorsque des accords intragroupe prévoient un système de distribution avec une portée qui dépasse les seules relations intragroupe, il y a lieu d'admettre que les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart sont réalisées.

135. En l'espèce, Diffulivre appartient à [...] à Hachette Livre. Les relations, intragroupe, entre les deux entités sont régies par un contrat convenu avant que Hachette Livre n'ait acquis Diffulivre. Il faut cependant partir du principe que l'engagement de « ne pas vendre » bénéficie du Konzernprivileg Bien que tant la doctrine que la jurisprudence réservent une exception pour des « cas particuliers », aucun élément ne semble indiquer qu'il y ait lieu de considérer une telle situation en l'espèce.

136. Il convient d'examiner si le contenu de la clause déterminant la relation intragroupe permet de conclure à l'existence d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La formulation de la clause en question a un caractère amplectif. L'obligation à laquelle est tenue Hachette Livre ne se limite pas uniquement à l'obligation de « ne pas vendre », mais elle stipule également l'obligation de « ne pas laisser vendre ».

137. L'obligation de ne pas vendre peut être interprétée comme une obligation ne visant que les ventes par d'autres entités du groupe. Dans ce sens, elle est couverte par le *Konzernprivileg*.

138. En revanche, il se pose la question de savoir si l'obligation de « ne pas *laisser vendre* » a une portée plus large. Diffulivre est revenue dans sa prise de position du 18 janvier 2013 sur la question de la portée de cette obligation, mais seulement en ce qui concerne les relations hors groupe et sur des éléments ne concernant pas la qualification juridique d'accords en matière de concurrence.<sup>127</sup> Seulement en ce qui concerne les relations hors groupe également, durant l'audition, Claude-Alain Roud (Diffulivre) a affirmé : « *cette clause engage surtout l'éditeur, lui-même, et qu'elle me paraît difficilement applicable* ». <sup>128</sup> Diffulivre a donc principalement contesté le fait que ces clauses puissent être appliquées, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'un engagement de la part du partenaire de distribution en amont.

139. L'obligation de ne pas laisser vendre, complétant l'obligation de ne pas vendre, étend l'engagement du partenaire commercial en amont, à savoir Hachette Livre. En s'engageant à ne pas laisser vendre des ouvrages, ce ne sont plus les seules relations intragroupe qui sont réglées. L'engagement met en lumière que pour les partenaires commerciaux, qui n'appartenaient pas à un même groupe au moment du contrat, le système de distribution commandait un rôle actif du partenaire de distribution en amont pour faire respecter le régime d'exclusivité. Suite à la concentration des deux entités en question, le système de distribution est resté intact dans son principe. D'ailleurs, l'accord a été produit par Diffulivre lors de sa prise de position sur la proposition du Secrétariat. Pendant la période visée par l'enquête, Diffulivre et Hachette Livre, deux entités d'un même groupe, ont convenu d'une clause indiquant que la stratégie de distribution ne se restreignait pas à l'organisation des flux à l'intérieur dudit groupe, mais également à un contrôle des flux par d'autres entités, ex-

---

<sup>126</sup> WHISH/BAILEY (n. 62), 95.

<sup>127</sup> Les arguments en question concernent l'application de la présomption et sont traités plus bas, cf. B.4.1, 46 ss.

<sup>128</sup> A 902, L 545 s.

ternes au groupe, aptes à vendre les livres dont l'exclusivité a été confiée à Diffulivre pour le territoire suisse. Un tel engagement commande que Hachette Livre prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe, mais également à l'extérieur du groupe pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle va ainsi plus loin que les relations intragroupe tombant sous le *Konzernprivileg*.

140. Ainsi, Diffulivre a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête tant avec les Éditeurs-Hachette, les Tiers-Hachette que les Tiers-Diffulivre.

### **B.3.2.8 Servidis**

#### **B.3.2.8.1 Système de distribution**

141. Servidis compte [...] et assume tant une fonction de diffuseur qu'une fonction logistique (distribution). Elle est en relation contractuelle, d'une part, avec des éditeurs lui confiant tant la diffusion que la distribution de leurs titres et, d'autre part, avec des éditeurs ou diffuseurs qui lui sous-traitent, comme Transat par exemple, uniquement les tâches logistiques.

142. Parmi les 93 contrats de diffusion-distribution qui ont été remis au Secrétariat, 71 contiennent une clause concédant à Servidis l'exclusivité pour la diffusion-distribution sur le territoire suisse. Les clauses d'exclusivité relevées sont formulées de plusieurs manières, lesquelles ont été classées par type de formulation dans l'énumération qui suit :

#### Clause A

*« L'Editeur confie au Diffuseur la diffusion exclusive en Suisse de ses ouvrages, auprès des librairies, kiosques et grandes surfaces. Les annonces de l'Editeur dans LIVRES-HEBDO porteront la mention " Diffusion en Suisse : SERVIDIS ».*<sup>129</sup>

#### Clause B

*« [L'éditeur], par le présent contrat, confie les opérations de diffusion en Suisse à SERVIDIS, sur une base exclusive, pour tous les ouvrages de son catalogue, ainsi que ceux de ses éditeurs diffusés. »*<sup>130</sup>

#### Clause C

*« [L'éditeur] confie à titre exclusif au Diffuseur la commercialisation, conformément aux usages de la profession, tous les ouvrages publiés ou à publier par lui. »*<sup>131</sup>

#### Clause D

---

<sup>129</sup> La clause est contenue dans les contrats suivants : A 529, 136 ; 156 ; 164 ; 183 ; 187 ; 191 ; 195 ; 199 ; 207 ; 229 ; 242 ; 246 ; 250 ; 254 ; 259 ; 268 ; 279 ; 283 ; 287 ; 297 ; 307 ; 311 ; 315 ; 319 ; 323 ; 327 ; 331 ; 345 ; 365 ; 387 ; 391 ; 398 ; 441 ; A 530, 14 ; 19 ; 23 ; 27 ; 31 ; 36 ; 40 ; 44. Dans le contrat A 529, 203 la même clause figure à l'art. 1 avec la modification " auprès des librairies spécialisées et généralistes et auprès des enseignes du livre ". Dans les contrats A 529, 160 ; 223 et 233 il est indiqué " librairies, grandes surfaces ou autre points de vente spécialisés, incluant les ventes directes aux institutions scolaires. ". Dans A 529, 168 ; 179 ; 211 ; 218 la clause contient la mention : " auprès des librairies (...) et autres points de vente spécialisés ". Enfin, dans le contrat A 529, 461 on lit " auprès des librairies suisses ".

<sup>130</sup> La clause est contenue dans les contrats A 529, 172 ; 291 et 301.

<sup>131</sup> La clause est contenue dans les contrats A 529, 273 et 445.

« L'éditeur concède au diffuseur, qui l'accepte, la diffusion et la distribution de son fonds, à titre exclusif, pour la Suisse. »<sup>132</sup>

#### Clause E

« [L'éditeur] confie au Diffuseur la diffusion et la distribution exclusive de ses publications sur l'ensemble du territoire suisse. »<sup>133</sup>

#### Clause F

« Les produits dont la distribution exclusive est confiée à SERVIDIS sont définis comme étant tous les livres diffusés en Suisse par [éditeur], ainsi que les produits " non-livres ", tels que les jeux, le matériel et les supports multimédias : logiciels, CD-Rom, etc... »<sup>134</sup>

#### Clause G

« [Servidis] assurera la distribution des ouvrages de [éditeur] pour la Suisse seulement.

[Editeur] garantit à [Servidis] l'exclusivité de la distribution pour la zone en question. Cette exclusivité ne s'applique pas aux titres qui sont coédités ou seraient dans le futur coédités par [...] avec un éditeur français, belge ou suisse et dont la distribution serait assurée par ce dernier sur la Suisse. »<sup>135</sup>

#### Clause H

« L'EDITEUR confie au DIFFUSEUR l'exclusivité de la diffusion et de la distribution des livres de ses catalogues [...] réalisés sous sa marque, pour tous canaux de vente en Suisse. »<sup>136</sup>

#### Clause I

« Au titre de ce contrat, l'éditeur confie au diffuseur/distributeur l'exclusivité sur le territoire Suisse, de la diffusion, c'est-à-dire la prospection et la prise de commandes, de tous les ouvrages parus ou à paraître, publiés par les maisons d'édition qui ont confié par contrat à l'éditeur la responsabilité d'assurer pour leur compte la couverture du marché suisse en sélectionnant le prestataire suisse le mieux adapté pour remplir cette mission. »<sup>137</sup>

143. Sur les 15 contrats de distribution pure transmis au Secrétariat, une clause d'exclusivité a été identifiée dans 11 contrats. On retrouve les mêmes clauses A, B, C et D que celles précédemment relevées pour les contrats de diffusion.<sup>138</sup>

144. La clause suivante a été intégrée dans 59 contrats conclus par Servidis.

---

<sup>132</sup> La clause est contenue dans les contrats A 529, 341 ; 361 ; 402 ; 408 ; 417 ; 433 ; 437 ; A 530, 6 ; 10.

<sup>133</sup> Clause du contrat A 529, 349.

<sup>134</sup> Clause contenue dans A 529, 372.

<sup>135</sup> Contrat A 529, 414 (art. 9).

<sup>136</sup> Contrat A 529, 421.

<sup>137</sup> Clause issue du contrat avec [...] (A 605a).

<sup>138</sup> La clause A figure dans le contrat A 530, 71 ; la clause B a été identifiée dans les contrats suivants : A 530, 78 ; 88 ; 99 et 109 ; la clause C figure dans les contrats A 530, 96 ; 105 ; 115 ; 121 ; et 127. Finalement, la clause D figure dans le contrat A 530, 131.

« L'Editeur [...] fera respecter (de son mieux)<sup>139</sup> la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires. »<sup>140</sup>

145. Cette clause, qui figure dans 59 contrats conclus par Servidis avec les éditeurs qu'elle diffuse, est employée depuis 1992 au moins.

146. Dans le contrat par lequel Servidis s'engage à distribuer les ouvrages diffusés par Transat, la clause suivante a été relevée :

« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »<sup>141</sup>

147. La même clause est également contenue dans le contrat de diffusion conclu avec l'éditeur français [...].<sup>142</sup>

### **B.3.2.8.2 Appréciation des faits**

148. Les relations commerciales entre Servidis et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Servidis a été impliquée.

149. Servidis n'a pas contesté l'existence ni la validité des contrats, mais selon ses indications, elle n'agirait pas comme un acteur indépendant ce qui devrait mener à la considérer comme un agent. La dépendance de Servidis vis-à-vis de ses partenaires commerciaux justifierait que les relations avec ces derniers soient traitées de manière analogue aux relations ayant lieu au sein d'un groupe de société. Partant, les contrats conclus par Servidis avec les éditeurs-diffuseurs qui la fournissent seraient exclus du champ d'application de la LCart.<sup>143</sup>

150. La question de l'agence a été abordée plus haut concernant les relations contractuelles qu'ont entretenues OLF et les diffuseurs pour lesquels elle a assumé la distribution.<sup>144</sup> Sans qu'il apparaisse nécessaire de reprendre l'ensemble de l'exposé, auquel il peut au demeurant être renvoyé pour la définition du cadre de l'analyse, on rappelle que le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent.<sup>145</sup>

151. En l'espèce, plusieurs éléments sont pertinents pour apprécier si Servidis doit être considérée comme un agent au sens de la législation sur la concurrence. Premièrement, Servidis assume le risque du croire. Même si elle prétend dans sa prise de position que ce risque est très faible, Michel-Edouard Slatkine (Servidis) a expressément indiqué en audition que le du croire était la première raison pour laquelle un éditeur, en l'occurrence [...], l'un des plus importants du catalogue de Servidis, octroyait l'exclusivité à un diffuseur-distributeur.<sup>146</sup> Le risque du croire est typiquement un risque spécifique aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, c'est-à-dire en l'espèce avec le détaillant. Comme il a été exposé plus haut, un tel risque suffit à lui seul à éliminer la possibilité de considérer la

---

<sup>139</sup> Relevé dans A 529, 161 ; 226 ; 234.

<sup>140</sup> A 529, 81 ss.

<sup>141</sup> A 530, 132 (art. 3).

<sup>142</sup> A 529, 372 ss. « [...] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de SERVIDIS. »

<sup>143</sup> A 672, 12 et 20.

<sup>144</sup> Cf. B.3.2.2.2 N 85 ss.

<sup>145</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 13.

<sup>146</sup> A 914, L 627 ss.

relation entre Servidis et ses partenaires de distribution en amont comme une relation d'agence. Selon la méthode définie par le droit de l'UE, c'est seulement si aucun des risques spécifiques aux contrats n'est supporté par l'agent que la poursuite de l'examen est commandée.<sup>147</sup>

152. Deuxièmement, Servidis est en principe investie de la diffusion des ouvrages qu'elle distribue et cela va plus loin que dans les relations contractuelles examinées plus haut concernant le rôle d'OLF, Servidis décide des prix de vente et des remises selon les usages du marché suisse conformément aux termes contractuels standard de Servidis :

*« Les prix de vente et remises seront fixés par le Diffuseur selon les usages du marché suisse. Le Diffuseur en assume toute la responsabilité. »*<sup>148</sup>

153. Troisièmement, on relèvera que Servidis a également convenu de clauses prévoyant que si elle devait dénoncer le contrat de diffusion/distribution, elle aurait à assumer les frais de retour. Elle est également tenue de répondre de tout dommage et de contracter les assurances nécessaires à cet effet. Cette liste de risques que Servidis assume n'est pas exhaustive.

154. Ainsi, il ne convient nullement de considérer Servidis comme un agent par rapport à ses partenaires de distribution en amont. Il en résulte que Servidis a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec l'ensemble de ses partenaires de distribution en amont.

### **B.3.2.9 Transat**

#### **B.3.2.9.1 Système de distribution**

155. Transat [...] et son activité se concentre sur la diffusion. La distribution de ses ouvrages est sous-traitée à Servidis, conformément à un contrat entre ces deux entités contenant notamment la clause suivante :<sup>149</sup>

*« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »*

156. En ce qui concerne les relations contractuelles régissant la diffusion, [...] contrats ont été remis au Secrétariat. [...] contrats ont été envoyés le 20 avril 2012<sup>150</sup> et [...] autres annexés à la prise de position du 12 octobre 2012.<sup>151</sup>

157. Parmi les clauses attribuant une telle exclusivité, les formulations suivantes ont pu être rencontrées :

*« L'éditeur confie au diffuseur la diffusion exclusive de l'ensemble de son fonds, y compris les réimpressions et les nouveautés à paraître pour tout le territoire de la Suisse. »*<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C130/01, para. 17.

<sup>148</sup> Art. 3 Contrat [...], A 529, 442.

<sup>149</sup> A 529, 2 et A 915, L 12 et 22 ; A 530, 132 (art. 3).

<sup>150</sup> A 530.

<sup>151</sup> A 672, annexes 5 à 8.

<sup>152</sup> Cette clause figure dans 47 contrats, A 530, 175, 362, 364, 366, 368, 370, 372, 374, 376, 383, 385, 388, 390, 392, 394, 396, 398, 400, 402, 404, 406, 408, 410, 412, 415, 417, 419, 421, 423,

« Le Distributeur confie au Dépositaire l'exclusivité de la commercialisation des ouvrages en langue française des fonds des éditeurs précisés en Annexe 1 sur le marché Suisse, et selon les contrats qui lient Le Distributeur à ses éditeurs. »<sup>153</sup>

158. Le contrat liant Transat à l'éditeur [...] contient les deux clauses suivantes :

« Article 1

*Transat s'engage à assurer la diffusion et la distribution générale des publications qui lui sont confiées en exclusivité par les Editions [...] pour la Suisse.*

Article 9

*[...] s'engage à transmettre à Transat toute commande de Suisse qui lui serait directement adressée, et ceci en raison de l'exclusivité qui a été accordée. »<sup>154</sup>*

159. Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2003, tous les contrats conclus par Transat, à deux exceptions près traitées plus bas,<sup>155</sup> contiennent les clauses suivantes :

« Article 1 : Définition

*L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque [EDITEUR]*

(...)

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

Article 2 : Etendue de l'exclusivité

*Cette exclusivité s'étend à tous nos clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, collectivités publiques et privées -écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situées sur le territoire suisse.*

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

*Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par l'Editeur. L'Editeur et le Diffuseur conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation. »<sup>156</sup>*

160. Une version modifiée des clauses citées ci-dessus figure dans deux contrats, signés respectivement les 21 septembre 2011 et 30 janvier 2012 [...] et [...]:

---

425, 427, 429, 431, 433, 435, 437, 439, 441, 443, 445, 448, 450, 456, 460, 462 (art. 1) et A 672, annexes 5 et 7 (art.1).

<sup>153</sup> Cette clause d'exclusivité est issue du contrat avec [...], A 530, 354. L'exclusivité a toutefois été retirée à Transat par un avenant qui a été joint au contrat le 7 février 2005, A 530, 353.

<sup>154</sup> A 530, 452 ss.

<sup>155</sup> Il s'agit des contrats avec les Editions [...] et le groupe éditorial [...], A 530, 175 et 207.

<sup>156</sup> Ces clauses figurent dans les contrats suivants : A 530, 154 ; 165 ; 170 ; 178 ; 183 ; 187 ; 193 ; 197 ; 203 ; 214 ; 219 ; 224 ; 230 ; 235 ; 240 ; 244 ; 249 ; 254 ; 259 ; 264 ; 269 ; 274 ; 279 ; 284 ; 289 ; 294 ; 299 ; 304 ; 309 ; 314 ; 319 ; 324 ; 329 ; 334 ; 339 ; 344 ; 349 ; 379 et A 672, annexes 6 et 8.

« Article 1 : Définition :

(...)

*En conséquence de quoi, l'Editeur confie au Diffuseur la diffusion et la distribution des fonds ci-dessus désignés.*

*Leurs relations sont définies par la présente convention.*

*Article 2 - Etendue de la Diffusion*

*La diffusion s'étend à tous nos clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, collectivités publiques et privées - écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situées sur le territoire suisse.*

*L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse.*

*Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par l'Editeur. L'Editeur et le Diffuseur conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation. »<sup>157</sup>*

161. Sur l'ensemble, seuls deux contrats ne contiennent pas les clauses qui précèdent. Il s'agit d'abord du Groupe Editorial [...], dont l'art. I du contrat le liant à Transat est libellé comme suit :

« I – OBJET

*L'Éditeur confie à Transat Diffusion la diffusion et la distribution de ses ouvrages parus et à paraître, exploités sous leurs différentes marques commerciales, dans les librairies spécialisées, les librairies générales, les boutiques diététiques, les grossistes, les sociétés de vente par correspondance, les grands magasins et tout autre circuit de distribution de livres susceptible de revendre les ouvrages de l'Éditeur. La vente aux particuliers n'est pas concernée par le présent contrat.*

II – TERRITOIRE ET ZONE

*Le territoire de vente du Diffuseur comprend toute la Suisse. »<sup>158</sup>*

162. Ensuite, le contrat avec [...] ne prévoit pas d'exclusivité. En effet, dans un avenant de 2005, les deux sociétés ont convenu que la commercialisation des ouvrages qui reposait jusqu'à alors sur une base exclusive,<sup>159</sup> était à partir de ce moment-là confiée de manière non exclusive à Transat :

*« Le Distributeur confie au Dépositaire (Transat) la commercialisation non exclusive des ouvrages en langue française des éditeurs précisés en annexe 1 sur le marché suisse et selon les contrats qui lient le Distributeur à ses éditeurs. »<sup>160</sup>*

### **B.3.2.9.2 Appréciation des faits**

163. Les relations commerciales entre Transat et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au

---

<sup>157</sup> A 530, 149 et 159. Dans le dernier de ces contrats, l'art. 2 est intitulé « Domaine de diffusion ».

<sup>158</sup> A 530, 207 ss.

<sup>159</sup> A 530, 354.

<sup>160</sup> A 530, 353.

sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Transat a été impliquée.

164. Transat n'a pas contesté l'existence desdits contrats. La prise de position commune de Servidis et Transat n'a fait aucune distinction entre les deux sociétés concernant le grief de la relation d'agence.<sup>161</sup> Ce grief a été traité spécifiquement concernant les relations contractuelles de Servidis, il peut essentiellement y être renvoyé, dans la mesure où l'économie des relations de Servidis et Transat, exceptée le fait que ce dernier ait externalisé l'activité de distribution à l'autre, est comparable. Dans ce sens, en ce qui concerne Transat, l'examen de la question de l'agence mène également à nier l'existence d'une telle relation entre Transat et ses partenaires de distribution en amont. Comme Servidis, Transat assume le risque du croquer mais également d'autres risques liés notamment aux frais de transport en cas de résiliation et d'assurance.

165. Ainsi, il ne convient nullement de considérer Transat comme un agent par rapport à ses partenaires de distribution en amont. Il en résulte que Transat a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec l'ensemble de ses partenaires de distribution en amont.

### **B.3.2.10 Dargaud**

#### **B.3.2.10.1 Système de distribution**

166. Dargaud (Suisse) SA est active aussi bien en tant que diffuseur qu'en tant que distributeur. Elle [...] et dispose d'une surface de 3'000 m<sup>2</sup> pour stocker les ouvrages distribués.<sup>162</sup> [...].<sup>163</sup>

167. Dargaud diffuse aussi bien des éditeurs du groupe Média Participations que des éditeurs tiers. Ses relations contractuelles peuvent en fonction de la partie cocontractante, être réparties en quatre catégories. Dans le premier type de relation, Dargaud diffuse-distribue les ouvrages d'éditeurs Média Participations (ci-après : MP). Dans le second type de relation, des éditeurs tiers ont conclu un contrat de diffusion-distribution avec la société Média Diffusion, laquelle charge à son tour Dargaud de la diffusion-distribution des ouvrages de ces derniers sur le territoire suisse. Le troisième type de relation concerne les cas où Dargaud est directement mandatée par des éditeurs ne faisant pas partie du groupe pour la diffusion-distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse. Finalement, le quatrième et dernier type de relation ne se distingue du troisième qu'en ce que l'activité de Dargaud se limite à la seule distribution des ouvrages.<sup>164</sup> En résumé, il faut distinguer :

- Les éditeurs « MP » ;
- Les éditeurs « Tiers-MP » ;
- Les éditeurs « Tiers-Dargaud » ;
- Les éditeurs en distribution pure.

168. Le système contractuel de Dargaud étant assez complexe, les clauses identifiées dans les différents contrats analysés, seront, par souci de clarté et dans le but d'avoir une meilleure vue d'ensemble, exposées selon les catégories de relations contractuelles (cf. les ca-

---

<sup>161</sup> A 672, 12 et 20.

<sup>162</sup> A 901, L 52.

<sup>163</sup> A 691, N 28 ss et annexe 4.

<sup>164</sup> A 870, 2 s.

tégories en question décrites ci-dessus) au sein desquelles elles apparaissent. Dans le même sens, les clauses ont été classées par type de formulation dans l'énumération qui suit.

### **Relations contractuelles avec les éditeurs MP**

169. Pour la plupart des relations que Dargaud entretient avec les éditeurs MP, il n'existe pas de contrat écrit.<sup>165</sup> Dans les contrats écrits avec ce type d'éditeurs, Dargaud a notamment convenu les clauses suivantes :

#### Clause A

*« 1.1. L'ÉDITEUR confie à titre exclusif à DARGAUD SUISSE, qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que DARGAUD SUISSE déclare parfaitement connaître.*

*1.2. DARGAUD SUISSE diffusera/distribuera les ouvrages de l'ÉDITEUR en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.*

*Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage.<sup>166</sup>*

#### Clause B

*« L'Éditeur confie au Diffuseur qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.*

*Le Diffuseur s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.*

*De même l'Éditeur prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. »<sup>167</sup>*

#### Clause C

*« L'Éditeur confie au Diffuseur qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé (...) sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.*

*L'Éditeur prendra **toutes mesures utiles** afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. Toutefois l'Éditeur a la possibilité d'acquérir des albums avec une remise de [...] sur prix public suisse hors taxe afin d'en offrir dans un cadre promotionnel. »<sup>168</sup>*

### **Relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-MP**

170. La diffusion-distribution des éditeurs Tiers-MP est organisée selon un contrat standard liant Dargaud à MP, lequel contient notamment la clause, standard elle aussi, suivante :

---

<sup>165</sup> A 870, 3.

<sup>166</sup> La clause est tirée des contrats avec les éditeurs [...], respectivement A 526, 91 ; 129 s et 192 s.

<sup>167</sup> Cette clause se trouve dans les contrats avec [...], A 526, 144 et [...] A 870, 22.

<sup>168</sup> La clause est tirée du contrat conclu avec [...], A 870, 33.

## Clause D

« 1.1. *MEDIA DIFFUSION* confie à titre exclusif à *DARGAUD SUISSE*, qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [*EDITEUR TIERS*] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2. *DARGAUD SUISSE* diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [*EDITEUR TIERS*] dont la diffusion-distribution est confiée à *MEDIA DIFFUSION* dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage.»<sup>169</sup>

## Relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud

171. La plupart des contrats liant Dargaud aux éditeurs Tiers-Dargaud contiennent la clause B décrite plus haut.<sup>170</sup> Les contrats faisant exception contiennent la clause de type A<sup>171</sup> ou la clause suivante :

## Clause E

« Le Fournisseur confie au Diffuseur, pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et **mettra tout en œuvre** pour que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée.<sup>172</sup> »

## Relations contractuelles avec les éditeurs en distribution pure

172. Selon la liste transmise par Dargaud le 24 janvier 2013,<sup>173</sup> [...]. La plupart de ces contrats sont très récents, selon les documents remis par Dargaud, ils contiennent notamment la clause suivante :

## Clause F

« *L'EDITEUR* confie au *DISTRIBUTEUR*, qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée au *DISTRIBUTEUR*. »<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> Clause relevée dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 29 s. ; [...], A 526, 34 s. ; [...], A 526, 57 s. ; [...], A 526, 67 s. ; [...], A 526, 83 s. ; [...], A 526, 97 s. ; [...], A 526, 136 s. ; [...], A 526, 156 s.

<sup>170</sup> On la trouve dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 42 ; [...], A 526, 45 ; [...], A 526, 54 ; [...], A 526, 64 ; [...], A 870, 12 ; [...], A 526, 105 ; [...], A 526, 111 ; [...], A 526, 113 ; [...], A 526, 116 ; [...], A 526, 163 [...], A 526, 167 ; [...], A 526, 170 ; [...], A 526, 173 ; [...], A 526, 176 ; [...], A 526, 179 ; [...], A 526, 190 ; [...], A 526, 200 ; [...], A 526, 203 et [...], A 526, 206.

<sup>171</sup> A 526, 122 s.

<sup>172</sup> Cette clause a été relevée dans les contrats avec [...], A 526, 108 ; [...], A 526, 119 ; et [...], A 526, 147.

<sup>173</sup> A 870.

<sup>174</sup> Clause relevée dans les contrats avec les éditeurs [...], A 526, 224 et [...], A 526, 239.

### B.3.2.10.2 Appréciation des faits

173. Les relations commerciales entre Dargaud et ses différents partenaires commerciaux en amont ont été régies pendant la période visée par l'enquête par des contrats conclus au sens de l'art. 1 ss CO. Ces contrats ont contenu des clauses établissant et décrivant les modalités des systèmes de distribution dans lesquels Dargaud a été impliquée.

174. Dargaud n'a pas contesté que les relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure constituaient des accords en matière de concurrence. Pendant la période visée par l'enquête, Dargaud a été partie à des systèmes de distribution soumis à l'art. 4 al. 1 LCart pour ces relations.

175. En revanche, Dargaud a contesté que les contrats qu'elle a conclus d'une part avec les éditeurs MP et les éditeurs Tiers-MP constitueraient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, tous les cocontractants appartenant à [...] au groupe Média Participations.<sup>175</sup> Lors de son audition, Dargaud par l'intermédiaire de sa mandataire a également soulevé que dans ces relations intragroupe il n'existait aucune restriction à l'exportation entre le diffuseur français et ses revendeurs en France, aucune exclusivité d'achat entre les revendeurs en Suisse et Dargaud Suisse SA et aucune restriction des livraisons croisées et importations parallèles entre les revendeurs en France et les revendeurs en Suisse.<sup>176</sup>

176. Le grief invoqué par Dargaud soulève la question de l'indépendance économique (*Konzernprivileg*), laquelle s'est présentée dans une constellation en grande partie similaire pour le diffuseur-distributeur Diffulivre. Il peut être renvoyé aux développements théoriques exposés plus haut.

177. Comme pour Diffulivre, Dargaud appartient à un groupe, même si la plupart de ces relations revêtent une forme contractuelle. À la différence de ce qui concerne Diffulivre, les relations qu'a entretenues Dargaud avec les éditeurs MP et les éditeurs Tiers-MP ne sont pas régies par un seul contrat-cadre, mais par plusieurs contrats, dont 4 clauses de type standard différentes ont pu être identifiées : les clauses A, B, C et D ci-dessus. Parmi ces 4 clauses types, deux d'entre elles prévoient que le partenaire de distribution en amont, c'est-à-dire intragroupe, doit « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée. » (clauses B et C ci-dessus).

178. La présence des clauses B et C dans plusieurs contrats intragroupe indiquent que la stratégie de distribution du groupe pendant la période visée par l'enquête ne se restreignait pas à l'organisation des flux à l'intérieur dudit groupe, mais également à un contrôle des flux par d'autres entités, externes au groupe, aptes à vendre les livres dont l'exclusivité a été confiée à Dargaud pour le territoire suisse.

179. Une lecture attentive du deuxième paragraphe de la clause B ne laisse aucune doute sur la portée externe au groupe du régime d'exclusivité. D'une part, Dargaud s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire. Cette première partie de la disposition met en lumière un fait notoire, celui que l'ensemble de la distribution de livres écrits en français et non pas seulement la distribution de ces livres en Suisse est organisée selon un régime d'exclusivité. D'autre part, la suite de la disposition prévoit que Dargaud « prendra toutes mesures auprès de sa clientèle [donc les détaillants] afin que cette interdiction soit respectée », étendant ainsi la portée de l'organisation de la distribution intragroupe sur des relations hors groupes, avec les détaillants.

---

<sup>175</sup> A 691, N 101 ss.

<sup>176</sup> A 901, L 129 ss.

180. De tels engagements commandent que les partenaires commerciaux intragroupe prennent les mesures nécessaires non seulement au sein, mais également à l'extérieur du groupe pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle, comme pour Diffulivre, va ainsi plus loin que les relations intragroupe tombant sous le *Konzernprivileg*. Cet état de fait est d'autant plus pertinent que Dargaud, comme elle l'a exposé dans sa prise de position, a sous-traité une partie de sa distribution à des grossistes externes au groupe.<sup>177</sup>

181. Ainsi, Dargaud a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête tant avec les éditeurs MP, les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure.

### **B.3.2.11 Albert le Grand**

#### **B.3.2.11.1 Système de distribution**

182. AIG est active, d'une part comme diffuseur et distributeur et, d'autre part, uniquement comme distributeur d'une poignée d'éditeurs.<sup>178</sup> [...] sont chargées de la diffusion. L'entreprise dispose de locaux d'environ 400m<sup>2</sup> comprenant des bureaux et une surface de stockage.<sup>179</sup>

183. Dans son courrier du 30 avril 2012, AIG a fait mention de [...] éditeurs avec lesquels elle entretient des relations contractuelles en tant que diffuseur-distributeur. Dans ce même courrier, la société a indiqué que pour [...] de ces partenaires de distribution – [...] –, il n'existait pas de contrat écrit. En annexe à ce courrier, [...] contrats ont été remis par AIG, dont notamment ceux conclus avec les éditeurs [...], lesquels ne revêtaient pas la forme écrite selon AIG.<sup>180</sup>

184. Tous les contrats de diffusion parvenus au Secrétariat, contiennent une clause accordant à AIG l'exclusivité de la diffusion-distribution des ouvrages concernés en Suisse. Ces clauses d'exclusivité sont ainsi libellées :

*« [L'éditeur] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires, grandes surfaces et autres revendeurs suisses. »*<sup>181</sup>

*« Diffusion Albert le Grand S.A. bénéficie de la diffusion et de la distribution des produits [...] à titre exclusif sur le territoire suisse (...) »*<sup>182</sup>

*« L'ÉDITEUR concède au DIFFUSEUR la diffusion et la distribution exclusive en Suisse des ouvrages de son fonds »*<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> A 691, 35, N 110.

<sup>178</sup> A 536a, 1.

<sup>179</sup> A 122.

<sup>180</sup> A 536a.

<sup>181</sup> Cette clause, en général la première du contrat, figure dans les contrats suivants : [...], A 536a, 17 ; [...], A 536a, 21 ; [...], A 536a, 23 ; [...], A 536a, 27 ; [...], A 536a, 34 ; [...], A 536a, 37 ; [...], A 536a, 39 ; [...], A 536a, 47 ; [...], 536a, 48 ; [...], A 536a, 51 ; [...], A 536a, 60 ; [...], A 536a, 63 ; [...], A 536a, 67 ; [...], A 536a, 74 ; [...], A 536a, 76 ; [...], A 536a, 78 ; [...], A 536a, 85 ; [...], A 536a, 88 ; [...] A 536a, 91 ; [...], A 536a, 99 ; [...], A 536a, 101.

<sup>182</sup> Clause issue du contrat avec [...], A 536a, 42.

<sup>183</sup> Cette clause apparaît dans le contrat avec [...] A 536a, 53.

« Les Editions [...] confient à Albert le Grand, la diffusion exclusive de leurs ouvrages en Suisse, auprès de la clientèle « libraires ». »<sup>184</sup>

185. Dans [...] contrats de diffusion, la clause établissant l'exclusivité d'AIG est suivie d'un article 2, clause standard, stipulant ce qui suit :

« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse. »<sup>185</sup>

186. Les relations contractuelles n'impliquant que la distribution pure prévoient également un système d'exclusivité, à l'exception du contrat conclu avec [...] lequel stipule expressément qu'une telle exclusivité ne fait pas partie du système de distribution. L'article 1<sup>er</sup>, standard de la convention de distribution d'AIG, est ainsi libellé :

« L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. »<sup>186</sup>

### **B.3.2.11.2 Appréciation des faits**

187. Les clauses mentionnées font partie de contrats au sens de l'art. 1 ss CO conclus par AIG pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires commerciaux en amont, éditeurs et autres. De tels accords sont saisis par l'art. 4 al. 1 LCart.<sup>187</sup>

188. AIG n'a à aucun moment contesté que les contrats de diffusion/distribution qu'elle a conclus avec ses partenaires commerciaux en amont constituaient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.<sup>188</sup>

189. Ainsi, AIG a été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires de distribution.

### **B.3.2.12 Restriction à la concurrence visée ou entraînée**

190. Au-delà d'une action collective consciente et voulue des entreprises parties aux accords, il est également nécessaire qu'une restriction à la concurrence soit visée ou entraînée. Le terme « viser » signifie que l'accord ou la pratique concertée doit être objectivement susceptible d'entraîner une restriction à la concurrence en affectant ou supprimant un paramètre concurrentiel, les conceptions ou les intentions des entreprises parties sont secondaires.<sup>189</sup> Une restriction à la concurrence n'aura d'effet qu'à partir du moment où elle a une influence réelle sur le marché pertinent. Il n'est pas nécessaire que l'effet se fasse ressentir. Il suffit que celui-ci se produise dans un avenir proche selon une probabilité suffisante.<sup>190</sup>

191. En l'espèce, comme il sera démontré plus bas, les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis,

---

<sup>184</sup> Clause tirée du contrat avec l'éditeur [...] A 536a, 62.

<sup>185</sup> A 536a, 17 ; 34 ; 37 ; 39 ; 48 ; 51 ; 60 ; 63 ; 67 ; 76 ; 78 ; 85 ; 88 ; 95 et 99.

<sup>186</sup> Clause relevée dans les contrats de distribution avec [...], A 536a, 25 ; [...], A 536a, 29 ; [...], A 536a, 31 ; [...], A 536a, 56 ; [...], A 536a, 83 ; [...], A 536a, 93 et [...], A 536a, 95.

<sup>187</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 4 LCart N 26 ss.

<sup>188</sup> A 690, 21.

<sup>189</sup> BSK KG-NYDEGGER-NADIG (n. 52), Art. 4 Abs.1 KG N 67 s.

<sup>190</sup> DPC 2010/1, 71 N 87, *Gaba* ; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpfli's Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (édit), 2007, Art. 4 KG N 24 s.

Transat, Dargaud et AIG ont visé et eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### **B.3.2.13 Durée de l'accord**

Les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammation, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été en place sur toute la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011. Toutes les clauses des systèmes de distribution exposées plus haut ont déterminé les modalités des accords selon l'art. 4 al. 1 LCart durant ladite période.

### **B.3.3 Accord horizontal**

192. Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 LCart).

193. 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, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). S'il recouvre la notion de contrat au sens de l'art. 1 ss CO, l'accord en matière de concurrence est une notion plus large que celle de contrat et comprend également les pratiques concertées. Il se définit ainsi comme une action consciente et voulue menée collectivement qui entraîne une restriction à la concurrence. Cette double exigence manque, par exemple, au comportement concordant pouvant résulter spontanément d'une certaine structure du marché.

194. L'ordonnancement juridique de l'accord en matière de concurrence n'est pas relevant pour la qualification juridique de l'art. 4 al. 1 LCart. En effet, il n'est pas économiquement pertinent d'opérer une distinction entre des cartels prenant une forme quasi-contractuelle et d'autres intervenant sous une forme organisationnelle informelle – par exemple les « *Frühstückskartelle* » – ou institutionnelle comme par exemple sous une forme sociétale. Les décisions prises à l'intérieur d'associations constituent l'une des formes habituelles d'accords en matière de concurrence, indépendamment de leur force obligatoire.

195. En l'espèce, dans sa proposition du 14 août 2012, le Secrétariat s'est fondé sur un passage du procès-verbal d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005 pour admettre un accord en matière de concurrence.

196. Parmi d'autres griefs, tous les diffuseurs-distributeurs ont contesté que le passage en cause, reproduit ci-dessous, constituait une action consciente et voulue menée collectivement.<sup>191</sup> Ainsi, se pose la question de savoir si la discussion qui a eu lieu dans le cadre d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005 à l'origine du passage rapporté dans le procès-verbal du 25 mai 2005 constitue la preuve d'un accord en matière de concurrence.

197. Le passage suivant figure dans le procès-verbal du 25 mai 2005 :

*« M. Raymond Filliastre a récemment rencontré M. Pascal Vandenberghe. Ce dernier souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.*

---

<sup>191</sup> A 693a, 41 ss, N 109 ss.

À la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document.<sup>192</sup> »

198. Le premier paragraphe du passage ci-dessus rapporte les faits à l'origine de la discussion. Il permet de circonscrire l'objet de la discussion, mais pas de tirer une conclusion exempte de tout doute pour la constatation d'un accord.

199. Le deuxième paragraphe du passage ci-dessus porte au protocole le comportement des diffuseurs-distributeurs présents à l'assemblée. À défaut d'autres moyens de preuve, c'est précisément l'interprétation de ce passage qui doit mener à constater ou non un accord en matière de concurrence.

200. Selon la première locution de ce passage, on apprend que les représentants des diffuseurs-distributeurs présents, à savoir Garbiel Audemars (Interforum), Jean-Marc Bruttin (Flammarion), Patrice Fehlmann (OLF), Raymond Filliastre (Servidis), Simon Kummer (Dargaud), Philippe Lamotte (Diffulivre), Michel Igor Slatkine (Transat) et Samir Sawwaf (AIG), ont reçu successivement la parole à ce moment de la réunion concernant les faits rapportés dans le premier paragraphe. Ensuite, le résultat du tour de table est couché sur papier par le protocole.

201. En revanche, le passage en question ne donne aucune indication sur la formation de la volonté des diffuseurs-distributeurs. La formulation du procès-verbal indique l'intention consciente et voulue de chaque diffuseur-distributeur. Il est possible que le fait que « personne n'est d'accord » ait résulté d'une discussion suite au tour de table et que les diffuseurs-distributeurs aient convenu d'un tel résultat. Dans ce cas, l'élément collectif de l'action, nécessaire à la constatation d'un accord serait réalisé. Il est cependant aussi possible que chaque diffuseur-distributeur ait formé sa volonté de manière individuelle, ait exprimé son avis sur la question durant le tour de table et que fort du constat que tous les diffuseurs-distributeurs avaient un même avis sur la question, il a été porté au procès-verbal que personne n'était d'accord. D'autres déroulements ne peuvent non plus être exclus.

202. Les doutes qui entourent le déroulement exact des faits rapportés par le procès-verbal ne sont pas simplement abstraits ou théoriques. Ils sont sérieux aux yeux de la COMCO. Dans ces circonstances, le principe *in dubio pro reo* trouve à s'appliquer, c'est la version la plus favorable qui doit être retenue. Cela signifie qu'aucun accord ne peut être constaté entre les diffuseurs-distributeurs sur la base du procès-verbal en cause. Ainsi, il y a lieu d'abandonner la charge retenue par le Secrétariat dans sa proposition de décision et de constater qu'un accord horizontal en matière de concurrence entre les diffuseurs-distributeurs n'est pas prouvé en l'espèce.

203. La question de l'objet concret de la discussion entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL et de sa portée concrète reste cependant pertinente dans le contexte des accords verticaux ATD constatés. Elle sera examinée plus bas.<sup>193</sup>

#### **B.3.4 Accords illicites de fixation des prix de revente (FPR)**

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

---

<sup>192</sup> A 547f, PV du 25 mai 2005, 4.

<sup>193</sup> Cf. B.4.1.3.4, 84 ss.

205. Dans sa proposition du 14 août 2012, le Secrétariat a considéré que des accords imposant les prix de revente pouvaient être constatés entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Il s'est fondé sur plusieurs éléments de preuve, la plupart permettant de tirer des conclusions pour l'ensemble du marché de référence retail, tel que ce dernier est défini plus bas.<sup>194</sup>

206. Dans la présente procédure, au vu des développements qui suivent concernant les caractéristiques des systèmes de distribution en cause, la COMCO considère que le cloisonnement du territoire suisse par les régimes d'exclusivité représente l'élément central des griefs qui peuvent être imputés aux diffuseurs-distributeurs au titre de la loi sur les cartels. Il constitue le trait marquant, du point de vue de cette loi, de la stratégie commerciale des diffuseurs-distributeurs, ce qui conduit la COMCO à focaliser son intervention sur les accords ATD. Par conséquent, l'hypothèse d'une violation distincte et autonome de la loi sur les cartels provenant d'accords verticaux fixant des prix de revente n'est pas examinée plus avant dans la présente décision.

---

<sup>194</sup> [...].

## B.4 Suppression de la concurrence efficace

### B.4.1 Présomption de suppression de la concurrence efficace

207. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. En principe, l'application de la présomption est déduite de l'accord concret.<sup>195</sup> Le ch. 10 CommVert précise que l'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords conduisant indirectement à une protection territoriale absolue.

208. Constituent des accords ATD, les actions collectives conscientes et voulues visant à isoler le territoire suisse des contraintes concurrentielles extérieures. En particulier, les ventes dites passives ne doivent pas être empêchées par des accords. La *ratio legis* de la norme est de permettre aux acteurs économiques d'exploiter les possibilités d'arbitrage afin de discipliner les prix en Suisse par cette pression concurrentielle. Si une entreprise devait obtenir le droit exclusif d'écouler un bien et que les ventes passives en Suisse étaient entravées, le distributeur pourrait imposer un niveau de prix plus élevé sur le territoire suisse, sans craindre la concurrence des importations parallèles.<sup>196</sup>

209. Selon le Tribunal fédéral, cité et suivi par le Tribunal administratif fédéral,<sup>197</sup> l'application de la présomption ne doit pas être confondue avec sa conséquence. Concrètement, cela signifie que la suppression de la concurrence – les effets concrets des accords – est présumée et n'a pas nécessairement à être démontrée pour que la présomption s'applique. La volonté du législateur d'introduire un système de présomption ne peut en toute logique consister à requérir que l'autorité – ou le demandeur en cas de procédure civile selon les art. 12 à 15 LCart – doive prouver les conséquences présumées par la présomption pour déclencher l'application-même de celle-ci, sauf à vider le mécanisme juridique de son sens. En d'autres mots, une interprétation différente reviendrait à éluder le mécanisme de présomption voulu par le législateur.<sup>198</sup> Rappelons que la volonté de ce dernier était d'alléger la procédure d'enquête grâce à l'introduction de présomptions pour certains types d'accords dont l'expérience montre qu'ils sont en général particulièrement nuisibles à la concurrence.<sup>199</sup>

210. Dans sa prise de position, Diffulivre a admis cette interprétation juridique.<sup>200</sup> Elle a précisé que « la présomption a [...] un effet sur la preuve : seule la base de la présomption doit être prouvée et il n'est pas nécessaire de démontrer l'effet sur la concurrence ». Le fonctionnement des mécanismes de présomption proposé par Diffulivre s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence.

211. Le Tribunal fédéral a cependant relevé que si les effets n'ont pas nécessairement à être prouvés pour l'application de la présomption, il arrive que les effets constatés aient déjà

---

<sup>195</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

<sup>196</sup> PETER REINERT in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2001, art. 5 LCart N 35 et 71.

<sup>197</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

<sup>198</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380 consid. 7, *Implenia/WEKO* ; ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, 26.

<sup>199</sup> FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, art. 5 al. 4 N 112.

<sup>200</sup> A 693a, 40, N 106.

une portée dans la détermination de l'application de la présomption.<sup>201</sup> Dans sa pratique, la COMCO a plusieurs fois analysé les effets déjà au stade de l'application de la présomption et le Tribunal fédéral en a fait de même dans l'affaire du *Sammelrevers*.<sup>202</sup> Dans ce sens, les effets sur la concurrence, lorsqu'ils sont constatés peuvent constituer une indication supplémentaire appuyant l'application de la présomption.

212. Dans tous les cas, l'application de la présomption conformément à l'énoncé de fait légal suppose la preuve des éléments que sont l'existence d'un accord attribuant des territoires et excluant les ventes passives par des fournisseurs agréés.<sup>203</sup> Ces éléments sont considérés pour chaque entreprise individuellement lorsque cela s'avère nécessaire.

#### **B.4.1.1 Accord de distribution**

213. L'existence d'un accord en matière de concurrence a été analysée conformément à l'art. 4 LCart plus haut.<sup>204</sup> La première condition que pose l'art. 5 al. 4 LCart est que l'accord s'inscrive dans la fonction économique de la distribution. Si le texte légal traite de « contrat » de distribution, ce terme n'a pas de portée propre autre que de mentionner la distinction avec les accords de licence, non pertinente en l'espèce.<sup>205</sup>

214. La plupart des diffuseurs-distributeurs, si certains d'entre eux ont contesté l'existence d'accords en matière de concurrence, n'ont cependant pas contesté que, cas échéant, il y avait lieu de considérer que lesdits accords s'inscrivent dans des systèmes de distribution.<sup>206</sup>

215. Seuls Servidis et E5F ont invoqué un grief à l'encontre de la réalisation de cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

#### **Servidis/Transat**

216. Servidis a réfuté que les contrats de diffusion/distribution qu'elle avait conclus avec ses éditeurs constituaient des contrats de distribution à proprement parler. En guise d'argument elle a avancé que les diffuseurs/distributeurs agissaient en tant que commissionnaires, et que partant, la propriété ne leur était pas transférée puisqu'il n'y avait pas la relation achat-vente, caractéristique de la distribution. A l'appui de cela, Servidis a fait valoir que tous les contrats qu'elle avait conclus contenaient une clause disposant qu'elle ne devenait pas propriétaire des ouvrages dont elle assurait la diffusion-distribution. Or, selon la LCart, il ne pourrait y avoir distribution d'un bien sans transfert de la propriété.<sup>207</sup>

217. La question de la relation d'agence a été traitée à suffisance plus haut. Dans la mesure où aucune relation d'agence ne peut être admise en l'espèce, l'argument perd toute pertinence également à ce niveau.

#### **E5F**

218. E5F a contesté que la notion d'accord de distribution devait être interprétée de manière large, mais n'en a pas tiré d'argument pour sa défense.<sup>208</sup>

---

<sup>201</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380-381 consid. 7, *Implenia/WEKO*.

<sup>202</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 380-381 consid. 7, *Implenia/WEKO* et réf. citées.

<sup>203</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart N 585 ss et N 564 ss.

<sup>204</sup> B.3.2, 18 ss.

<sup>205</sup> CR Concurrence- AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart N 588 ss.

<sup>206</sup> A 693a, N 180, 64.

<sup>207</sup> A 672, 11 et 21 ; A 529, 2.

<sup>208</sup> A 736, N 74.

219. Les clauses identifiées concernant E5F s'inscrivent dans des documents intitulés « contrats de distribution », ils font partie du système de distribution de E5F. Cet élément permet à lui seul d'admettre que la condition est réalisée, indépendamment d'une acception large ou étroite du concept d'accord de distribution.

#### **B.4.1.2 Attribution de territoires**

220. L'art. 5 al. 4 LCart vise tout type de répartition géographique de territoires de distribution qui aboutit à un cloisonnement du territoire en rendant difficile voire impossible l'accès au marché en question aux concurrents actuels ou potentiels. De cette manière, la concurrence intramarque est en principe garantie sur tous les territoires. Par conséquent, l'art. 5 al. 4 LCart s'applique aussi bien à la distribution nationale qu'internationale.<sup>209</sup>

221. Le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart recouvre non seulement les attributions directes mais également celles opérées de manière indirecte (ch. 10 al. 2 CommVert). L'attribution doit résulter du comportement du distributeur respectivement du producteur et non d'une libre décision du revendeur.<sup>210</sup>

222. Tous les diffuseurs-distributeurs fonctionnent selon des systèmes de distribution prévoyant l'attribution du territoire national. À l'exception de Diffulivre, tous les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté que cette condition était réalisée.<sup>211</sup>

223. Le système de distribution repose pour Diffulivre comme pour l'ensemble des acteurs du marché, sur l'exclusivité de la distribution. Cette exclusivité est convenue contractuellement par Diffulivre.<sup>212</sup>

224. Diffulivre n'a pas remis en cause cet état de fait, si ce n'est partiellement, dans la mesure où elle a contesté la portée de l'exclusivité en raison de l'activité d'Amazon.<sup>213</sup> Elle a admis cependant dans le même temps que Diffulivre bénéficiait d'une exclusivité territoriale, de manière générale et a fait à plusieurs reprises référence aux régimes d'exclusivité couvrant l'ensemble de la branche.<sup>214</sup> Il convient ainsi d'admettre que le système de distribution selon lequel fonctionne Diffulivre prévoit une attribution de territoire. La portée de l'activité d'Amazon, en particulier au niveau wholesale, sera traitée plus bas dans la définition du marché relevant.<sup>215</sup> Elle ne remet pas en cause l'attribution de territoires du système de distribution de Diffulivre, ni des autres diffuseurs.

#### **B.4.1.3 Exclusion des ventes passives**

225. L'art. 5 al. 4 LCart exige que le système de distribution exclue les ventes dans les territoires attribués.<sup>216</sup> Par ventes, il faut comprendre ventes passives dans le cadre de cette disposition, l'interdiction des ventes actives ne violant la loi sur les cartels que dans des situations particulières.<sup>217</sup> Les notions de ventes active et passive correspondent sur le principe à celles développées par l'Union européenne. Elles sont reprises par la doctrine en droit

---

<sup>209</sup> DPC 2012/3, 554 N 129, *BMW* ; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 528.

<sup>210</sup> DPC 2012/3, 554 N 131, *BMW* ; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 530 ss.

<sup>211</sup> A 692, 16.

<sup>212</sup> Cf. B.3.2.7.1 , 26 ss.

<sup>213</sup> A 693a, 67 N 189.

<sup>214</sup> A 693a, 67 N 189 *in fine*.

<sup>215</sup> Cf. B.4.2.1, 93 ss.

<sup>216</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, (n. 50), art. 5 LCart N 603.

<sup>217</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 604 et réf. citées ; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), Art. 5 N 554 ss ; intervention du Conseiller aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 ss.

suisse et définies dans l'ordre juridique suisse aux ch. 2 et 3 CommVert.<sup>218</sup> Selon la pratique de la COMCO et la doctrine majoritaire, l'art. 5 al. 4 LCart s'applique non seulement aux exclusions directes des ventes passives mais aussi aux exclusions indirectes.<sup>219</sup> La CommVert rappelle ce point à son chiffre 10 (2).

226. Le législateur a discuté très précisément la portée de l'art. 5 al. 4 LCart concernant l'hypothèse de l'attribution de territoires de distribution.<sup>220</sup> Dans la mesure où cette disposition découle de la proposition de la majorité,<sup>221</sup> l'intervention du rapporteur F. SCHIESSER est particulièrement pertinente pour l'interprétation de la norme.<sup>222</sup> Concrètement, le législateur a adopté une norme qui doit être interprétée conformément au passage suivant<sup>223</sup> :

*« Um ein System absoluten Gebietsschutzes aufzuziehen, braucht ein Hersteller nicht marktbeherrschend zu sein. Es genügt, dass er seinen Händlerverträgen folgende Klauseln beifügen kann:*

*1. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nur sie und keine anderen Händler in diesem Gebiet zu beliefern.*

*2. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nicht direkt an Endabnehmer zu liefern.*

*3. Dies ist entscheidend: Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, dafür zu sorgen, dass seine Händler in den anderen Vertragsgebieten keine Lieferungen in das fragliche Vertragsgebiet ausführen.*

*Ein solches System - wenn es eingehalten wird - ist wasserdicht. Der Wettbewerb innerhalb der Marke X ist ausgeschaltet.*

*Gemäss der Rechtsprechung der Europäischen Union - und wir haben uns immer auch an der Europäischen Union orientiert - liegt ein solcher absoluter Gebietsschutz nicht vor, wenn passive Verkäufe in andere Vertragsgebiete erlaubt sind. Das bedeutet, dass ein Hersteller die oben genannten Klauseln 1 und 2 in seine Vertriebsverträge aufnehmen darf, nicht aber die Klausel 3. Wenn Kunden aus anderen Vertragsgebieten an einen vertraglich gebundenen Händler gelangen, so muss es diesem erlaubt sein, in das andere Vertragsgebiet zu verkaufen und zu liefern, und es darf ihm durch den Hersteller nicht untersagt werden. »*

227. La volonté du législateur s'inscrit dans une législation cartellaire suisse fondée non pas sur des interdictions *per se* de ce genre de système de distribution, mais sur des interdictions lorsque de tels systèmes ont des effets anticoncurrentiels.<sup>224</sup> Selon Interforum, dans ce type d'accords, la CJCE a également indiqué dans la décision *Javico/YSLP* que pour l'examen de l'admissibilité de clauses d'attribution de territoires à l'aune du droit de la concurrence il ne fallait pas examiner la teneur du contrat, mais ses effets.<sup>225</sup>

---

<sup>218</sup> Cf. également CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 606 s.

<sup>219</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 615 et réf. citées ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 53), art. 5 N 554 ss.

<sup>220</sup> Cf. interventions des Conseillers aux États F. SCHIESSER, D. EUGEN, R. BÜTTIKER et du Conseiller fédéral J. DEISS, BO CE 2003 329 à 331.

<sup>221</sup> Proposition de la majorité adoptée par 23 voix contre 9, cf. BO CE 2003 331.

<sup>222</sup> Cf. BORER (n. 14), Art. 5 KG N 43.

<sup>223</sup> BO CE 2003 331.

<sup>224</sup> Cf. PIERRE TERCIER/VINCENT MARTENET, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Edit.), Introduction générale, N 219 et 234.

<sup>225</sup> A 672, 35, N 128, renvoyant à l'arrêt de la CJCE du 28.4.1998, C-306/69, *Javico/YSLP*, pt 12 ss.

228. En l'espèce, la branche du livre écrit en français se caractérise notoirement<sup>226</sup> par un régime d'exclusivité couvrant l'ensemble de la branche. Seule Diffulivre a, en apparence, contesté cette caractéristique. Elle a en effet invoqué que le modèle de vente par l'entreprise Amazon mènerait à ce qu'aucune exclusivité ne soit confiée à Diffulivre dans les faits.<sup>227</sup> Cette argumentation ne saurait être suivie. Premièrement, elle s'est elle-même fondée à réitérées reprises dans sa prise de position sur l'existence du régime d'exclusivité.<sup>228</sup> Deuxièmement, au-delà des remarques concernant l'influence de l'activité développée à partir d'internet sur la période d'enquête,<sup>229</sup> l'argument n'est pas pertinent du fait qu'Amazon ne s'inscrit pas du côté de l'offre substituable sur le marché wholesale. Il peut être renvoyé plus bas à l'analyse détaillée du marché relevant.<sup>230</sup> En d'autres mots, Amazon ne constitue pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants et ceux-ci sont directement confrontés à l'exclusivité constituant le fondement du système de distribution de Diffulivre et des autres diffuseurs-distributeurs en Suisse. Amazon ne change rien à cet état de fait. Tous les (autres) acteurs de la branche ont exposé que le système du livre écrit en français fonctionnait selon un système reposant sur un régime d'exclusivité, plusieurs d'entre eux ayant également invoqué la nécessité d'un tel système pour garantir le droit de retour des détaillants et d'autres prestations.<sup>231</sup>

229. À l'aune du droit de la concurrence, la question essentielle est cependant de savoir s'il s'est agi d'un régime d'exclusivité excluant non seulement les ventes actives, mais également les ventes passives.

230. Pour répondre à cette question, seront examinés dans l'ordre :

- Les effets des régimes d'exclusivité ;
- La relation économique entre la faculté pour les détaillants de retourner les livres in-vendus aux diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse et les régimes d'exclusivité ;
- Les indices constitués par les mécanismes et la formulation de certaines clauses contractuelles ;
- La nécessité de recourir à des obligations contractuelles pour prouver l'exclusion des ventes passives.

231. Dans une approche basée sur les effets plutôt que sur la forme, telle que prônée par la doctrine et admise par la jurisprudence, l'analyse des effets et les mesures nécessaires pour garantir le fonctionnement de la faculté de retourner les livres sont de première importance pour déterminer la portée des régimes d'exclusivité usuels dans la branche. Cette analyse intervient généralement au moment de l'analyse du renversement de la présomption, mais peut aussi, si cela s'avère opportun être exposée lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des accords, ce qui est le cas en l'espèce.

#### **B.4.1.3.1 Effets des systèmes de distribution des livres reposant sur un régime d'exclusivité**

232. Tous les diffuseurs-distributeurs ont invoqué que le régime d'exclusivité prévu et plus particulièrement certaines clauses concernant les modalités des régimes d'exclusivité qui se-

---

<sup>226</sup> Cf. A 693a, annexe 80 (article de la FRC), 11.

<sup>227</sup> A 693a, 67 N 189.

<sup>228</sup> A 693a.

<sup>229</sup> Cf. B.4.2.1, 93 ss.

<sup>230</sup> Cf. B.4.2.1, 93 ss.

<sup>231</sup> Cf B.4.1.3.2, 71 ss.

ront examinées plus bas n'avaient pas eu d'effets sur le marché. Plus avant, la plupart des diffuseurs-distributeurs a prétendu que les importations parallèles auraient dans tous les cas toujours été possibles et que « l'ouverture d'un compte » n'aurait jamais été refusée en cas de demande.

233. Dans la branche du livre rédigé en français, l'ouverture d'un compte concrétise le début d'une relation commerciale, le « compte » de l'acheteur représentant l'instrument de gestion des flux aller et retour des ouvrages et des paiements correspondants. Le refus d'ouvrir un compte signifie que l'acheteur ne peut s'approvisionner par le canal choisi. Au contraire, l'acceptation formelle d'ouvrir un compte par un fournisseur, par exemple un diffuseur-distributeur, ne signifie pas encore que l'approvisionnement est automatiquement rendu possible en pratique. En effet, l'ouverture d'un compte ne garantit pas une relation commerciale sans défaut, le compte n'étant qu'un instrument de gestion pour la relation commerciale.

234. À titre de preuve, les diffuseurs-distributeurs ont fait valoir que plusieurs détaillants avaient importé parallèlement des livres durant la période visée par l'enquête.<sup>232</sup> Les quatre principaux exemples seraient La Liseuse, Distrilivres, la FNAC et Payot. Ces détaillants ont tous été auditionnés par la COMCO à la fin 2012 et ont exposé leur expérience en matière d'importations parallèles concernant la période visée par l'enquête. D'autres détaillants ont fait part durant l'enquête de leurs expériences en matière d'approvisionnement. Parmi eux, certains ont été cités, principalement par Diffulivre et Servidis/Transat, comme des exemples supplémentaires d'importations parallèles opérées. Tous ces exemples sont passés en revue ci-après pour apprécier les effets des régimes d'exclusivité en cause.

#### **(i) Expériences des diffuseurs-distributeurs**

235. Les faits prétendus par les diffuseurs-distributeurs dans leurs prises de position respectives de 2012 sont pour le moins en porte-à-faux avec les propos de l'un d'eux, OLF. Celle-ci, dont [...] des flux physiques transitent par son infrastructure, a déclaré à la fin 2008 :

*« Il n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel. »<sup>233</sup>*

236. Diffulivre a contesté cette affirmation d'OLF.<sup>234</sup> Selon elle, OLF aurait confirmé au demandeur par cette affirmation qu'il était possible d'aller s'approvisionner à l'étranger.<sup>235</sup>

237. La notion de marché gris correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche.<sup>236</sup> Cette pratique consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de détaillants situés en France sans que ceux-ci révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. Selon Payot, seul un volume marginal d'importations par ce biais est possible et, surtout il est dangereux, Pascal Vandenberghe ayant renvoyé durant son audition à l'expérience de Distrilivres.<sup>237</sup> Il ne serait en aucun cas possible de fonctionner de la sorte pour un volume tel que celui généré par Payot.<sup>238</sup> De plus cette méthode présuppose une action occulte, c'est-à-dire à l'insu des diffuseurs-

---

<sup>232</sup> Cf. notamment A 693a, 75, N 213 ss ; A 692, 45 ; A 691, 47, N 159 ss.

<sup>233</sup> A 76, 2.

<sup>234</sup> A 693a, 77 N 223.

<sup>235</sup> A 693a, 77 N 223.

<sup>236</sup> A 129a, 3 ; A 912 L 698 ss.

<sup>237</sup> A 129a, 3 ; A 913 L 796 ss.

<sup>238</sup> A 913, L

distributeurs en France, comme il sera mis en évidence par les propos de Jacques Lecomte (Distrilivres) plus bas.

238. Selon les propos de Patrice Fehlmann (OLF) relatés ci-dessus<sup>239</sup>, *seuls* les livres qui ne sont pas diffusés en Suisse peuvent être importés, certes de manière « confidentielle ». Ces propos sont clairs et ne laissent pas de place à l'interprétation. *A contrario*, il est tout aussi clair que pour tous les livres diffusés-distribués en Suisse, il n'y a pas de place pour des importations parallèles selon Patrice Fehlmann (OLF), à l'exception des importations par le marché gris, c'est-à-dire grâce à un faux-nez.

239. Le seul argument de Diffulivre contestant cette déclaration est que des détaillants auraient justement été en mesure d'importer des livres diffusés-distribués en Suisse, ce qui sera examiné dans la suite de ce considérant dont le résultat ne soutient pas les propos de Diffulivre. *A priori*, il n'y a pas lieu de douter que les déclarations de Patrice Fehlmann (OLF) ont correspondu à la réalité durant la période visée par l'enquête. On verra d'ailleurs que cette perception du marché se recoupe avec celle des détaillants, de manière très précise au niveau des livres pouvant être importés – les livres non diffusés-distribués en Suisse – et de ceux qui ne peuvent pas l'être.<sup>240</sup>

## (ii) Expériences des détaillants

240. L'examen des effets a pour objet tant les importations effectives que les importations potentielles. Il est mené sur la base des expériences rapportées par les détaillants et commentées, dans certains cas, par les diffuseurs-distributeurs.

241. Parmi les indications fournies par les détaillants permettant de tirer des conclusions sur les importations parallèles, il convient de distinguer deux appréciations opposées pour évaluer les effets des régimes d'exclusivité. D'une part, certains détaillants ont prétendu qu'un approvisionnement par des importations parallèles n'était pas possible. D'autre part, certains détaillants ont considéré que de telles importations pouvaient être effectuées. Pour apprécier les indications faites par tous ces acteurs du marché, il s'agit notamment de tenir compte du fait que celles-ci se basent sur des tentatives d'importations parallèles ou sur des impressions subjectives. En effet, la plupart des détaillants n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Sur les 68 réponses reçues à cette question posée aux détaillants en 2011, 46 ont indiqué n'avoir jamais essayé de se procurer un livre par un autre canal que les diffuseurs-distributeurs suisses, soit environ 67 %.

### « Les importations parallèles ne seraient pas possibles »

242. Pour de nombreux détaillants, un approvisionnement par d'autres canaux que les diffuseurs-distributeurs suisses est considéré comme impossible. Parmi ces détaillants, certains ont tenté de s'approvisionner par d'autres canaux, par exemple en France, et ont prétendu ne pas avoir été en mesure d'y parvenir.

243. La plupart des diffuseurs-distributeurs ont prétendu que Distrilivres, en particulier, ainsi que la FNAC et Payot avaient été en mesure d'opérer des importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Ces trois détaillants ont donc été auditionnés par la COMCO.

244. **Distrilivres** – Interforum, Diffulivre et Servidis/Transat ont fait valoir que la librairie Distrilivres avait importé des livres depuis la France durant toute la période visée par

---

<sup>239</sup> Cf N 235.

<sup>240</sup> Cf. B.4.1.3.1, N 297.

l'enquête.<sup>241</sup> Pour ces diffuseurs-distributeurs, Distrilivres est l'argument principal selon lequel des importations parallèles ont eu lieu durant ce laps de temps.

245. Sous l'enseigne Distrilivres, Jacques Lecomte est actif en tant que revendeur en Suisse. Distrilivres comprend un point de vente à Lausanne et trois points de vente à Genève.<sup>242</sup> Il en a été ainsi durant la période visée par l'enquête.<sup>243</sup> Par l'intermédiaire de différentes structures, Jacques Lecomte a poursuivi en tant que revendeur suisse une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution respectifs prévus pour la Suisse. Il a décrit son activité (ci-après : système Ecolibri) lors de l'audition du 26 novembre 2012 et dans un document complémentaire transmis au début de l'année 2013.<sup>244</sup>

246. Un bref retour historique est commandé pour saisir l'expérience de Distrilivres. Dans une première phase, Jacques Lecomte a mis en place un système prévoyant une entité librairie en France (Ecolibri), à proximité de la frontière, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (Parfeuille et Distrilivres). Dès 1988, l'entité Ecolibri n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française, ce qui a mené à la création en 1989 d'une nouvelle société en Bretagne (SAB) afin d'obtenir des conditions commerciales conformes au chiffre d'affaires. Entre 1989 et 1996, malgré des chiffres d'affaires identiques, l'entité située en Bretagne a obtenu une remise moyenne de l'ordre de [...] alors qu'Ecolibri a bénéficié d'une remise moyenne de [...]. Toujours selon Jacques Lecomte, la raison expliquant cette discrimination repose uniquement dans le fait que les diffuseurs portaient de l'idée, correcte au demeurant, qu'Ecolibri fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi. Les diffuseurs suisses ont demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société Ecolibri. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été infligés à Ecolibri.<sup>245</sup> Les bilans des deux sociétés (Ecolibri et SAB) ont été déposés en 1997. Un redressement judiciaire accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans ont été établis et respectés. En raison de la discrimination de traitement au regard de la réglementation française, la procédure s'est soldée par un abandon de créance de près de 72 % de la part de tous les distributeurs à l'exception de la SODIS (le pendant français de E5F en Suisse), dans la mesure où cette dernière avait plus ou moins respecté les conditions de vente.

247. Durant la période du plan de continuation, Jacques Lecomte a adapté sa structure. Il a fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant ces dernières, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour six librairies, spécialisées dans des domaines différents, qui composent la structure du système Ecolibri. Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. Ecolibri s'approvisionne en livres auprès de ces librairies et constitue ainsi la plate-forme pour l'entité Distrilivres. Elle assume également les formalités douanières. Par-là, Ecolibri n'entretient plus de relation directe avec la distribution ou l'édition en France, à l'exception de certains éditeurs particuliers. La clé du système Ecolibri est depuis ce moment constituée par l'écran de librairies approvisionnant Ecolibri : en les gardant secrètes, la structure se protège des discriminations dont elle a été victime lorsque Ecolibri était en relation directe avec la distribution en France. « Je cache le nom de ces librairies c'est tout simplement que c'est mes sources d'approvisionnement et que si ces éditeurs les connaissaient, vraisemblablement il y aurait des rétorsions de prix. Voilà. Comme je les ai subies moi, en 1997 [alors qu'Ecolibri était en relation directe

---

<sup>241</sup> A 672, 42, N 159.

<sup>242</sup> A 886, 3, L 70 à 73.

<sup>243</sup> A 886, 3, L 70 à 73.

<sup>244</sup> A 838 et A 911.

<sup>245</sup> A 838, 3.

avec la distribution en France].<sup>246</sup> » Toujours selon Jacques Lecomte, cette structure est la seule manière d'obtenir des livres à des conditions « normales ».<sup>247</sup> « Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir 5 ou 6 librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire.<sup>248</sup> »

248. Malgré les complications générées par la structure mise en place, Distrilivres est en mesure de mettre en œuvre une politique de prix proche de celle pratiquée en France. Selon Jacques Lecomte, aucun revendeur en Suisse n'a tenté de s'approvisionner directement depuis les années 1990 jusqu'à fin 2012, à l'exception des succursales de la Migros du canton de Genève entre 2009 et 2011, avant de réduire à néant le volume des livres vendus dans leurs points de vente depuis janvier 2012.<sup>249</sup>

249. Durant son audition, Jacques Lecomte a précisé qu'il obtenait des conditions intéressantes avec Diffulivre en comparaison aux autres diffuseurs actifs en Suisse.<sup>250</sup> Dans cette relation, la remise s'établit à [...], ce qui correspond environ à du [...] sur le prix en euros.<sup>251</sup> Cette remise est considérée comme acceptable par Distrilivres,<sup>252</sup> qui relève cependant que sa remise moyenne par le système Ecolibri s'inscrit à [...] sur le prix en euro, ce qui est sensiblement supérieur même s'il convient de prendre en compte le fait que la TVA ne peut pas être complètement récupérée étant donné le système mis en place.<sup>253</sup> Par conséquent, les approvisionnements chez Diffulivre, « c'est du dépannage » selon les termes de Jacques Lecomte.<sup>254</sup>

250. Dans un courrier à Distrilivres du 14 décembre 2012, Interforum a répondu à la demande formelle de l'ouverture d'un compte à Paris par Distrilivres datant du 20 novembre 2012 : « Nous examinons actuellement la faisabilité d'un approvisionnement direct depuis la France. En parallèle, une enquête est pendante devant la COMCO.<sup>255</sup> »

251. L'existence du système Ecolibri et la manière de fonctionner de Distrilivres en matière d'approvisionnement n'ont été remises en cause par aucun diffuseur. Au contraire, ce sont certains diffuseurs-distributeur qui ont attiré l'attention sur le fait que l'exemple de ce détaillant devrait être examiné plus précisément. [...].<sup>256</sup> Servidivis avait d'ailleurs elle aussi cité Distrilivres pour démontrer que les importations parallèles n'étaient pas empêchées. Tout au plus [...] met en évidence la relation entre le droit de retour et le régime d'exclusivité, relation sur laquelle il est revenu en détail plus bas.<sup>257</sup> Ainsi, l'expérience de Distrilivres, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs comme l'exemple-type prouvant que des importations parallèles avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête est révélatrice. Seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la diffusion-distribution en Suisse, qui plus est, pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché retail.

---

<sup>246</sup> A 886, 3, L 251 à 253.

<sup>247</sup> A 886, 3, L 186.

<sup>248</sup> A 886, 3, L 608 ss.

<sup>249</sup> A 838, 3.

<sup>250</sup> A 886, 3, L 197.

<sup>251</sup> A 886, 3, L 293 s.

<sup>252</sup> A 838, 5.

<sup>253</sup> A 886, 3, L 296.

<sup>254</sup> A 886, 3, L 346.

<sup>255</sup> A 838, 15.

<sup>256</sup> A 855, 4 ss.

<sup>257</sup> Cf. B.4.1.3.2, 70 ss.

252. **FNAC (Suisse)** – La FNAC est active en Suisse comme revendeur sur quatre points de vente, soit à Genève (deux fois), Lausanne et Fribourg. Ensemble, ces points de vente ont généré un chiffre d'affaires en 2010 d'environ [...].<sup>258</sup> Pascal Reinhart, directeur des opérations pour la FNAC en Suisse depuis mai 2009,<sup>259</sup> a été auditionné par la COMCO le 26 novembre 2012.<sup>260</sup> La part de marché de la FNAC en Suisse est de [...].<sup>261</sup>

253. La FNAC s'est approvisionnée en Suisse depuis son arrivée, au début des années 2000, jusqu'en 2012.<sup>262</sup> Durant cette période, à la question « auriez-vous pu vous approvisionner à l'étranger ? », Pascal Reinhart a répondu « non ».<sup>263</sup> Durant cette période, la FNAC a affirmé qu'il était quasi impossible pour un libraire de s'approvisionner en France, pour la simple raison que l'ouverture d'un compte n'était pas possible.<sup>264</sup> Cette affirmation vaut pour l'ensemble des diffuseurs.<sup>265</sup> En résumé, Pascal Reinhart affirme : « Tout ce que je peux vous dire c'est que si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance. C'est tout ce que je peux vous dire.<sup>266</sup> » Or, l'ouverture d'un compte est centrale, puisque c'est elle qui permet de gérer les flux aller et retour caractéristiques de la branche du livre.

254. L'impossibilité d'ouvrir un compte a été manifeste pour toute la période 2005-2011 et a concerné tous les diffuseurs.<sup>267</sup> Pascal Reinhart a ajouté : « Nous avons eu même aujourd'hui, malgré l'enquête de la COMCO, énormément de mal à avoir des comptes ouverts en France. Malgré notre poids en France.<sup>268</sup> » Parallèlement, il n'y a aucun problème pour importer par exemple des livres en français depuis la France vers l'Italie.<sup>269</sup>

255. Selon la FNAC, dans les années 2000, l'équilibre de prix était raisonnable, c'est-à-dire accepté par le consommateur.<sup>270</sup> L'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené à ce que les clients ont commencé à considérer le libraire comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse.<sup>271</sup> En clair, le prix était devenu inacceptable, menant à une « évasion de clientèle vers la France voisine et internet.<sup>272</sup>

256. Pour la FNAC, le problème sur le produit livre s'est répercuté sur d'autres produits. Les ventes des autres segments ont également subi un ralentissement.<sup>273</sup> Une réaction était nécessaire, si bien que FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement direct, « au forcing, vu [son] poids en France », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement, ni en Suisse ni en France.<sup>274</sup> Les démarches ont été entamées avant l'envoi de la proposition du Secrétariat, ledit envoi ayant aidé pour discuter du côté français selon la

---

258 A 411, 1.

259 A 892, 2, L 3.

260 A 892.

261 A 892, 2, L 20.

262 A 892, 2, L 72 ss.

263 A 892, 2, L 76.

264 A 892, 2, L 78 à 80.

265 A 892, 2, L 85-86.

266 A 892, 2, L 330 à 332.

267 A 892, 2, L 219 à 224.

268 A 892, 2, L 222-223.

269 A 892, 2, L 341 à 343.

270 A 892, 2, L 94 à 103.

271 A 892, 2, L 119 à 125.

272 A 892, 2, L 122 à 126.

273 A 892, 2, L 133 ss.

274 A 892, 2, L 149 à 154.

FNAC.<sup>275</sup> Par la suite, des ouvertures de comptes ont été accordées, sauf par [...] (catalogue distribué par Servidis en Suisse).<sup>276</sup> La FNAC a relevé qu'il faut une structure assez importante pour être en mesure de s'occuper de la partie logistique nécessaire à un approvisionnement direct.<sup>277</sup>

257. Le basculement vers un approvisionnement direct en 2012 ne fonctionne pas sans problème selon la FNAC. Premièrement, des problèmes avec les retours en Suisse sont constatés, lesquels sont refusés malgré l'achat de la marchandise en Suisse, alors que les retours avec la France fonctionnent sans problème pour la marchandise achetée en France.<sup>278</sup> Deuxièmement, des problèmes liés à l'information sont constatés. Dans ce sens, la FNAC ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément.<sup>279</sup> Troisièmement, des fortes baisses de la remise – allant de [...] – ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année.<sup>280</sup> Quatrièmement, certains délais ne sont pas respectés, notamment en ce qui concerne la livraison des nouveautés, générant des difficultés de mise en magasin, puisque le temps de traitement nécessaire à la FNAC (étiquetage, mise en magasin, etc.) est ainsi comprimé.<sup>281</sup> La nature des difficultés est difficile à démontrer, citant l'exemple de Hachette qui a fermé puis à nouveau ouvert un compte (en France) dans un laps de temps très court.<sup>282</sup> Il n'est pas non plus aisé de prouver qu'un livre est parti à temps ou non ou que c'est seulement l'indication du traçage qui est erronée.<sup>283</sup>

258. Concernant les premières expériences de ce nouveau modèle d'approvisionnement, la FNAC relève cependant l'expérience positive, isolée, avec Flammarion France. Avec cette entité, les approvisionnements sont reçus correctement et à temps, c'est-à-dire avant la mise en vente des nouveautés, ce qui signifie pour la FNAC que ce type d'approvisionnement direct est aussi tout à fait possible.<sup>284</sup>

259. Pour ce qui est des relations avec les diffuseurs-distributeurs suisses, depuis le lancement du projet de basculer les approvisionnements vers la France, des baisses de remise ont été décidées de façon unilatérale, malgré les contrats en vigueur, le conseil a disparu, les retours ne sont plus acceptés et les frais de port désormais à la charge de la FNAC.<sup>285</sup> Par cette nouvelle donne, la FNAC obtient désormais des conditions inférieures aux conditions accordées à des libraires de même poids.<sup>286</sup> À volume d'achat – en Suisse – comparable, le libraire bénéficiera du droit de retour et de l'information, ce dont la FNAC est privée aujourd'hui, « certaine manière d'être punis, je pense », selon Pascal Reinhart.<sup>287</sup>

260. Les indications faites par la FNAC sont appréciées conjointement avec les indications fournies par Payot qui suivent.

---

<sup>275</sup> A 892, 5, L 153-154.

<sup>276</sup> A 892, 5, L 154 à 156.

<sup>277</sup> A 892, 5, L 436 à 440.

<sup>278</sup> A 892, 5, L 173 à 180.

<sup>279</sup> A 892, 5, L 180 à 186.

<sup>280</sup> A 892, 5, L 186.

<sup>281</sup> A 892, 5, L 164 à 168.

<sup>282</sup> A 892, 2, L 359-369.

<sup>283</sup> A 892, 5, L 164.

<sup>284</sup> A 892, 5, L 372 à 375.

<sup>285</sup> A 892, 5, L 389 à 393.

<sup>286</sup> A 892, 5, L 424-425.

<sup>287</sup> A 892, 5, L 417 à 423.

261. **Payot** – Payot exploite sous l’enseigne « Payot Libraire » une douzaine de librairies.<sup>288</sup> Elle est présente dans toutes les principales villes de Suisse romande. En 2010, elle a réalisé un chiffre d’affaires d’environ [...].<sup>289</sup> Pascal Vandenberghe est directeur général de la société depuis 2004 ; Jean-Marie Lebec en est l’administrateur délégué depuis 1990.<sup>290</sup> Payot a une part de marché de [...] sur le marché romand selon Pascal Vandenberghe.<sup>291</sup> Sur le « marché francophone », intégrant la France en particulier, Payot estime ne peser que [...] du marché, ce qui la distingue de la FNAC.<sup>292</sup>

262. Durant son audition devant la COMCO, Payot a décrit la pratique du faux-nez en matière d’approvisionnement, c’est-à-dire le marché « gris » de l’approvisionnement.<sup>293</sup> Par cette pratique, un libraire suisse trouve un accord avec un libraire français ou se crée une boîte postale en France afin de s’approvisionner à des conditions françaises. Cette pratique reste marginale selon Payot et elle ne pourrait en aucun cas la mettre place étant donné sa taille. D’après elle, un exemple de la mise en place d’une forme douce de faux-nez était représenté par l’entreprise Schaer, laquelle détenant une librairie en Suisse et une en France, faisait transiter toutes les commandes-clients par l’entité française.<sup>294</sup> Ces pratiques se font à l’insu des fournisseurs, qu’ils soient diffuseurs-distributeurs ou éditeurs.<sup>295</sup> Cela ne peut marcher que pour des libraires de taille modeste. Selon Payot, dès que le volume est important, la démarche serait beaucoup trop visible, remarqué trop rapidement et mise en échec, Pascal Vandenberghe renvoyant à l’expérience de Jacques Lecomte à ce sujet.<sup>296</sup> De manière générale, en cas de tentative, Pascal Vandenberghe a répété qu’aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et qu’il devrait compter avec un certain nombre de réactions, c’est-à-dire des mesures de rétorsions au niveau des conditions commerciales.<sup>297</sup> Il n’est pas possible de se mettre à l’abri de rétorsions à ce niveau, car le système de distribution en France est basé sur l’exclusivité, privant les détaillants, quel que soit leur poids, du choix du fournisseur et le soumettant à ces décisions.<sup>298</sup>

263. Durant l’été 2011, Flammarion et Payot se sont approchées pour l’éventualité d’un approvisionnement direct depuis la France.<sup>299</sup> Parallèlement, Payot était en train de développer le projet d’une base arrière dans ce sens.<sup>300</sup> Dans l’enchaînement, un contact a été pris avec Gallimard pour un mouvement comparable.<sup>301</sup> Malgré ces contacts et plusieurs démarches, le modèle n’avait pas encore été implanté à la fin novembre 2012, au moment de l’audition. Selon Payot, la première raison invoquée par Gallimard pour figer le développement esquissé est la proposition du Secrétariat intervenue en été 2012.<sup>302</sup> Une autre raison consiste dans le fait qu’un niveau de prix différent entre Payot et les libraires indépendants (achetant toujours via OLF) est perçu comme un problème.<sup>303</sup> Avec Interforum, une fin de non-recevoir

---

288 Cf. <http://www.payot.ch/fr/nos-librairies> (dernière consultation le 11 juin 2013).

289 A 397, 1.

290 A 913, L 87 ss.

291 A 913, L 95-96.

292 A 913, L 100.

293 A 913, L 189 ss.

294 A 913, L 202 ss.

295 A 913, L 218-219.

296 A 913, L 796 ss ; cf. plus bas les faits relatés par Distrilivres, B.4.1.3.1 N 244 ss.

297 A 913, L 812 ss.

298 A 913, L 821-822.

299 A 913, L 226 à 229.

300 A 913, L 229 à 231.

301 A 913, L 232 à 234.

302 A 913, L 774 à 776.

303 A 913, L 776 ss.

a été signalée en automne 2011. En automne 2012, la position du diffuseur est passée à « nous réfléchissons ». <sup>304</sup> Avec Hachette, suite à la demande d'ouverture de compte officielle de Payot, la réponse a été « nous reviendrons vers vous en temps utile. <sup>305</sup> » À la fin novembre, une ouverture à la discussion a été évoquée par Hachette. <sup>306</sup> Avec Servidis et Dargaud, les démarches de Payot ont mené à l'obtention de conditions améliorées par la Suisse, si bien que Payot n'a pas besoin, « pour l'instant » de les contourner. <sup>307</sup> Avec Servidis, un terrain d'entente a notamment été trouvé par l'intérêt de Servidis « de continuer à exister » et celui de Payot d'obtenir, grâce à la tablette relativement basse de Servidis, de nombreux éditeurs en dehors de [...] qui seraient économiquement difficiles à obtenir par d'autres canaux. <sup>308</sup> Glénat, AH, AIG, OLF (en tant que diffuseur) et Zoé notamment ne constituent pas des priorités pour Payot, car ils ne pèsent que quelques pourcents. <sup>309</sup>

264. Selon Payot, lorsque les différences de prix entre l'euro et le franc suisse sont moins marquées (cours de change), la pression pour un approvisionnement en direct est moins importante. <sup>310</sup> Le regain d'intérêt pour des conditions d'approvisionnement plus favorables est dû à l'appréciation du franc et aussi, à la montée en puissance de la concurrence provenant d'internet. <sup>311</sup>

265. Sur la période d'enquête, la seule modification dans l'approvisionnement concerne les éditeurs non diffusés/distribués en Suisse. <sup>312</sup> Pour ceux-ci, elle a conclu un partenariat avec les librairies françaises Decitre. Payot se charge d'aller récupérer une à deux fois par semaine à Lyon les ouvrages livrés sur la plateforme logistique de ces librairies françaises. Le volume représenté par ces livres est marginal, puisqu'il correspond à 0,5 % du volume d'achat de Payot, « les bonnes années ». <sup>313</sup>

266. Sur la période visée par l'enquête, Payot n'a procédé à aucune importation parallèle et n'aurait pas été en mesure de le faire. À la question « seriez-vous en mesure de le [note : procéder à des importations parallèles pour les livres diffusés/distribués en Suisse] faire ? », Pascal Vandenberghe et Jean-Marie Lebec ont répondu simultanément « non », Pascal Vandenberghe complétant par « certainement pas ». <sup>314</sup>

267. Payot a affirmé, d'une part, ne procéder à aucun achat caché par l'intermédiaire d'un faux-nez, ni, d'autre part, à aucune importation « ouverte ». <sup>315</sup> Les livres des catalogues n'étant ni diffusés, ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés dans la franchise Nature & Découvertes sont les seuls à être obtenus par Payot en dehors du circuit traditionnel de la distribution en Suisse. Les ouvrages s'inscrivant dans la franchise « Nature & Découvertes » constituent un cas particulier et marginal selon Payot. <sup>316</sup> La franchise comprend différents produits, dont quelques livres, 1006 références au 31 octobre 2012. <sup>317</sup> Ces références sont complétées par des ouvrages suisses commandés par Payot, 228 références à

---

<sup>304</sup> A 913, L 268 ss.

<sup>305</sup> A 913, L 281 ss.

<sup>306</sup> A 913, L 290.

<sup>307</sup> A 913, L 293 ss.

<sup>308</sup> A 913, L 887 ss.

<sup>309</sup> A 913, L 320-321.

<sup>310</sup> A 913, L 333 ss.

<sup>311</sup> A 913, L 338-339.

<sup>312</sup> A 913, L 343 ss.

<sup>313</sup> A 913, L 355.

<sup>314</sup> A 913, L 360-361, L 410 à 415.

<sup>315</sup> A 913, L 357-358.

<sup>316</sup> A 913, L 394 ss.

<sup>317</sup> A 913, L 404.

la même date. À l'exception de ces livres complémentaires, l'ensemble est fourni par un prestataire français et Payot n'assume pas de service de librairie pour les titres obtenus dans la franchise.

268. Diffulivre a fait état dans sa prise de position que Payot avait obtenu l'ouverture d'un compte dans les années 2000 auprès d'Hachette et qu'elle n'en a jamais fait usage.<sup>318</sup> Jean-Marie Lebec a confirmé cette ouverture de compte et a précisé que celle-ci est intervenue dans le contexte de l'entrée sur le marché suisse de la FNAC.<sup>319</sup> La décision de la FNAC de s'approvisionner depuis la Suisse a effacé l'importance d'un approvisionnement direct pour Payot à cette époque, bien que les conditions d'achat auraient permis une économie de 15 à 25 % par rapport aux prix d'achat en Suisse.<sup>320</sup> Le compte n'a jamais été utilisé. A la question « ce compte aurait-il pu être utilisé ? », Payot a répondu que c'était difficile à dire aujourd'hui et que cela aurait dépendu de la bonne volonté de part et d'autre.<sup>321</sup>

269. Pour Payot, un approvisionnement par des grossistes, par Heidiffusion ou par Amazon, n'est pas une alternative.<sup>322</sup> Les conditions commerciales ne sont pas adaptées, car ces entités constituent en définitive un intermédiaire supplémentaire. Le niveau du service ne serait pas non plus suffisant, notamment au niveau de l'assiette de l'offre, laquelle est limitée. Seul un dépannage ponctuel peut entrer en considération. Il en va de même pour tout libraire concernant un approvisionnement par Amazon, étant donné les conditions commerciales.<sup>323</sup> De telles conditions ne peuvent être positives pour un libraire que dans le contexte, par exemple, d'un éditeur non diffusé en Suisse, dont le libraire concerné, situé en périphérie, aurait à cœur de donner suite à la commande d'un client particulier. Dans ce cas, il pourrait commander le livre par Amazon pour obtenir une livraison (plus) rapide et le revendre ensuite au client. Mais cela ne peut être qu'une solution ponctuelle.<sup>324</sup> Heidiffusion est considérée par Payot comme un diffuseur classique, si ce n'est que sa taille est tout à fait marginale, la société ne comptant qu'un seul employé, au demeurant ancien directeur commercial de Payot.<sup>325</sup>

270. Selon Payot un approvisionnement direct depuis l'étranger aurait des conséquences importantes sur le paysage de la distribution en Suisse.<sup>326</sup> Par hypothèse, si Payot et la FNAC, lesquelles génèrent environ 50 % du volume distribué, devaient « sortir » du système il serait à prévoir que la distribution telle qu'elle existe en l'état ne pourrait pas être viable. La distribution en Suisse romande sur un bassin d'un million et demi d'habitants reproduit en effet un système reposant en France sur 60 millions d'habitants. Dans ce sens, ce n'est pas la diffusion en ce qu'elle recouvre la présentation des œuvres aux détaillants qui pose problème, laquelle est par ailleurs en grande partie déjà payée depuis la France, mais la structure de diffusion incluant une distribution locale et fixant le niveau de prix.<sup>327</sup>

271. La FNAC et Payot, malgré leur poids respectif, n'ont pas non plus pu procéder à des importations parallèles durant la période visée par l'enquête pour des ouvrages diffusés-distribués en Suisse, si ce n'est, pour la première citée, dans des circonstances exceptionnelles. Dans le même genre de circonstance exceptionnelle (rupture de stock en Suisse),

---

<sup>318</sup> A 693a N 196

<sup>319</sup> A 913, L 366 ss.

<sup>320</sup> A 913, L 368-369.

<sup>321</sup> A 913, L 386.

<sup>322</sup> A 913, L 423 ss.

<sup>323</sup> A 913, L 431 ss.

<sup>324</sup> A 913, L 439.

<sup>325</sup> A 913, L 448 ss.

<sup>326</sup> A 913, L 462 ss.

<sup>327</sup> A 913, L 490-491.

Payot a d'ailleurs vu sa demande d'être approvisionnée directement depuis la France refusée et abordée lors d'une assemblée des diffuseurs.<sup>328</sup> Le choix de ces acteurs de passer à des approvisionnements directs est perçu comme un danger pour les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeur locaux, vu le poids de ces détaillants sur le territoire suisse. Malgré leur volonté et même la tentative de passage en force, postérieure à la période visée par l'enquête, de l'un d'eux, des approvisionnements directs n'ont toujours pas pu être opérés pour Payot et n'interviennent pas sans difficultés pour l'autre.

272. L'ouverture de comptes, si elle constitue une *conditio sine qua non* pour obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur en France, ne signifie encore pas que des importations parallèles par l'intermédiaire de ce « compte » seraient possibles. Les relations entre Hachette France et Payot ou même la FNAC – hors période d'enquête pour cette dernière cependant – ont illustré que l'ouverture d'un compte, même si elle était formellement opérée, ne signifiait pas encore que des importations parallèles pouvaient être effectuées. Au demeurant, l'ouverture de comptes n'est pas une formalité, comme l'indique la réponse récente d'Interforum à Distrilivres. On peut s'étonner que ce courrier lie la présente procédure et son caractère pendant à la requête de Distrilivres.

273. Les difficultés éprouvées par la FNAC Suisse depuis qu'elle a tenté de « passer au forcing » ses approvisionnements en direct ne laissent pas non plus conclure à ce que des importations parallèles auraient été possibles durant la période visée par l'enquête. Malgré les atouts non négligeables dont elle dispose de par son poids commercial au niveau retail en France, mais aussi de par son infrastructure, elle doit compter avec des désavantages, au demeurant non contestés par les diffuseurs-distributeurs, sur le marché suisse, des mesures de rétorsions, selon elle. La démarche de la FNAC de mettre en œuvre des approvisionnements directs depuis 2012 ne saurait prouver que des importations parallèles auraient été possibles durant la période visée par l'enquête.

274. **Autres détaillants ayant tenté des importations parallèles** – En sus de Distrilivres, de la FNAC et de Payot, il y a lieu de tenir compte des indications d'autres détaillants à la question d'un approvisionnement alternatif.

275. Le détaillant La Librerit a indiqué, en 2009 puis en 2011 :

*« Il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France. »<sup>329</sup>*

*« [L]es diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse. »<sup>330</sup>*

276. Le détaillant Comics Shop Keller a indiqué en 2009 :<sup>331</sup>

*« AUCUNE solutions autre que de travailler avec les diffuseurs suisses : exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non-rentable. »*

*Ceci est malheureusement inévitable, car m'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution, est quasi-impossible, très, très difficile, et de toute façon, encore bien plus cher que le prix des tabelles.*

---

<sup>328</sup> Cf. B.4.1.3.4, 84 ss.

<sup>329</sup> A 143, Q. 4.

<sup>330</sup> A 433, 6.

<sup>331</sup> A 140, Q. 4.

*Une anecdote : mécontents des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible : je DEVAIS commander les livres chez le diffuseur suisse.*

*Une autre anecdote : j'ai essayé une autre fois une commande en France : on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livres, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre : j'ai donc annulé cet essai. »*

277. Le détaillant Ex Nihilo a indiqué en 2009 :<sup>332</sup>

*« Certains éditeurs francophones ne possèdent pas de diffuseurs en Suisse. Dans ce cas, nous leur commandons directement des livres ou auprès d'un diffuseur étranger s'ils en possèdent un. Normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français (Gallimard [diffusion-distribution par E5F-OLF en Suisse], Seuil [diffusion-distribution par Servidis en Suisse], Hachette [diffusion-distribution par Diffulivre en Suisse] etc.), nous sommes obligés de passer par le diffuseur en Suisse. »*

En 2011, la réponse selon laquelle aucune difficulté n'a été rencontrée pour importer des livres faisait référence aux commandes faites par internet sur Amazon.<sup>333</sup>

278. Le détaillant Bauer Renens a indiqué en 2009 :<sup>334</sup>

*« En principe non, car un éditeur français, qui a son diffuseur en Suisse, nous renvoie à lui en cas de demande directe. Si un éditeur n'a pas de diffusion suisse, une commande directe est possible, mais c'est un procédé long et coûteux (...) »*

279. Le détaillant Forum Stanislas Joly a indiqué en 2009 :<sup>335</sup>

*« Là je peux mieux répondre : en fait il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat ; toute tentative de « doubler » la distribution est vouée à l'échec et nous sommes renvoyés au représentant local : cela a ses avantages et ses inconvénients, la commande à l'étranger posant le problème grandissant depuis quelques années du coût du transport [exemple]. Nous ne pouvons donc nous adresser directement à l'éditeur étranger (ou à son distributeur local) que s'il n'est pas distribué en Suisse. »*

280. **Détaillants considérant qu'il n'y a pas d'alternative** – De nombreux détaillants ont considéré qu'il n'y avait pas d'alternatives au diffuseurs-distributeurs suisses pour obtenir les livres diffusés-distribués en Suisse. Cet état de fait, exposé ci-après, ressort de plusieurs réponses données à la question formulée de la manière suivante : « [e]xiste-il d'autres solutions pour vous approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs [en Suisse] (...) ? ».<sup>336</sup>

281. Plusieurs situations doivent être distinguées :

---

<sup>332</sup> A 136, Q. 4

<sup>333</sup> A 406, 6.

<sup>334</sup> A 180, Q. 4

<sup>335</sup> A 212, Q. 4

<sup>336</sup> Question 4 du questionnaire envoyé aux libraires du 9 décembre 2008.

- Plusieurs détaillants ont indiqué que c'était le régime d'exclusivité qui était la cause de l'absence d'alternative.<sup>337</sup> Pour ces détaillants, les diffuseurs-distributeurs suisses sont perçus comme des partenaires imposés en raison des systèmes de distribution exclusifs. Le détaillant Histoire d'être doit en particulier être introduit dans cette catégorie, malgré l'indication contraire faite en 2011.<sup>338</sup> En effet, en 2009, ce détaillant avait indiqué : « *Les éditeurs dont je vends les livres exigent de passer par leurs diffuseurs suisses.*<sup>339</sup> » En 2011, le questionnaire du Secrétariat proposait des cases à cocher. En 2009, la réponse de l'Histoire d'être est rédigée sur un document à part, dans lequel le détaillant a précisé qu'il ne commandait que de petites quantités.<sup>340</sup> L'indication de 2009 ne laisse place à aucun doute ; en revanche l'indication de 2011 repose sur trois cases cochées semble-t-il assez rapidement, à la main, ce qui distingue également les deux réponses de ce détaillant. L'impression de précision se dégageant du document dactylographié de 2009 emporte la conviction que c'est bien cette réponse qui correspond à la réalité à laquelle est confrontée ce détaillant. Or, dans sa réponse, il a indiqué expressément que les éditeurs *exigent* de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses.
- Plusieurs détaillants ont indiqué que seuls les livres non diffusés-distribués en Suisse pouvaient faire l'objet d'importations.<sup>341</sup> Ces importations ne constituent pas des importations parallèles. En effet, il n'y a pas de diffusion-distribution particulière pour la Suisse dans ces situations. Partant, ces importations ne peuvent pas être considérées comme des importations parallèles. Par contre, cette précision permet de déduire que selon eux, des importations parallèles pour les livres diffusés-distribués en Suisse ne sont pas possibles.
- Plusieurs détaillants ont indiqué que des importations n'étaient pas possibles, sans ajouter de commentaire particulier.<sup>342</sup> Ces détaillants ont simplement exprimé qu'il n'y a pas d'alternatives d'approvisionnement. Parmi ces détaillants, les indications de la librairie Notre Dame de Fatima seront examinées plus bas.
- Plusieurs détaillants ont indiqué que des importations n'étaient pas possibles, car ce serait soit trop compliqué, soit trop lent, soit trop coûteux.<sup>343</sup> Parmi ces détaillants, les indications de la librairie Lîlâ seront examinées plus bas.

282. Diffulivre a considéré la question des effets dans sa prise de position. Selon elle, les librairies Librophoros, Passiflore Pierre Genier et Crobar se seraient également plaintes d'avoir essuyé un refus de la part d'entités actives sur le marché français.<sup>344</sup> Elle a cepen-

<sup>337</sup> A 123, 2 ; A132, 3 ; A 108, 4 ; A 144, 4 ; A 139, 2 ; A 193, 3 ; A 264, 4 ; A 155, 2 ; A 149, 4 ; A 255, 4.

<sup>338</sup> En 2011, le détaillant Histoire d'être a indiqué qu'il avait à plusieurs reprises, mais pas régulièrement, essayé d'obtenir un livre auprès d'un diffuseur-distributeur étranger et qu'il n'avait rencontré aucune difficulté, cf. A 349, 5-6.

<sup>339</sup> A 108, Q. 4

<sup>340</sup> A 108, 1.

<sup>341</sup> A 127, 3 ; A 252, 4 ; A 194, 6 ; A 262, 3 ; A 131, 4 ; A 114, 2 ; A 251, 4 ; A 106, 4 ; A 137, 2 ; A 250, 2 ; A 150, 4 ; A 240, 2 A 235, 5 ; A 263, 4.

<sup>342</sup> A 161, 2 ; A 90, 4 ; A 211, 2 ; A 130, 4 ; A 243, 2 ; A 133, 4-5 ; A 232, 5 ; A 266, 3 ; A 99, 2 ; A 223, 2 ; A 120, 2.

<sup>343</sup> A 148, 4 ; A 225, 2 A 261, 5 A 233, 2 ; A 242, 2 ; A 196, 2 ; A 185, 2 ; A 247, 4 ; A 220, 2 ; A 142, 4 ; A 197, 2.

<sup>344</sup> A 693a, 83, N 249 et 230.

dant fortement relativisé le caractère probant des allégations tenues par ces quatre détaillants, car ces derniers n'auraient pas apporté de preuves.<sup>345</sup>

283. Plus avant, Diffulivre a relevé, que les librairies Camoes, Librerit, Sapientia les Yeux Fertiles ainsi que la Migros auraient renoncé à leurs démarches d'importations parallèles pour des motifs certes liés à l'exclusivité confiée au distributeur local, mais de manière *spontanée*.<sup>346</sup> Il peut être renvoyé aux indications faites plus haut en ce qui concerne le détaillant La Librerit ; les autres sont examinés ci-après.

284. La librairie Sapientia Les Yeux Fertiles a distingué deux situations concernant l'obtention de livres à l'étranger.<sup>347</sup> D'abord, elle a relevé qu'elle ne rencontrait aucune difficulté pour obtenir des livres à l'étranger lorsqu'elle s'adressait à des éditeurs ou des diffuseurs de livres anglo-saxons, « *qui sont moins exclusifs que leurs collègues français.* » L'absence de difficulté pour obtenir des livres « anglo-saxons » n'est pas pertinente pour la présente enquête. On en retient tout au plus que selon cette librairie, le système d'exclusivité mis en place pour les livres écrits en français est plus étanche que celui des livres écrits en anglais et constitue la cause des échecs rencontrés. Ensuite, elle a indiqué avoir renoncé à des importations parallèles, car « *en tant que libraire suisse, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat.*<sup>348</sup> » En 2008, cette même librairie avait indiqué, concernant l'approvisionnement direct depuis l'étranger : « *en théorie, oui ; en pratique, non car c'est trop coûteux, trop long, trop compliqué et on ne peut pas exercer notre droit de retour.*<sup>349</sup> » On ne saurait voir une renonciation spontanée à des importations parallèles de la part de ce détaillant comme l'a prétendu Diffulivre.

285. La librairie Camoes a indiqué avoir essayé à plusieurs reprises d'obtenir des livres par l'intermédiaire de diffuseurs-distributeurs étrangers, mais y avoir renoncé au vu des difficultés qui se présentaient. 95 % des livres qu'elle vend sont des livres en portugais, 5 % des livres en français.<sup>350</sup> Elle a précisé expressément « droit d'exclusivité par le distributeur/diffuseur ». Cette indication finale ne saurait soutenir l'interprétation proposée par Diffulivre, selon laquelle la renonciation serait intervenue de manière spontanée.

286. La Migros a indiqué qu'elle a essayé à plusieurs reprises d'obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur étranger, mais qu'elle a renoncé au vu des difficultés, précisant « *pas de livraison car distribution en Suisse* ».

287. [...].<sup>351</sup> La renonciation de la Migros ne saurait non plus être considérée comme une renonciation spontanée au sens prêté à cette terminologie par Diffulivre. [...] également corroborée par les affirmations de Jacques Lecomte (Distrilivres) durant son audition. Malgré les indications de la Migros, lesquelles ont été faites par la centrale suisse, il n'est pas à exclure, comme l'a précisé Jacques Lecomte (Distrilivres), [...]. Une telle constellation est très particulière au regard du [...], puisqu'il déconnecte le flux financier (facturation en Suisse) du flux physique (depuis la France, sans passer par OLF). Cette constellation constitue à n'en point douter une exception, non significative, dans le système de distribution [...],[...], Migros ayant revu drastiquement son implication dans la branche du livre depuis le début 2012. Il y a lieu d'admettre que la relation avec la Migros, éventuellement ses seules succursales de

---

<sup>345</sup> A 693a, 83, N 250.

<sup>346</sup> A 693a, 83, N 249, et n. 231.

<sup>347</sup> A 473, 6.

<sup>348</sup> A 473, 6.

<sup>349</sup> A 142, 3.

<sup>350</sup> A 275, 1.

<sup>351</sup> A 672, 42, N 160.

Genève, mais la question peut rester ouverte, n'a pas été soumise durant toute la période visée par l'enquête au système de distribution [...] reposant sur un régime d'exclusivité.

288. Le propos de Diffulivre concernant les quatre exemples qui précèdent ne résiste pas aux faits. Tous ces détaillants – Camoes, Librerit, Sapientia les Yeux Fertiles et la Migros – ont indiqué avoir essayé de s'approvisionner à l'étranger à plusieurs reprises et avoir essuyé des échecs dont la cause était la distribution exclusive en Suisse, deux d'entre elles précisant avoir été renvoyées vers les entreprises actives en Suisse. Ces exemples sont complétés par les nombreux autres détaillants ayant indiqué qu'il n'y avait pas d'alternatives aux diffuseurs-distributeurs suisses pour les ouvrages disposant d'une diffusion-distribution en Suisse.

289. Ainsi, malgré la volonté de procéder à des importations parallèles, aucun des détaillants examinés plus haut n'a été en mesure d'y procéder. Il n'y a au surplus aucune raison de mettre en doute le caractère probant des affirmations des détaillants dont Diffulivre a contesté les échecs en matière d'importations parallèles. La seule « exception » est constituée par Distrilivres, laquelle est parvenue à contourner les diffuseurs-distributeurs traditionnels grâce au système Ecolibri, ce qui signifie que les importations parallèles opérées par Distrilivres ont été opérées de manière cachée, des importations parallèles ouvertes n'étant pas possibles.

#### **« Les importations parallèles seraient possibles »**

290. Plusieurs détaillants ont prétendu que des importations parallèles auraient été possibles. Parmi eux, plusieurs n'ont cependant pas essayé d'y procéder. Françoise Berclaz, Présidente de la librairie indépendante au sein de l'ASDEL a notamment défendu cette opinion en audition.

291. **La Liseuse** – La Librairie La Liseuse est située à Sion et gérée par Françoise Berclaz, Présidente des libraires au sein de l'ASDEL.<sup>352</sup> Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ [...] en 2010.<sup>353</sup> Selon Françoise Berclaz, les libraires indépendants représentent entre [...] du marché.<sup>354</sup> La Liseuse s'approvisionne exclusivement en Suisse.<sup>355</sup> Selon Françoise Berclaz, elle pourrait tout à fait ouvrir un compte en France, comme toute autre librairie indépendante.<sup>356</sup> Cela serait peut-être un peu plus compliqué, certes.<sup>357</sup> Mais elle n'a pas envie de faire ces démarches. Elle considère, sur la base des renseignements qu'elle a obtenus, que ce serait plus cher et moins bien pour les libraires indépendants.<sup>358</sup> Amenée à préciser les raisons pour lesquelles La Liseuse ne rencontrerait pas de difficultés à ouvrir de comptes en France, Françoise Berclaz a indiqué : « *Donc déjà, cette pratique [exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a de gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement c'est une pratique française et je vois mal...nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient...enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion.*<sup>359</sup> » Elle a ajouté « *j'ai vu justement en parlant avec [...] [Gallimard] et*

---

<sup>352</sup> A 887, L 7.

<sup>353</sup> A 442, 1.

<sup>354</sup> A 887, L 26.

<sup>355</sup> A 887, L 117-118.

<sup>356</sup> A 257, 1.

<sup>357</sup> A 887, L 120 à 122.

<sup>358</sup> A 887, L 155-156.

<sup>359</sup> A 887, L 336 ss.

avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes [référence est faite à la démarche de Pascal Vandenberghe], on pourrait le faire aussi. (...) nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être très performants.<sup>360</sup> »

292. Trois autres détaillants, tous libraires indépendants ont également considéré que des alternatives aux diffuseurs-distributeurs existent.<sup>361</sup> Mais ils ont également expressément indiqué n'avoir jamais tenté d'importations parallèles.<sup>362</sup>

293. Ainsi, tous les détaillants qui ont déclaré que des importations parallèles seraient possibles sont des librairies indépendantes n'ayant nullement tenté de tels approvisionnements. Ces entités, probablement satisfaites des prestations qu'elles obtenaient en Suisse, n'ont aucunement expérimenté d'importer parallèlement des livres pendant la période visée par l'enquête. Ainsi, elles ne basent leurs déclarations sur leur propre expérience. De surcroît, elles admettent dépendre des diffuseurs-distributeurs et on peut légitimement penser qu'elles ne veulent pas leur nuire. Certaines affirmations mettent en exergue la fragilité des déclarations, notamment lorsque Françoise Berclaz (La Liseuse) a exposé que certains détaillants étaient « *revenus bredouilles* » de leur tentative et que des comptes seraient ouverts pour les libraires indépendants s'ils l'étaient pour Payot<sup>363</sup>, ce qui n'est pas le cas comme l'a indiqué Payot à de nombreuses reprises.<sup>364</sup> Cette dernière affirmation met le doigt sur une préoccupation légitime des libraires indépendants, à savoir celle de s'enquérir de leur sort si le plus gros détaillant – Payot – sur le marché devait être en mesure de s'approvisionner en France. Sur la base de ces éléments, le fait que les systèmes de distribution reposant sur le régime d'exclusivité eussent permis des importations parallèles n'emporte aucunement la conviction qu'il correspond à la réalité du marché. Les déclarations de ces détaillants ne sont pas aptes à démontrer que des importations potentielles auraient pu être opérées pendant la période visée par l'enquête.

294. Selon Diffulivre, plusieurs détaillants ont prétendu avoir fait usage de sources d'approvisionnement alternatives durant toute la période visée par l'enquête.<sup>365</sup> Ce sont les exemples des librairies Melisa, Albert Le Grand (librairie), Histoire d'Être, Notre Dame de Fatima, Marine Pro, Ex Nihilo, Nautique Le Cabestan, FNAC Suisse, Lîlâ, Raspoutine, Saint-Augustin SA ainsi que France Loisirs Suisse.<sup>366</sup> Servidis/Transat ont également relevé que la librairie Sapientia les Yeux Fertiles avait procédé à des importations parallèles.

295. La plupart des exemples avancés par Diffulivre et Servidis/Transat ne peut pas être considérée comme des détaillants ayant prétendu avoir importé parallèlement. Les indications des détaillants Melisa, Albert Le Grand (librairie), Histoire d'Être, Ex Nihilo, Sapientia les Yeux Fertiles et en particulier de la FNAC ont déjà été traitées et appréciées plus haut. Il peut y être renvoyé.<sup>367</sup>

296. Les détaillants cités restants ont fait part des indications suivantes, indications auxquelles Diffulivre s'est référée pour justifier son propos, qu'il convient d'apprécier.

— La librairie Raspoutine a indiqué qu'elle avait essayé régulièrement d'obtenir des livres auprès d'un autre partenaire commercial que les diffuseurs-distributeurs en

---

<sup>360</sup> A 887, L 346 ss.

<sup>361</sup> A 229, 4 (Au Chien Bleu) ; A 274 (Melisa), 3 ; A 451 (Alber le Grand [libraire]), 3.

<sup>362</sup> A 401, 5 (Au Chien Bleu) ; A 274 (Melisa), 3 ; A 451 (Alber le Grand [libraire]), 3

<sup>363</sup> A 909, L 347.

<sup>364</sup> Cf. N 261 ss.

<sup>365</sup> A 693a, 75, N 211.

<sup>366</sup> A 693a, 75, N 213 ss et A 693a, 83, N 249, et N 232.

<sup>367</sup> Cf. N 252 ss ; 277 ; 281 ; 284 et 292.

Suisse, en prenant soin de préciser « car on ne trouve pas tout en Suisse.<sup>368</sup> » Les importations effectuées par la librairie Raspoutine n'entrent pas dans la catégorie des importations parallèles. En effet, la remarque « car on ne trouve pas tout en Suisse » indique que l'activité d'importation qu'elle a déployée concerne essentiellement des titres non diffusés-distribués en Suisse.

- La librairie Lîlâ, dont le chiffre d'affaires en 2010 s'est établi à [...], a indiqué qu'elle n'avait rencontré aucune difficulté lorsqu'elle s'est adressée à un éditeur, ce qu'elle a fait à une seule reprise.<sup>369</sup> En 2009 cependant, elle avait rapporté l'expérience suivante concernant les alternatives d'approvisionnement : « Les coûts seraient trop élevés à cause des frais de port. Les retours dû aux erreurs et livres abîmés seraient problématiques. Les frais bancaires de règlement sont importants eux aussi. » Selon les déclarations de 2009, il semble plutôt que la librairie Lîlâ n'a pas essayé d'importer directement, à cause de plusieurs difficultés et de certains coûts, mais qu'elle considère que cela serait possible de se procurer des livres à l'étranger. Ainsi, l'unique importation effectuée par la Librairie Lîlâ, si tant est qu'elle ait correspondu à l'importation d'un livre diffusé-distribué en Suisse, ce qui n'est pas certain, n'est dans tous les cas pas significatif et correspond à un acte singulièrement isolé.
- France Loisirs Suisse a indiqué qu'elle s'était approvisionnée en France sans rencontrer de difficultés. France Loisirs Suisse ne peut pas être considérée comme un détaillant étant donné son modèle d'affaire (club de vente par correspondance), raison pour laquelle elle a été exclue du marché relevant, exclusion au demeurant contestée par aucun des diffuseurs-distributeurs.<sup>370</sup> Cette société fonctionne par correspondance, si bien que son approvisionnement a lieu en France. En indiquant qu'elle n'était pas passée par les diffuseurs-distributeurs suisses, elle ne fait pas état d'importations parallèles, mais bien d'un approvisionnement local en France. Il n'y a pas lieu d'admettre des importations parallèles la concernant.
- La librairie Saint-Augustin a indiqué avoir obtenu des livres à plusieurs reprises sans difficulté par des diffuseurs-distributeurs, par des éditeurs directement ou par l'intermédiaire d'autres libraires.<sup>371</sup> Elle a remarqué expressément qu'il fallait comprendre la démarche comme un service à la clientèle lorsqu'un ouvrage est indisponible, « c'est des exceptions » a-t-elle précisé.<sup>372</sup> Les importations effectuées par la Librairie Saint-Augustin correspondent à des actes isolés, de caractère exceptionnel. La librairie Saint-Augustin a affirmé expressément le caractère exceptionnel précisant que cela s'était produit dans la situation suivante : lorsqu'un livre était indisponible chez les diffuseurs [suisses] et indiqué comme « disponible » en France chez l'éditeur. On peut légitimement douter du fait que ce détaillant ait contourné le système de distribution dans ces situations, puisque ces importations n'ont justement eu lieu que lorsque ledit système n'était pas en mesure de distribuer le livre au moment requis. En considérant cet ordre de décision, le détaillant indique justement qu'il s'approvisionne en principe par le canal suisse et les importations sont admises au cas par cas, lorsqu'une situation exceptionnelle intervient.
- La librairie Marine Pro n'a pas rencontré de difficultés pour obtenir des livres à l'étranger. Elle a précisé que son activité de vente de livres est accessoire, le chiffre d'affaires correspondant s'élevant à environ [...] en 2010, et qu'elle ne vend que de la

---

<sup>368</sup> A 432, 5.

<sup>369</sup> A 427, 6.

<sup>370</sup> Cf. N 516.

<sup>371</sup> A 440, 6.

<sup>372</sup> A 440, 6.

« littérature nautique technique spécialisée non disponible auprès des diffuseurs suisses ». <sup>373</sup> La librairie Nautique le Cabestan n'a rencontré aucune difficulté pour se procurer, régulièrement, des livres en s'adressant aux éditeurs. <sup>374</sup> Elle a vendu 100 % de ses livres au prix public suisse. La page internet de Nautiservices indique que la librairie Nautique le Cabestan s'inscrit dans l'activité de Nautiservices, entité proposant essentiellement des formations nautiques sur lac, en mer ou à terre, et que les ouvrages proposés complètent et enrichissent les supports de cours de Nautiservices. <sup>375</sup> Les remarques formulées par la librairie Marine Pro éliminent tout doute sur le caractère parallèle ou non des importations. Ainsi, les importations opérées par Marine Pro et selon toute vraisemblance pour la librairie Nautique le Cabestan, toutes deux des librairies nautiques, très spécialisées, n'entrent pas dans la catégorie des importations parallèles.

- La librairie Notre Dame de Fatima, déclarant un chiffre d'affaires de [...] en 2010, a indiqué qu'elle avait pu obtenir un livre à l'étranger sans formuler de commentaire particulier. <sup>376</sup> Elle n'a tenté qu'à une seule reprise donc, avec succès. <sup>377</sup> Dans une indication de 2009, cette même librairie avait cependant indiqué qu'il n'y avait selon elle pas d'alternative aux diffuseurs-distributeurs suisses.

297. Les importations rapportées par les détaillants Raspoutine, Marine Pro et Nautique le Cabestan ne peuvent pas être considérées comme des importations parallèles de livres, car ces importations n'ont pas concerné des titres distribués selon l'un des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. On rappelle en effet, que dans l'appréciation de chaque cas, il est indispensable de distinguer les importations de livres diffusés-distribués en Suisse des importations de livres non diffusés-distribués en Suisse. Seules les premières sont en effet soumises à un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Les importations de livres non diffusés-distribués en Suisse ne peuvent ainsi pas être qualifiées d'importations « parallèles », puisque ces livres ne connaissent justement pas de diffusion-distribution primaire – ou officielle selon la terminologie utilisée par un détaillant. <sup>378</sup> Pour ces livres, Payot a indiqué qu'elle pouvait coopérer avec l'entité Decitre en France. <sup>379</sup> La FNAC a également déclaré durant l'enquête qu'elle pouvait obtenir en France des livres qui n'étaient pas distribués en Suisse. <sup>380</sup> La FNAC a indiqué début 2008 qu'un approvisionnement en France entrait en ligne de compte dans certaines situations particulières, c'est-à-dire, « *essentiellement pour des commandes-clients pour lesquelles (...) la référence n'est pas distribuée en Suisse* » et lorsque certaines références sont cumulativement en rupture prolongée chez les diffuseurs suisses et soumis à une forte demande, par exemple parce que la demande a été sous-estimée. <sup>381</sup> Ces situations représentent pour la FNAC en base annuelle entre [...] du chiffre d'affaires. <sup>382</sup>

298. Dans ces cas, il n'y a aucun régime d'exclusivité pour la Suisse, car il n'y a aucune diffusion-distribution propre au territoire national.

---

<sup>373</sup> A 390, 7 (divers).

<sup>374</sup> A 410, 6.

<sup>375</sup> Cf. [www.nautischool.ch](http://www.nautischool.ch) (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>376</sup> A 353, 6.

<sup>377</sup> A 353.

<sup>378</sup> A 194, Q. 4.

<sup>379</sup> A 913, L 348.

<sup>380</sup> A 53, 2.

<sup>381</sup> A 53, 2.

<sup>382</sup> A 53, 2.

299. Au regard des indications des détaillants, les seules importations parallèles qui ont été effectuées pendant la période visée par l'enquête sont les suivantes :

- une (unique) importation parallèle opérée par Lîlà à Rolle, en passant par un éditeur ;
- une (unique) importation parallèle opérée par Notre Dame de Fatima à Sion, en passant par un diffuseur-distributeur ;

300. Au vu de l'ensemble des expériences des détaillants, ces deux cas d'importations parallèles se révèlent tout à fait singuliers, tous les deux faisant en outre l'objet d'indications contradictoires entre les réponses données en 2009 et en 2011. Ces cas ne sont assurément pas significatifs si l'on considère une période allant de 2005 à 2011. Force est de constater que ces librairies n'y ont eu recours que de manière très rare, ce qui signifie qu'elles ont été approvisionnées de manière régulière par les structures de diffusion-distribution en Suisse.

### **Conclusions intermédiaires**

301. Il ressort de l'analyse des effets qui précède les conclusions suivantes.

302. Malgré la volonté de procéder à des importations parallèles, aucun détaillant n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent. La seule exception est constituée par Distrilivres, laquelle est parvenue à contourner les diffuseurs-distributeurs traditionnels grâce au système Ecolibri, ce qui signifie que les importations parallèles opérées par Distrilivres ont été opérées de manière cachée. Pour la FNAC et Payot, représentant environ 50 % du marché, ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de leur échec à importer parallèlement des livres pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Pour Distrilivres, ce sont également les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de la mise en place du système Ecolibri, aussi ingénieux que secret pour permettre des importations cachées.

303. De nombreux détaillants ont considéré que des importations parallèles n'étaient pas possibles. Plusieurs d'entre eux ont mentionné – parfois implicitement – que c'étaient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui rendaient de telles importations impossibles. Plusieurs d'entre eux ont indiqué qu'ils ne voyaient en outre pas d'avantages à procéder de la sorte.

304. Quatre détaillants, dont La Liseuse ont considéré que des importations parallèles auraient été possibles. Ces indications ne se basent sur aucune tentative concrète d'importation parallèle, mais sur les indications fournies par les diffuseurs-distributeurs. Parfois au surplus contradictoires, elles ne semblent pas correspondre à la réalité et ne sont pas aptes à démontrer que des importations auraient pu être opérées pendant la période visée par l'enquête.

305. Finalement, quelques détaillants ont prétendu avoir importé parallèlement. L'examen des propos de ces derniers indique que deux librairies auraient procédé, chacune, à une importation parallèle. Même en admettant malgré des indications contradictoires de ces deux acteurs du marché que tel a vraiment été le cas, il résulte, au vu de l'ensemble des circonstances, qu'il s'est agi, cas échéant, d'exceptions tout à fait singulières en comparaison du volume global du marché.

306. Ainsi, les systèmes de distribution fondés sur des régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs suisses ont dans les faits incontestablement visé les ventes passives.

#### B.4.1.3.2 Faculté de retourner les invendus (droit de retour)

307. De nombreux diffuseurs-distributeurs ont indiqué que le régime d'exclusivité était intimement lié au droit de retour, voire le corollaire indispensable du droit de retour.<sup>383</sup> Sans ce régime, le droit de retour aurait été ingérable durant la période visée par l'enquête.

308. L'argument de le caractère indispensable de l'exclusivité pour permettre la faculté de retourner les ouvrages met en relief une contradiction permettant de comprendre précisément la portée du régime d'exclusivité : il est en effet contradictoire pour les diffuseurs-distributeurs de prétendre d'une part que les détaillants ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait, c'est-à-dire directement en France chez les diffuseurs-distributeurs, chez un grossiste, chez un libraire français, etc. ou chez le diffuseur-distributeur traditionnel en Suisse et d'autre part de considérer simultanément que le régime d'exclusivité est indispensable pour permettre le droit de retour au diffuseur-distributeur suisse. De nombreux diffuseurs-distributeurs ont fait valoir tant la possibilité des approvisionnements directs que le caractère indispensable du régime d'exclusivité comme corollaire au droit de retour. Or, si l'on suit l'argumentation des diffuseurs-distributeurs, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence, pour éviter des comportements opportunistes – certains diffuseurs ont évoqué certaines mesures possibles permettant cela, comme des conventions sur les taux de retours, le marquage des ouvrages, etc. ; la distribution des livres en langue allemande constitue un autre exemple – ; soit le régime d'exclusivité exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque, puisque le diffuseur-distributeur peut partir de la certitude que les livres qui lui parviennent en retour ont d'abord été livrés par ses propres soins. Il n'y a alors aucun « retour croisé ». Dans un tel système, le droit de retour est garanti par un moyen qui supprime la concurrence, ce que Servidis/Transat ont constaté selon les termes suivants :

*« [Le] droit de retour qui est le système ayant cours dans toute la francophonie, ne peut fonctionner si des diffuseurs sont en concurrence ou si des comptes directs sont ouverts pour des revendeurs. »<sup>384</sup>*

309. Servidis/Transat ont en outre précisé :

*« Typiquement, ce système interdit aussi que les revendeurs s'approvisionnent à commande ferme auprès de grossistes ou autres libraires étrangers puis exercent le droit de retour sur le libraire suisse. »<sup>385</sup>*

310. En l'espèce, dans la branche du livre écrit en français, c'est la deuxième solution qui a été retenue et pratiquée par les diffuseurs-distributeurs pendant la période visée par l'enquête. Aucun diffuseur-distributeur n'a mis en place durant cette période d'autres instruments permettant de gérer des retours sans craindre des comportements opportunistes. Mieux, c'est important pour l'interprétation, de nombreux diffuseurs-distributeurs ont indiqué que c'était précisément le régime d'exclusivité qui était indispensable au droit de retour usuel, tel qu'il a été pratiqué pendant la période visée par l'enquête.

311. Ainsi, il est démontré que les diffuseurs-distributeurs ont fonctionné selon des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives. En considérant que le régime d'exclusivité est le corollaire direct et indispensable du droit de re-

---

<sup>383</sup> Cf. en particulier Servidis/Transat qui ont traité le sujet en profondeur, A 672, 20-21 ; Interforum, A 74, 5 et A 320 ; E5F, A 904 L 162 ss, 176 ss et 778 ss ; Flammarion, A 699 N 71 ss ; Glénat, A 907 L 166 ss ; OLF, A 515, 1 ; Diffulivre, A 693a, 12-13, N 15-16 ; Dargaud .

<sup>384</sup> A 855, 3.

<sup>385</sup> A 855, 3.

tour tel qu'il a été pratiqué au jour le jour durant la période d'enquête, les diffuseurs-distributeurs révèlent qu'ils ont fonctionné selon un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité étanche au niveau wholesale prohibant les ventes passives durant la période d'enquête, indispensable à leurs yeux pour garantir le droit de retour.

#### **B.4.1.3.3 Portée du système de diffusion-distribution**

312. La formulation de nombreuses clauses contenues dans les contrats de diffusion, dans les contrats de distribution et dans les contrats de diffusion-distribution fournissent des indices sur les régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse.

313. Ces indices sont exposés séparément pour chaque diffuseur-distributeur en tenant compte du volume des cinq groupes de distribution :

- Interforum, E5F, Flammarion, Glénat et OLF (distribution OLF, [...] du marché de référence en moyenne)
- Diffulivre (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)
- Servidis, Transat (distribution Servidis, [...] du marché de référence en moyenne)
- Dargaud (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)
- AIG (diffusion-distribution intégrée, [...] du marché de référence en moyenne)

#### **Interforum (distribution OLF)**

314. Le système de distribution d'Interforum a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur les clauses d'exclusivité suivantes, la liant à OLF :

315. Art. 3, contrat du 3 septembre 2008

*« INTERFORUM confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres*

*INTERFORUM s'engage à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. »<sup>386</sup>*

316. La clause ci-dessus a remplacé la clause qui suit :

317. Art. 3, contrat du 27 février 1996

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

*N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »<sup>387</sup>*

---

<sup>386</sup> A 513, 6.

318. Selon Interforum, les clauses en question seraient inaptes à cloisonner le marché. De plus elles n'auraient jamais été appliquées et n'auraient donc pas eu d'effets.<sup>388</sup>

319. Durant l'audition, Interforum a confirmé que les deux clauses qu'elle avait conclues avec OLF et couvrant la période d'enquête avaient un contenu « similaire ».<sup>389</sup> Selon Interforum, « [i]l est exact que tous les livres écrits en français diffusés en Suisse sont commercialisés au niveau de la diffusion selon un modèle d'exclusivité. Ce même système prévaut en Europe (France, Belgique etc.). Or cela ne signifie pas que les commandes ne pourraient être passées qu'auprès d'un diffuseur. Les libraires suisses disposent de possibilités alternatives pour commander leur[s] livres.<sup>390</sup> » En audition, Josée Cattin (Interforum) a indiqué : « [La clause] est effectivement dans le contrat qui lie Interforum à OLF. Ce qu'il faut savoir c'est que c'est un contrat-type d'OLF, puisque vous avez certainement remarqué que c'est à peu près la même chose qui est stipulée par Flammarion (...) » .

320. Le contenu des clauses des contrats d'Interforum avec OLF est très précis. Interforum doit faire ses meilleurs efforts et intervenir pour que des importations parallèles, directes ou indirectes via des grossistes ou assimilés ne puissent pas être faites pour le marché suisse. Le but de cette clause est également expressément exprimé : c'est l'intérêt pour Interforum de « protéger » le marché suisse, auquel il est ajouté en *nota bene* qu'OLF a aussi un tel intérêt.<sup>391</sup> De plus, les parties au contrat prévoient de s'informer réciproquement et de faire cesser de telles « pratiques », c'est-à-dire des importations parallèles.

321. Les clauses en question font partie du système de distribution d'Interforum et il ne fait aucun doute qu'elles ont visé tant les ventes actives que passives.

322. De plus, le système prévoit la recherche et l'échange de renseignements sur les importations parallèles, c'est-à-dire les « incidents » selon le texte-même de la clause. Un tel mécanisme présuppose que les parties au contrat partent de l'idée que des importations parallèles pourraient avoir lieu de manière cachée, nécessitant d'abord la recherche des entités concernées avant de mettre en œuvre les démarches nécessaires.

323. En cas de tentative ouverte – c'est-à-dire non cachée – d'importations parallèles, Interforum a indiqué elle-même durant la procédure qu'elle était en mesure de s'opposer à des approvisionnements depuis la France : « Pour info, la Fnac nous a menacé d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder.<sup>392</sup> » Cette possibilité de s'opposer existe toujours aujourd'hui dans les faits. Dans un courrier à Distrilivres du 14 décembre 2012, Interforum a répondu à la demande formelle d'ouverture d'un compte à Paris par Distrilivres datant du 20 novembre 2012 : « Nous examinons actuellement la faisabilité d'un approvisionnement direct depuis la France. En parallèle, une enquête est pendante devant la COMCO.<sup>393</sup> »

324. Les trois livraisons directes mises en avant dans la prise de position d'Interforum, au demeurant toutes de 2012 et d'une portée non significative, ne sauraient emporter la conviction que le système de distribution mis en place ne prévoit pas un cloisonnement du territoire suisse.

325. Ainsi, il y a lieu d'admettre que le système de distribution d'Interforum par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime

---

<sup>387</sup> A 516, 4.

<sup>388</sup> A 672, 32 ss, N 122 ss.

<sup>389</sup> A 908, L 424 s.

<sup>390</sup> A 692, 34.

<sup>391</sup> Cf. la clause citée au B.4.1.3.3, N 317 in fine.

<sup>392</sup> A 27, 1.

<sup>393</sup> A 838, 15.

d'exclusivité excluant les ventes passives, y compris cachées, durant la période visée par l'enquête.

### **E5F (distribution OLF)**

326. Le système de distribution d'E5F a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur les clauses d'exclusivité suivantes, la liant à OLF :

327. Art I, contrats des 1<sup>er</sup>/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

*« [E5F] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse des produits définis à l'article 11, selon les modalités définies ci-après*

*Il est précisé que le présent contrat ne constitue pas une agence au sens de la législation suisse, OLF devant fournir à [E5F] certains services en matière de distribution, notamment logistique de distribution, facturation, ainsi que ci-après précisé.<sup>394</sup> »*

328. Art. III, contrats des 1<sup>er</sup>/20 décembre 2005 et des 18/19 décembre 2008

*« Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 11, OLF sert en exclusivité l'intégralité de la clientèle suisse de [E5F].*

*[E5F] s'engage à ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses sans l'accord préalable de l'OLF.*

*Toutefois, [E5F] se réserve la possibilité d'annuler unilatéralement cette clause de distribution exclusive dont bénéficie OLF au cas où interviendrait, indépendamment de la volonté des parties, des événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. Cette annulation de l'exclusivité deviendra effective six mois après sa dénonciation par [E5F], les clients suisses pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France.*

*329. Dans cette hypothèse, il est entendu que la distribution effectuée à partir du territoire suisse continuera d'être confiée par [E5F] exclusivement à OLF, dans le cadre du présent contrat dont les termes devront alors être révisés dans les meilleurs délais, ainsi que les parties en conviennent. Dans ce cas, l'OLF se réserve la possibilité d'effectuer ses prestations en qualité de grossiste.<sup>395</sup> »*

330. E5F a d'abord contesté que le contrat de distribution qu'elle avait conclu avec OLF avait pour objet de cloisonner le territoire suisse. Les clauses contenues dans ce contrat ne concèderaient qu'une exclusivité simple et non absolue. Il aurait toujours été possible de s'approvisionner auprès de grossistes ou d'autres distributeurs en France.<sup>396</sup> Ensuite, selon E5F, OLF n'aurait aucune obligation de s'approvisionner exclusivement auprès d'E5F et cette dernière aurait la possibilité de nommer un second distributeur disposant de la faculté d'annuler unilatéralement la clause d'exclusivité.<sup>397</sup> Selon la terminologie utilisée par E5F dans sa prise de position, une exclusivité absolue se distingue d'une exclusivité simple en ce qu'elle prévoit l'obligation réciproque d'exclusivité. In casu, une exclusivité absolue signifierait donc qu'OLF serait tenue de s'approvisionner exclusivement chez E5F, ce qui n'est pas le cas. Dans tous les cas, OLF ne serait nullement empêchée de donner suite à des demandes d'approvisionnement sur la base du contrat selon E5F.<sup>398</sup>

---

<sup>394</sup> A 536, 26 et 35.

<sup>395</sup> A 536, 27 et 36.

<sup>396</sup> A 736, N 80.

<sup>397</sup> A 698 N 77.

<sup>398</sup> A 698 N 80.

331. Selon le partenaire de distribution de E5F, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.<sup>399</sup> L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

332. L'art. 3 des contrats conclus avec OLF – ses deux derniers paragraphes en particulier – prévoient un mécanisme particulier concernant un changement de mode de collaboration entre OLF et E5F. Il y est question « [d]'événements susceptibles d'affecter l'importation des livres en Suisse. » Bien qu'il ait signé lesdits contrats, [...] (E5F) n'a pas été en mesure d'éclairer les événements considérés par la clause. Durant son audition, il a indiqué qu'il ne se souvenait pas, à plusieurs reprises, avant de compléter par « [m]oi je voyais ça comme une disposition générale vu la fragilité du marché d'une manière générale. (...) une dizaine de librairies ont disparu et il fallait qu'on puisse se réserver la possibilité de sortir de ce cadre.<sup>400</sup> » Le mécanisme prévu par les deux derniers paragraphes indique qu'en cas « [d']annulation de l'exclusivité », les clients suisses pourraient « alors être approvisionnés directement depuis la France » dans un délai de six mois. Dans une telle situation, il est expressément précisé qu'E5F continuerait à confier à OLF la distribution en exclusivité.

333. Le mécanisme prévu par les parties à partir de 2005 permet de saisir la portée du système de distribution pendant la période visée par l'enquête très précisément. D'abord, il indique que durant la période visée par l'enquête, les ventes passives ont été visées par le système de distribution d'E5F. L'ajout de la subordonnée « *pouvant alors être approvisionnés directement depuis la France* » élimine tout doute à ce sujet, car elle indique que c'est seulement par un changement du système que de tels approvisionnements *pourraient alors* être effectués pour les détaillants suisses.<sup>401</sup> *A contrario*, cela signifie que pendant la période visée par l'enquête, des importations par des détaillants suisses n'étaient pas possibles. Ensuite, E5F et OLF ont convenu que le système de distribution qui serait mis en place en cas de changement resterait un système basé sur une exclusivité. Une lecture attentive permet de déceler que c'est l'objet de l'exclusivité qui serait alors légèrement modifié. Dans le nouveau système, c'est « la distribution *depuis la Suisse* » qui est confiée en exclusivité à OLF, alors qu'avant le changement, il s'agit d'une exclusivité *pour* la Suisse.<sup>402</sup> Cette nuance ne fait sens que dans la mesure où les parties à l'accord partagent l'idée que par la suite d'un changement de système de distribution, des approvisionnements directs seraient rendus possibles. La portée de cette clause est ainsi pour les parties de s'assurer que leur collaboration perdure, même si la perspective d'approvisionnements directs devait s'ouvrir. En d'autres mots, l'exclusivité de la distribution *pour* la Suisse, c'est-à-dire telle qu'elle a été vécue pendant la période visée par l'enquête, s'inscrit dans un système de distribution bannissant les ventes passives, alors que l'exclusivité de la distribution *depuis* la Suisse conçoit que d'autres canaux d'approvisionnement entrent en ligne de compte, mais exclut que les prestations logistiques (services de distribution) échoient à d'autres entités suisses en mesure de les assumer (on pense ici aux autres entreprises qui seraient capables de reprendre la prestation de distribution).

334. Deux indications de E5F pendant la procédure corroborent cette interprétation. Premièrement, à une question concernant les alternatives d'approvisionnement pour les détaillants

---

<sup>399</sup> Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

<sup>400</sup> A 904 L 384 ss.

<sup>401</sup> Mise en relief par la COMCO.

<sup>402</sup> Mise en relief par la COMCO.

suisses par rapport au canal des diffuseurs-distributeurs suisses, E5F a indiqué en 2008 que « [l]es libraires peuvent s'approvisionner en France, auprès de certains éditeurs. La diffusion de ces maisons d'édition en Suisse est souvent inexistante.<sup>403</sup> » Par cette affirmation, E5F a ainsi précisé qu'un approvisionnement en France n'était possible que pour les éditeurs qui n'étaient pas diffusés en Suisse. *A contrario* cela indique précisément que ce n'est pas le cas pour les éditeurs diffusés en Suisse. Ainsi, E5F a admis que des approvisionnements en France n'étaient pas possibles pour les éditeurs qu'elle diffuse en Suisse. Deuxièmement, elle a relevé les faits suivants : « La poursuite de l'activité des distributeurs suisses indispensables à la diffusion la plus large des livres de langue française dépend aussi de la fixation du prix. La fixation d'une tablette trop basse serait susceptible d'amener les éditeurs français à abandonner leurs distributeurs locaux au profit d'importations directes par les libraires ; les petits points de vente en pâtiraient, accélérant le phénomène de concentration des principales librairies.<sup>404</sup> » Dans ce passage, elle a mis en relation l'abandon des distributeurs locaux avec les importations directes, semblant vouloir indiquer que l'un excluait l'autre. Cette opinion a été développée dans le plaidoyer du mandataire d'E5F en audition.<sup>405</sup> E5F a donc émis l'opinion qu'il y avait deux systèmes possibles, l'un permettant les importations directes et l'autre non. Ce point de vue indique que des importations directes ont été exclues du système de distribution d'E5F pendant la période de référence.

335. Le fait qu'OLF ne serait pas obligée de s'approvisionner chez E5F – le deuxième argument d'E5F – n'est pas relevant concernant la condition des ventes passives.

336. Ainsi, le système de distribution d'E5F par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives.

#### **Flammarion (distribution OLF)**

337. Le système de distribution de Flammarion a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur la clause d'exclusivité suivante, la liant à OLF :

338. Art. 3 contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000

*« FLAMMARION confie à OLF, 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 FLAMMARION à OLF 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.*

*FLAMMARION s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés.*

*Par ailleurs, OLF confirme à FLAMMARION, en ayant le droit de le faire par une délégation de pouvoir donnée par la Société Payot Naville Distribution, Maison Mère de OLF que les Sociétés Payot S.A. (librairies) et Naville S.A., filiales de cette dernière,*

---

<sup>403</sup> A 79, 1 ; mise en relief par la COMCO.

<sup>404</sup> A 315, 3.

<sup>405</sup> A 904, L 160 ss.

*se sont engagées à faire le maximum d'efforts sur les plans de la promotion et de la vente des ouvrages édités (et/ou diffusés) par FLAMMARION.* »<sup>406</sup>

339. Selon Flammarion, la disposition en cause, à savoir celle qui précède, « relève de la pratique et des usages commerciaux de l'édition avec les librairies.<sup>407</sup> » Les contrats conclus par OLF avec E5F, Interforum et Glénat contiennent un régime d'exclusivité visant les ventes passives. Ce régime d'exclusivité est fondé sur une clause identique au niveau de l'attribution de l'exclusivité. Selon le partenaire de distribution de Flammarion, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.<sup>408</sup> L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

340. En considérant que cette clause fait partie des usages de la branche, Flammarion a confirmé que son système de distribution ne permettait pas les ventes passives. Sur le fond, cela confirme les propos de Josée Cattin (Interforum : « *[La clause] est effectivement dans le contrat qui lie Interforum à OLF. Ce qu'il faut savoir c'est que c'est un contrat-type d'OLF, puisque vous avez certainement remarqué que c'est à peu près la même chose qui est stipulée par Flammarion (...)* »). [...].<sup>409</sup>

341. Ensuite, en modifiant son système de distribution en 2012, elle a pris soin de préciser, en juillet 2012 :

« [...]»<sup>410</sup>

342. En audition, Delphine Basquin (Flammarion) a indiqué que le compte de la FNAC avait été ouvert à la fin août 2012, après une demande intervenue à la fin janvier 2012.<sup>411</sup> En raison des premières difficultés opérationnelles, Delphine Basquin (Flammarion) a indiqué en décembre 2012 « *[La FNAC] nous a donc demandé de conserver un compte à OLF, qu'on lui a laissé, voilà... aux conditions précédentes jusqu'à ce que tout ça se pose un peu (...)* ».<sup>412</sup> En audition, les négociations commerciales entre Payot et Flammarion concernant un approvisionnement direct depuis 2012 ont été abordées de manière approfondie. [...].<sup>413</sup> »

343. [...].<sup>414</sup> Partant, durant la période visée par l'enquête, les ventes passives ont été exclues par le système de distribution de Flammarion.

344. Finalement, Flammarion a invoqué que c'était la nécessité de gérer les retours qui commandait une telle clause. Sans une telle disposition, la faculté des retours ne serait pas garantie ce qui « serait de nature à générer une désorganisation structurelle et un risque financier non maîtrisé.<sup>415</sup> » Cependant, en exposant les lignes du nouveau système de distribution et des premières expériences avec la FNAC – de septembre à novembre 2012 –

---

<sup>406</sup> A 523, 7.

<sup>407</sup> A 699, 16, N 71.

<sup>408</sup> Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

<sup>409</sup> A 699, 8, N 32.

<sup>410</sup> A 699, annexe 6, 1.

<sup>411</sup> A 905, L 224.

<sup>412</sup> A 905, L 230-231.

<sup>413</sup> A 905, L 760-761.

<sup>414</sup> A 699, annexe 6, 1 Mise en relief par la COMCO.

<sup>415</sup> A 699, 17, N 73.

Flammarion a indiqué que la gestion de double flux en tenant compte des retours, bien que nouvelle, n'était pas un problème logistique insurmontable.<sup>416</sup> Comme il a été démontré plus haut, si le régime d'exclusivité s'inscrivait dans la garantie du droit de la retour, cela signifie que les ventes passives devaient être visées par le système de distribution.<sup>417</sup>

345. Ainsi, le système de distribution de Flammarion par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives. Dès 2012, Flammarion a œuvré à la mise en place d'un système abandonnant cette prémisse, notamment avec la FNAC depuis la fin du mois d'août 2012.

### **Glénat (distribution OLF)**

346. Le système de distribution de Glénat a reposé pendant la période visée par l'enquête en partie sur la clause d'exclusivité suivante, la liant à OLF :

347. Art. 3 contrat du 10 septembre 2004

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

*Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par GLENAT SUISSE à OLF 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.*

*GLENAT SUISSE et GLENAT FRANCE s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus. »<sup>418</sup>*

348. Selon Glénat, la clause ci-dessus n'est pas apte à limiter les ventes passives. Selon le partenaire de distribution de Glénat, le régime d'exclusivité prévu par la clause qui précède empêche des importations parallèles.<sup>419</sup> L'engagement de ne pas ouvrir de compte pour des détaillants suisses et les engagements des autres partenaires de distribution de E5F vis-à-vis du groupe (traçabilité) permettent de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettent de repérer toute entité, qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse, et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte.

349. En audition, lorsque il a été confronté avec le fait que les détaillants n'avaient pas été en mesure d'ouvrir un compte et plus généralement de s'approvisionner en France, Jacques Glénat (Glénat) a mentionné à répétition reprises qu'il n'avait pas le pouvoir d'ouvrir un compte, de par le fait que sa distribution passait par Hachette Livre en France, puis a ajouté qu'un compte a finalement apparemment été ouvert en ce qui concerne la FNAC.<sup>420</sup> Selon lui la clause-type d'OLF ne lui a pas coûté cher, car il ne pouvait pas ouvrir de comptes. Plus avant il a précisé qu'il pouvait comprendre qu'un distributeur voulait « se rassurer » en se protégeant contre des retours. Plus tard durant l'audition, il a remarqué cependant qu'OLF percevait les flux aller et les flux retour, « [p]lus il y a des retours et des invendus, plus le dis-

---

<sup>416</sup> A 905, L 283 ss.

<sup>417</sup> Cf. B.4.1.3.2.

<sup>418</sup> A 534, 15 s.

<sup>419</sup> Cf. B.4.1.3.1, N 235 ss.

<sup>420</sup> A 907, L 195 et 301

tributeur s'enrichit.<sup>421</sup> » Le système instauré par le contrat avec OLF prévoit effectivement que les flux sont la base de calcul de la rémunération d'OLF pour ses services de distribution, comme c'est également le cas pour les autres contrats de distribution auxquels OLF est partie.

350. Les propos de Jacques Glénat ne peuvent être suivis. Le fait que la distribution du catalogue Glénat a également été sous-traitée en France, à Hachette Livre, n'est d'aucune pertinence. Or, trois éléments sont déterminants. Premièrement, comme Glénat l'a également relevé dans sa prise de position, la clause provient d'un contrat-type d'OLF.<sup>422</sup> L'interprétation de ce « contrat-type » – dont le régime d'exclusivité est l'élément central et caractéristique dans la branche en cause, dont le fonctionnement et les intérêts communs des partenaires au respect de cette clause ont été mis en valeur par Interforum et E5F et qui s'inscrit dans les usages de la profession selon Flammarion – est que les ventes passives sont également visées par le système de distribution. Jacques Glénat a indiqué pendant l'audition qu'il connaissait un peu le métier, ayant fondé la société il y a 40 ans.<sup>423</sup> On ne saurait en douter. La portée de la « clause-type » ne peut pas avoir été ignorée par Glénat.

351. Deuxièmement, la structure particulière de distribution en France est différente de celle des autres groupes en relation avec OLF – Interforum, E5F et Flammarion – mais cela ne joue aucun rôle. Glénat, tant Glénat Suisse que Glénat France sont toutes deux parties au contrat avec OLF. Cependant, l'éditeur reste en charge de sa politique commerciale tant en France où la loi le prévoit expressément, qu'en Suisse où Glénat, comme les autres diffuseurs actifs sur le territoire national, intervient sur le taux de change majoré pour fixer un prix de référence.

352. Finalement, le fait que Glénat et Hachette Livre ont supprimé en 1993 une clause interdisant les ventes passives ne saurait emporter la conviction qu'une telle interdiction n'a pas été vécue, malgré la suppression de la clause par la suite. Bien plus, il y a lieu de remarquer que la clause-type convenue avec OLF permet d'obtenir les mêmes effets qu'une interdiction expresse des ventes passives avec le distributeur en France. En effet, dans la mesure où grâce à la relation contractuelle qu'elle a convenue avec OLF, Glénat dispose de toute l'information nécessaire pour gérer le cloisonnement du territoire sans le concours d'Hachette Livre. La clause d'interdiction des ventes passives dont la caducité est invoquée par Glénat prévoit uniquement l'engagement d'Hachette Livre d'en « informer dans les meilleurs délais [Glénat].<sup>424</sup> » Il s'agit d'une preuve supplémentaire que le retour d'information est suffisant pour exclure les ventes passives.

353. Ainsi, il convient de constater que le système de distribution de Glénat par l'intermédiaire d'OLF a reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

### **OLF (distribution OLF et diffusion-distribution intégrée)**

354. En tant que distributeur (pur), OLF a fait partie durant la période visée par l'enquête des systèmes de distribution d'Interforum, d'E5F, de Flammarion et de Glénat. Les contrats de distribution qui précèdent ont déjà été exposés plus haut, individuellement pour Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. Ces contrats prévoyaient l'exclusion des ventes passives. Cette conclusion vaut également pour les deux autres relations dans lesquelles OLF intervient également en distribution pure, car ces contrats contiennent des clauses comparables et sont construits sur le même modèle concernant l'exclusivité

---

<sup>421</sup> A 907, L 240-241.

<sup>422</sup> A 695, 8, N 49.

<sup>423</sup> A 907, L 367 ss.

<sup>424</sup> A 695, annexe 4.

355. Les régimes d'exclusivité dans lesquels OLF est intervenue en tant que distributeur (uniquement) ont été analysés séparément pour chacun des quatre partenaires commerciaux que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat. De nombreux éléments ont permis de démontrer que ces systèmes de distribution reposaient sur un régime d'exclusivité excluant les ventes passives.

356. OLF, en tant que diffuseur-distributeur intégré a également fonctionné selon un régime d'exclusivité, lequel était prévu dans le contrat-type, en principe sans plus de précision.

357. Tous ces systèmes de distribution ont reposé sur un régime d'exclusivité pendant la période visée par l'enquête. La portée du régime d'exclusivité est notamment précisée par les éléments suivants.

358. Premièrement, selon les propos mêmes de Patrice Fehlmann (OLF), il y a lieu d'admettre que le régime d'exclusivité excluait les ventes passives :

« [...] »<sup>425</sup>

359. La notion de marché gris correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche.<sup>426</sup> Cette pratique consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de détaillants situés en France. Selon Payot, seul un volume marginal d'importations par ce biais est possible et, surtout il est dangereux, Pascal Vandenberghe (Payot) ayant renvoyé durant son audition à l'expérience de Distrilivres exposée plus haut.<sup>427</sup> De plus, cette méthode présuppose une action occulte, c'est-à-dire une pratique à l'insu des diffuseurs-distributeurs en France.

360. Selon les propos de Patrice Fehlmann (OLF) relatés ci-dessus<sup>428</sup>, *seuls* les livres qui ne sont pas diffusés en Suisse peuvent être importés, certes de manière « confidentielle ». Ces propos sont clairs et ne laissent pas de place à l'interprétation. *A contrario*, il est tout aussi clair que pour tous les livres diffusés-distribués en Suisse, il n'y a pas de place pour des importations parallèles selon Patrice Fehlmann (OLF), à l'exception des importations par le marché gris, c'est-à-dire grâce à un faux-nez.

361. Ainsi, OLF a considéré qu'aussitôt qu'une antenne commerciale en Suisse, c'est-à-dire une diffusion, existe, des approvisionnements par un autre canal que le diffuseur-distributeur en Suisse n'est plus possible, le caractère d'impossibilité étant relevé à deux reprises dans ce passage. Au-delà de la portée de cette considération pour les systèmes de distribution des diffuseurs qui ne sont pas en relation contractuelle directe avec OLF – concrètement Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG – qui est exposée plus haut, cette affirmation signifie que selon OLF, tant pour les systèmes de distribution auxquels sont parties les diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat que pour les systèmes de distribution dans lesquels OLF assume elle-même également l'activité de diffusion, le régime d'exclusivité saisit les ventes passives.

362. Deuxièmement, dans certains contrats de diffusion-distribution, une clause formulée de la manière suivante a pris place :

« [L'éditeur] confie au diffuseur la représentation de son fonds et des fonds qu'il diffuse en Suisse et à l'étranger sous la forme suivante :

---

<sup>425</sup> A 76, 2.

<sup>426</sup> A 129a, 3 ; A 912 L 698 ss.

<sup>427</sup> A 129a, 3 ; A 913 L 796 ss ; cf. B.4.1.3.1.

<sup>428</sup> Cf N 235.

- en Suisse : exclusivité en librairie et en grande surface.

- à l'étranger en open market à l'exclusion des territoires suivants : La France, La Belgique, La Grande-Bretagne, Les Etats-Unis et Le Canada, sur lesquels l'éditeur a conclu des accords d'exclusivité. »<sup>429</sup>

363. Il n'est pas inintéressant de constater que selon les parties à l'accord, deux systèmes, en soi possibles, semblent s'opposer : les accords d'exclusivité et « l'open market ».

364. Troisièmement, l'un des contrats auxquels est partie OLF stipule la clause suivante :

*« L'éditeur avisera, par lettre recommandée, les grossistes français les plus importants de la présente convention, pour éviter des livraisons en Suisse par une autre voie que le diffuseur. »<sup>430</sup>*

365. Cette clause met en lumière que l'éditeur est tout à fait à même de jouer un rôle actif pour que le système de distribution auquel est partie OLF élimine toute possibilité d'importations parallèles. Cette clause isolée est utile pour démontrer que le fonctionnement du régime d'exclusivité ne nécessite pas de mesures telles que des accords contractuels pour en garantir la portée.

366. Ainsi, OLF a fait partie intégrante pendant la durée de l'enquête du système de distribution de plusieurs diffuseurs et est intervenue comme diffuseur-distributeur intégré selon un système de distribution dont le caractère commun est que tous ces systèmes de distribution prévoient un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives.

#### **Diffulivre (diffusion-distribution intégrée)**

367. Diffulivre a convenu avec l'ensemble de ses partenaires commerciaux d'un régime d'exclusivité. La portée du régime d'exclusivité est décrite précisément par les clauses conclues par Diffulivre, dont notamment celle qui suit, convenue avec Hachette Livre :

##### *« ARTICLE 2 - ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE*

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

*L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant toute la durée de la présente convention et adressera à Diffulivre tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients résidents en Suisse. »<sup>431</sup>*

368. Le partenaire de distribution en amont de Diffulivre – Hachette Livre, éditeur ou autre – s'est engagé non seulement à « ne pas vendre », mais également à « ne pas laisser vendre » les ouvrages en cause sur le territoire attribué exclusivement et à réorienter les clients suisses vers Diffulivre. Les clauses convenues avec les éditeurs Tiers-Diffulivre contiennent tous cette précision concernant la vente et le fait de laisser vendre.<sup>432</sup>

369. La locution « laisser vendre » ne saisit pas uniquement l'opération de vendre, mais bien également celle de veiller à ce que des ventes par d'autres opérateurs en mesure de le faire – grossistes, libraires et autres – ne puissent pas intervenir. La formulation de la clause est très précise, puisqu'elle prend soin de distinguer entre les deux situations qui peuvent

---

<sup>429</sup> Cf. notamment A 535, 116.

<sup>430</sup> A 515, 72.

<sup>431</sup> A 527, 22.

<sup>432</sup> Cf. B.3.2.7.1.

mener à des importations parallèles de la part de clients visés par l'exclusivité : la vente directe telle qu'elle pourrait survenir d'un approvisionnement direct et la vente indirecte, telle qu'elle pourrait survenir par le biais d'intermédiaires profitant par exemple d'opportunités d'arbitrage.

370. Les précisions concernant la description du régime d'exclusivité contenues dans les clauses exposées ci-dessus permettent de constater que les systèmes de distribution auxquels Diffulivre a été partie durant la période visée par l'enquête, en particulier concernant les livres écoulés par le groupe Hachette, prévoyaient l'exclusion des ventes passives.

### **Servidis et Transat (respectivement diffusion-distribution intégrée et distribution Servidis)**

371. À l'exception de la relation avec [...], Servidis a convenu avec l'ensemble de ses partenaires commerciaux d'un régime d'exclusivité, dont la formulation a varié selon les contrats.

372. Dans sa prise de position, Servidis a principalement invoqué et illustré que le régime d'exclusivité était le corollaire indispensable de la faculté de retourner les livres invendus accordée aux détaillants. Elle a également contesté que le régime d'exclusivité ait eu des effets sur la concurrence, en particulier sur la capacité de procéder à des importations parallèles. Ces arguments ont déjà été traités plus haut, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

373. Concernant la formulation de certaines clauses, Servidis a proposé une distinction entre exclusivité « stricte » et exclusivité « simple », <sup>433</sup> la première étant éventuellement problématique, la dernière ne l'étant certainement pas. En audition, Raymond Filliastre (Servidis) a indiqué que la clause qui suit, considérée comme stricte par Servidis, était « problématique dans le contexte actuel » <sup>434</sup> et que « c'est sûr qu'à l'heure actuelle on ne la mettrait pas. <sup>435</sup> » La clause-type est la suivante :

« L'Editeur [...] fera respecter (de son mieux) <sup>436</sup> la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires. »

374. Il ne semble pas qu'une telle distinction soit pertinente en l'espèce. Premièrement, Servidis a invoqué une telle distinction en faisant abstraction de son argumentation générale, laquelle repose sur le droit de retour. Or, le fonctionnement de Servidis comme distributeur apparaît uniforme, indépendamment de la formulation des clauses. Les systèmes de distribution ne contenant pas de clause stricte au sens donné par Servidis ne prévoient pas d'autres mécanismes pour gérer le droit de retour. Bien au contraire, Servidis a constamment renvoyé au mécanisme du droit de retour pour justifier le régime d'exclusivité. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que le régime d'exclusivité, indépendamment de la question de sa formulation précise pour chaque partenaire de distribution en amont, a saisi les ventes passives. Servidis n'a d'ailleurs aucunement prétendu que sa manière de mener son activité se distinguait selon l'une ou l'autre situation.

375. Deuxièmement, une importance exagérée ne saurait être attachée à la forme d'une clause. Comme le soutient également la doctrine, ce sont essentiellement les effets qui sont déterminants. Lorsque des clauses certes formulées différemment ont prévu un mécanisme mis en œuvre de manière uniforme, ce sont ces effets qui sont centraux, et la formulation devient secondaire.

---

<sup>433</sup> A 672, 23-24.

<sup>434</sup> A 914, L 619.

<sup>435</sup> A 914, L. 623.

<sup>436</sup> Relevé dans A 529, 161 ; 226 ; 234.

376. Lorsque des précisions concernant les modalités du régime d'exclusivité avaient été introduites dans les relations contractuelles, force est de constater que les mesures prévues s'étendaient au-delà du canal de diffusion-distribution en France pour englober également les grossistes et autres dépositaires. Or, la définition du marché de référence parvient précisément à la conclusion, comme cela est d'ailleurs également soutenu par la prise de position commune de Servidis et Transat, que les grossistes et autres dépositaires font partie de l'offre, c'est-à-dire qu'ils pourraient constituer des alternatives d'approvisionnement pour les détaillants. Partant, le régime d'exclusivité, lorsqu'il est décrit plus précisément dans un contrat, exclut les ventes passives de l'ensemble des offreurs potentiels.

377. Finalement, dans le contrat par lequel Servidis s'engage à distribuer les ouvrages diffusés par Transat, la clause suivante a été relevée :

*« TRANSAT s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable de SERVIDIS. »*<sup>437</sup>

378. Cette clause décrit un fonctionnement du système de distribution basé sur l'ouverture de comptes. À la différence des clauses à la formulation presque similaire liant OLF aux quatre diffuseurs que sont Interforum, E5F, Flammarion et Glénat, la portée de la clause entre Servidis et Transat est plus difficile à saisir. En effet, Transat, à la différence des diffuseurs qui viennent d'être mentionnés, est indépendante des éditeurs ou groupes éditoriaux qu'elle diffuse. Partant, il n'est pas clair dans quelle mesure l'engagement de ne pas ouvrir de comptes peut être saisi sur la base de ce seul contrat. L'analyse des contrats de diffusion de Transat est ainsi commandée.

379. La quasi-totalité des contrats de diffusion conclus par Transat depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2003 – les 3 exceptions sont traitées directement à la suite – ont précisé les modalités du régime d'exclusivité notamment selon les termes suivants :

*« (...) L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. »*<sup>438</sup>

380. Le partenaire de distribution en amont de Transat – éditeur ou autre – s'est engagé non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas laisser vendre les ouvrages en cause sur le territoire attribué exclusivement et à réorienter les clients suisses vers Transat. L'obligation contractuelle est la même que celle contenue dans plusieurs contrats de Diffuivre examinés plus haut.

381. La locution « laisser vendre » ne saisit pas uniquement l'opération de vendre, mais bien également celle de veiller à ce que des ventes par d'autres opérateurs en mesure de le faire – grossistes, libraires et autres – ne puissent pas intervenir. La formulation de la clause est très précise, puisqu'elle prend soin de distinguer entre les deux situations qui peuvent mener à des importations parallèles de la part de clients visés par l'exclusivité : la vente directe telle qu'elle pourrait survenir d'un approvisionnement direct et la vente indirecte, telle qu'elle pourrait survenir par le biais d'intermédiaires profitant par exemple d'opportunités d'arbitrage.

---

<sup>437</sup> A 530, 132 (art. 3).

<sup>438</sup> Ces clauses figurent dans les contrats suivants : A 530, 154 ; 165 ; 170 ; 178 ; 183 ; 187 ; 193 ; 197 ; 203 ; 214 ; 219 ; 224 ; 230 ; 235 ; 240 ; 244 ; 249 ; 254 ; 259 ; 264 ; 269 ; 274 ; 279 ; 284 ; 289 ; 294 ; 299 ; 304 ; 309 ; 314 ; 319 ; 324 ; 329 ; 334 ; 339 ; 344 ; 349 ; 379 et A 672, annexes 6 et 8.

382. Parmi les relations contractuelles de Transat avec ses partenaires de distribution en amont, les 3 contrats ne contenant pas le texte même de la clause exposée ci-dessus, soit les contrats avec [...], prévoient uniquement une réorientation des commandes directes.

383. Ainsi, comme il apparaît, la clause convenue entre Servidis et Transat ayant pour objet l'ouverture de « comptes directs pour des clients suisses » est transposée contractuellement dans les relations commerciales que Servidis entretient avec ses partenaires de distribution en amont.

384. Finalement, la relation de Servidis et Transat avec [...] commande une précision. Cette relation implique trois entités, chacune étant liée avec les deux autres par un contrat distinct. Comme Michel Igor Slatkine l'a précisé en audition, l'ensemble du catalogue de [...] est distribué par Servidis, mais la diffusion est répartie entre Servidis – domaine scolaire et semblables – et Transat – ésotérisme, bien-être etc.<sup>439</sup> L'avenant au contrat convenu en 2005 entre [...] et Transat modifie expressément le régime d'exclusivité, dans le sens où ce dernier est supprimé conventionnellement. Les raisons à l'origine de ce changement de système de distribution ne sont pas claires. En effet, Servidis a précisé dans sa prise de position que la diffusion-distribution des [...], d'une part, font partie du catalogue du distributeur [...] et, d'autre part, sont soumis à un régime d'exclusivité, citant la clause. En audition, Michel Igor Slatkine (Transat) amené à s'exprimer sur la relation avec [...] avait sous-entendu que cette relation fonctionnait de manière standard, ce qui laisserait également supposer qu'il n'a pas été mis fin au régime d'exclusivité avec [...] par l'avenant de 2005. Sur la base de la clause citée et reprise par Servidis dans sa prise de position, il peut être constaté que la relation avec les [...] a fonctionné sur la base d'un régime d'exclusivité. Pour les autres éléments du catalogue de [...] des doutes sérieux sur l'état de fait ne peuvent être éliminés. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre en application du principe *in dubio pro reo* que la relation avec [...], dans la mesure où les [...], diffusées-distribuées par Servidis, ne sont pas concernées, ne saisit pas l'exclusion des ventes passives, ce dont il conviendra de tenir compte, cas échéant, dans l'analyse.

385. Au vu des éléments d'ordre contractuel remis durant la procédure, il y a lieu de constater que Servidis est intervenue pendant la période visée par l'enquête comme diffuseur-distributeur intégré selon plusieurs systèmes de distribution comparables et a fait partie intégrante du système de distribution de Transat. Le caractère commun de tous ces systèmes de distribution est qu'ils prévoyaient un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives. Les systèmes de distribution dans lesquels Transat a été impliquée pendant la période visée par l'enquête prévoyaient également un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives. La seule exception est constituée par le système de distribution impliquant [...], dans la mesure où les [...], diffusées-distribuées par Servidis, ne sont pas concernées.

### **Dargaud (diffusion-distribution intégrée)**

386. Tous les contrats auxquels Dargaud est partie contiennent, sans exception et peu importe le type de relation contractuelle en jeu, une clause lui octroyant l'exclusivité pour la diffusion-distribution ou pour la distribution pure d'ouvrages sur le territoire suisse, ce qu'elle n'a d'ailleurs pas contesté. Malgré des formulations diverses,<sup>440</sup> le régime d'exclusivité sur lequel sont fondés les systèmes de distribution de Dargaud ne connaissent pas de différenciation dans la mise en œuvre.

387. Plusieurs clauses-type employées par Dargaud prévoient que le partenaire de distribution en amont est tenu de « *prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité du Diffuseur soit respectée.* » Cet engagement commande un comportement actif du partenaire de distri-

---

<sup>439</sup> A 915, L 134.

<sup>440</sup> Cf. B.3.2.10.1.

bution en amont, cas échéant au-delà des entités du groupe, et constitue un indice que les ventes passives sont visées par le régime d'exclusivité. Les relations contractuelles des partenaires de distribution en amont, qu'il s'agisse de Médias-Participation ou de tiers, permettent une traçabilité des flux. Partant, les mesures utiles d'ordre contractuels sont aptes à mettre en échec des ventes passives. Par ailleurs, les grands détaillants, FNAC et Payot, ont clairement indiqué, lors de leur audition, que le marché suisse était cloisonné par *tous* les diffuseurs-distributeur suisses.<sup>441</sup> En outre, des librairies spécialisées dans la vente de bandes dessinées ont confirmé, sans aucune réserve, que les importations parallèles n'étaient pas possibles.<sup>442</sup>

388. Les précisions concernant la description du régime d'exclusivité contenues dans les clauses employées par Dargaud permettent de constater que les systèmes de distribution auxquels Dargaud a été partie durant la période visée par l'enquête prévoient l'exclusion des ventes passives.

### **AIG (diffusion-distribution intégrée)**

389. À une exception près, tous les contrats remis par AIG pendant la procédure prévoient un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Malgré des formulations diverses, le régime d'exclusivité sur lequel sont fondés les systèmes de distribution d'AIG ne connaissent pas de différenciation dans la mise en œuvre. On rappelle qu'en particulier en ce qui concerne le droit suisse des cartels, une importance exagérée ne saurait être attachée à la forme d'une clause. Comme le soutient également la doctrine, ce sont essentiellement les effets qui sont déterminants.

390. Concernant la formulation de certaines clauses, AIG a proposé une distinction entre exclusivité « qualifiée » et exclusivité « simple », la première étant considérée comme cloisonnant le marché, la dernière ne le cloisonnant pas. Ainsi, selon AIG, seuls les systèmes de distribution reposant sur la clause suivante cloisonneraient le marché en excluant les ventes passives :

*« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse. »*<sup>443</sup>

391. AIG a d'ailleurs évoqué en audition qu'elle prévoyait de supprimer ladite clause lors de la renégociation des contrats la contenant.<sup>444</sup>

392. Un argument comparable a été développé par Servidis. Comme pour Servidis, il ne semble pas qu'une telle distinction soit pertinente en l'espèce. Le fonctionnement d'AIG comme diffuseur-distributeur est apparu uniforme, indépendamment de la formulation des clauses. Les systèmes de distribution ne contenant pas de clause qualifiée au sens donné par AIG ne prévoient notamment pas d'autres mécanismes pour gérer le droit de retour.

393. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que le régime d'exclusivité, indépendamment de la question de sa formulation précise pour chaque partenaire de distribution en amont, a saisi les ventes passives. AIG n'a d'ailleurs aucunement prétendu que sa manière de mener son activité se distinguait selon l'une ou l'autre situation.

---

<sup>441</sup> A 906 L 78 ss ; A 913 L 357 ss et 812 ss.

<sup>442</sup> Cf. N 276 ; A 204, 1 ; A 241, 2 et A 278, 4.

<sup>443</sup> A 536a, 17 ; 34 ; 37 ; 39 ; 48 ; 51 ; 60 ; 63 ; 67 ; 76 ; 78 ; 85 ; 88 ; 95 et 99.

<sup>444</sup> A 899, L 55 ss et 422.

#### B.4.1.3.4 Échange d'informations

394. La discussion entre les diffuseurs-distributeurs du 11 mai 2005 telle qu'elle a été portée au protocole du 25 mai 2005, exposée plus haut concernant la prétendue existence d'un accord horizontal, niée en l'occurrence, constitue un indice sur la portée des régimes d'exclusivité des diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse.

#### Portée de la discussion rapportée au protocole du 25 mai 2005

395. L'objet et la portée de la discussion ont été remis en question par plusieurs diffuseurs-distributeurs. Interforum et Diffulivre ont contesté le fait que les importations parallèles aient été abordées le 11 mai 2005. Selon elles, le passage du procès-verbal étant équivoque, le(s) thème(s) abordé(s) lors du tour de table n'en ressortent pas de manière irréfutable. Ces deux entreprises ont exposé d'autres interprétations possibles. Selon Interforum, les diffuseurs auraient tout aussi bien pu discuter de la « question de savoir si une livraison demandée par le diffuseur suisse auprès de sa maison-mère en France pouvait être effectuée directement au client.<sup>445</sup> » ou, selon Diffulivre de « la possibilité que le distributeur suisse accepte que le transporteur en provenance de l'entrepôt de l'éditeur français livre la marchandise commandée non pas au dépôt du distributeur, mais directement chez le libraire.<sup>446</sup> »

396. Diffulivre a avancé l'argument que même dans l'hypothèse où le tour de table avait porté sur les importations parallèles, la portée du refus de l'autorisation aurait été limitée à un triple égard. Dans ce sens, le refus n'aurait concerné que les importations sollicitées par Payot et non les autres revendeurs, uniquement dans le cas où une livraison ne pourrait être effectuée dans un délai raisonnable, par les seuls diffuseurs-distributeurs présents lors de la réunion de l'ASDEL.<sup>447</sup>

397. À s'en tenir à la lettre du passage rapporté dans le procès-verbal du 25 mai 2005, il ressort sans ambiguïté que les faits à l'origine de la discussion ne concernent que les approvisionnements en France « lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai<sup>448</sup> ». La sollicitation est parvenue bilatéralement, de la part de Pascal Vandenberghe (Payot). Elle a cependant été abordée durant une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Cela signifie que l'avis des autres diffuseurs-distributeurs a été demandé et qu'il y a eu par cette intermédiaire une communication entre les diffuseurs-distributeurs concernant ces faits. En d'autres mots, les faits à l'origine du passage rapporté dans le protocole en question, bien qu'ils n'aient concerné que la relation bilatérale entre un diffuseur-distributeur concret et un détaillant ont néanmoins mené les diffuseurs-distributeurs à s'échanger leurs avis sur la question. Dans ces circonstances, la portée de la discussion doit être approfondie en parallèle de son objet concret.

398. Dans la prise de position de Servidis, il est indiqué que Raymond Filliastre n'a aucun souvenir de l'événement.<sup>449</sup> Durant les auditions, les diffuseurs-distributeurs ont été interrogés sur l'objet de la discussion de la réunion du 11 mai 2005. Parmi ces personnes auditionnées, plusieurs avaient personnellement participé à ladite réunion. Ce sont Simon Kummer (Dargaud), Samir Sawwaf (AIG), Patrice Fehlmann (OLF), Raymond Filliastre (Servidis) et Michel-Igor Slatkine (Transat). Les autres, qui n'étaient donc pas présentes lors de la réunion, avaient en principe pris contact avec les personnes qui avaient représenté l'entreprise au moment des faits et ont rendu compte en audition des renseignements qu'ils avaient ainsi obtenus.

---

<sup>445</sup> A 692 N 12 et 84.

<sup>446</sup> A 693a N 119.

<sup>447</sup> A 693a N 114.

<sup>448</sup> A 547f, 4.

<sup>449</sup> A 692, 19.

399. En audition, Raymond Filliastre (Servidis) a déclaré avoir dit aux autres diffuseurs présents que « si M. Vandenberghe se sert en France pour une partie de la production, il peut très bien se servir en France pour la totalité de la production interne, qui peut le moins peut le plus (...)»<sup>450</sup> ». Puis, Raymond Filliastre a relaté la prise de contact de Pascal Vandenberghe (Payot) de la manière suivante : « Il [M. Vandenberghe] m'a téléphoné en me disant : J'envisage éventuellement de me servir en France pour les ouvrages que je ne peux pas avoir chez vous. (...) Est-ce que éventuellement je peux me servir par la France ? »<sup>451</sup> » Raymond Filliastre a répondu par la négative selon les propos suivants :

*« (...) Monsieur Vandenberghe souhaite pouvoir se servir en France pour une certaine catégorie d'ouvrages donc il parlait d'ouvrages en rupture. Personnellement, si Monsieur Vandenberghe se sert en France pour une partie de la production, il peut très bien se servir en France pour la totalité de la production interne, qui peut le moins peut le plus, c'est pas gênant je veux dire. Et ce que j'ai dit à mes collègues c'est que si Monsieur Vandenberghe c'est-à-dire Payot se servait en France, ma société n'existait plus. C'est exactement ce que j'ai dit : « Je n'existe plus si Payot se sert en France. ». (...) Payot c'est pas 15 % de notre chiffre d'affaires, c'est 35 % de notre chiffre d'affaires. Donc, perdre 35 % de notre chiffre d'affaires, pour moi, je n'existe plus. C'est ce que j'ai dit à mes collègues, c'est tout. Après voilà mes collègues étaient à peu près dans le même sentiment que moi (...) [i]ls estimaient qu'eux aussi la perte de Payot sur la Suisse était gravissime pour eux. Le plus important bien évidemment c'est celui qui est comme moi, c'est-à-dire Diffulivre qui assure à la fois la distribution et la diffusion. »*<sup>452</sup>

400. Ensuite, Raymond Filliastre a répété « s'il [Pascal Vandenberghe] commence à se servir en France là, dans mon esprit, il peut basculer la totalité de son activité en France et moi je disparaîs, c'est tout.»<sup>453</sup> »

401. Claude-Alain Roud (Diffulivre) s'est informé auprès de Philippe Lamotte qui représentait la société lors de la réunion. Selon Claude-Alain Roud, la réponse de Philippe Lamotte lorsque ce dernier lui a demandé quel avait été l'objet de la discussion, a été : « Des importations parallèles.»<sup>454</sup> Il a ensuite rapporté les paroles de Philippe Lamotte de la manière suivante : « (...) oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles, mais nous ne sommes pas tombés d'accord.»<sup>455</sup> »

402. Michel-Igor Slatkine a déclaré ne pas se souvenir « de cette histoire de demande de Payot.»<sup>456</sup> » Cependant, il a précisé par la suite « Il n'a pas demandé à se fournir complètement en France. Il était venu demander son autorisation théorique pour se dépanner en France. C'est différent.»<sup>457</sup> »

403. Simon Kummer (Dargaud) a affirmé en audition « il y avait un point qui évoquait un client qui avait fait une demande d'approvisionnement direct par rapport à un titre qui était, si mes souvenirs sont bons, pas disponible en quantité suffisante sur le marché suisse. (...) Et puis donc le diffuseur-distributeur concerné avait répondu que ce n'était pas possible (...) Servidis par ce biais-là informait simplement le plénum des gens présents comme quoi ils

---

<sup>450</sup> A 914, L 384 ss.

<sup>451</sup> A 914, L 439 ss.

<sup>452</sup> A 914, L 395 ss.

<sup>453</sup> A 914, L 453 ss.

<sup>454</sup> A 902, L 355 ss.

<sup>455</sup> A 902, L 362 ss.

<sup>456</sup> A 915, L 56

<sup>457</sup> A 915, L 70s.

avaient eu une demande de la part d'un client pour avoir accès à un produit qui ne se trouvait pas en Suisse et qu'ils leur avaient répondu par la négative.<sup>458</sup> » Dans la prise de position de Dargaud, il est indiqué que « le diffuseur en question souhaite recueillir l'avis de ses confrères avant de donner réponse au libraire.<sup>459</sup> »

404. Les autres parties qui étaient présentes lors de la réunion du 11 mai 2005, ont déclaré n'avoir aucun souvenir ou bien ne se souvenir que de manière approximative des faits relatés dans le procès-verbal. Selon Delphine Basquin (Flammarion), un des représentants commerciaux de la société était présent lors de la réunion du 11 mai 2005 mais « son souvenir reste très vague.<sup>460</sup> » Lors de la réunion du 11 mai 2005, Interforum a été représentée par Gabriel Audemars, son ancien directeur. Josée Cattin (Interforum) a déclaré en audition que Gabriel Audemars « n'a pas du tout souvenir de ce passage-là (...) il m'a dit ne pas savoir de quoi il s'agissait.<sup>461</sup> » Samir Sawwaf (AIG) a indiqué n'avoir que très peu de souvenirs au sujet de cette réunion : « Je crois volontiers que ce tour de table a existé, mais je ne me souviens pas, malheureusement.<sup>462</sup> » Patrice Fehlmann (OLF), qui avait participé personnellement à la réunion des diffuseurs de l'ASDEL a indiqué « [o]n en a discuté entre nous, il n'y en a pas un d'entre nous qui est capable de véritablement se rappeler. Sûrement que ça a été dit puisque c'est écrit mais maintenant on en a pas fait cas .<sup>463</sup> »

405. Pascal Vandenberghe (Payot) n'a pas participé à la réunion des diffuseurs-distributeurs. Ses propos n'en restent pas moins pertinents, puisque les faits à l'origine de la discussion le concernent directement. En audition, il a nié l'existence d'un « document » au sens propre.<sup>464</sup> Ensuite, il a expliqué sa démarche auprès de Raymond Filliastre (Servidis) de la manière suivante : « j'ai fait la demande oralement, et à peu près simultanément, à plusieurs diffuseurs individuellement, Servidis évidemment, Diffulivre, Gallimard et Interforum de mémoire, pour leur dire - « Il faut qu'on trouve avec vous un système parallèle pour ces titres, de manière à ramener le délai à quelque chose d'acceptable et raisonnable. » Aucun diffuseur n'a donné suite à cette demande.<sup>465</sup> » À la question de savoir s'il avait été confronté avec des fins de non-recevoir concernant ses sollicitations, Pascal Vandenberghe (Payot) a répondu : « Absolument, enfin, oui, comme ça se pratique souvent dans notre profession, c'est une fin de non-recevoir qui n'est pas exprimée. On ne reçoit juste jamais de réponse à la question qu'on pose.<sup>466</sup> » Suite au refus de sa sollicitation, il a dû continuer à faire appel aux services des diffuseurs-distributeurs en Suisse, même en cas de rupture de stock.<sup>467</sup> Selon les indications qu'il a faites, il n'attendait pas un document l'autorisant à procéder à des importations parallèles mais un « accord de principe de mettre en place ce circuit.<sup>468</sup> » Concernant les faits relatés dans le procès-verbal en question, Pascal Vandenberghe (Payot) a tiré « la conclusion qui est celle, à l'époque en tout cas et depuis l'époque, de non prise en compte de ce besoin que nous avons exprimé par les diffuseurs quels qu'ils soient.<sup>469</sup> »

406. Dans un procès-verbal du 12 mars 2007, il est rapporté le passage suivant :

---

<sup>458</sup> A 901, L 357 ss.

<sup>459</sup> A 691, N 61.

<sup>460</sup> A 905, L 203 ss.

<sup>461</sup> A 908, L 220 ss.

<sup>462</sup> A 899, L 172 ss.

<sup>463</sup> A 912, L 208 ss.

<sup>464</sup> A 913, L 142.

<sup>465</sup> A 913, L 148 ss.

<sup>466</sup> A 913, L 157 ss.

<sup>467</sup> A 913, L 160 ss.

<sup>468</sup> A 913, L 166 ss.

<sup>469</sup> A 913, L 179 ss.

*« Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir d'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les points et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches prendront au besoin des dispositions appropriées.<sup>470</sup> »*

### **Appréciation des faits**

407. Certaines versions exposées dans les prises de position des diffuseurs-distributeurs contrastent avec les indications faites en audition. Alors que Diffulivre est l'un des deux seuls diffuseurs-distributeurs à contester dans sa prise de position que la discussion aurait eu une portée plus large concernant les importations que les faits à l'origine de la discussion ne laisseraient à eux seuls interpréter, Claude-Alain Roud (Diffulivre) a expressément rapporté en audition qu'il s'était agi d'importations parallèles lors de la réunion.<sup>471</sup>

408. De même, alors que Servidis a indiqué par écrit que Raymond Filliastre (Servidis) n'avait aucun souvenir de la discussion, ce dernier a été en mesure de fournir de nombreux détails sur les faits à l'origine et sur la portée de cette discussion. D'abord il a indiqué que selon lui, si Payot passait en direct pour les livres en rupture de stock, cela signifiait que ce détaillant était en mesure de basculer tous ses achats par la France. Un tel cas de figure aurait signifié l'extinction de l'entreprise Servidis « dans les dix minutes<sup>472</sup> » selon Raymond Filliastre (Servidis), lequel a fait état de cette relation de cause à effet à plusieurs reprises en audition.<sup>473</sup>

409. Les propos de Raymond Filliastre (Servidis) sont crédibles et reposent sur une réalité économique plausible. Le poids de Payot dans la revente de livres est important, environ [...] selon les estimations.<sup>474</sup> Dans ce sens, Raymond Filliastre (Servidis) a rendu compte de sa préoccupation, comme intermédiaire, de perdre un tel client non pas pour certaines commandes en cas de rupture de stock, mais pour l'ensemble de ses approvisionnements. Une telle évolution serait très problématique pour la survie de sa société et probablement pour d'autres diffuseurs-distributeurs, toujours selon Raymond Filliastre (Servidis), raison pour laquelle la sollicitation de Pascal Vandenberghe (Payot) a été traitée pendant la réunion du domaine diffuseurs. Au vu de l'issue de la discussion, sans qu'un accord de principe entre les diffuseurs-distributeurs puisse être prouvé en la matière,<sup>475</sup> il convient d'admettre que chaque diffuseur-distributeur est parvenu à la même conclusion.

410. Le passage du procès-verbal du 12 mars 2007 concernant les intentions de la FNAC indiquent également que les diffuseurs-distributeurs ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les détaillants les plus importants augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité.

411. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. Pour les diffuseurs-distributeurs, en particulier ceux dont la distribution est intégrée, la perte d'un client tel que Payot aurait eu des conséquences économiques négatives immédiates.

---

<sup>470</sup> A 547f, 12 (PV de l'Assemblée professionnelle des diffuseurs du 12.3.2007, 2).

<sup>471</sup> A 902, L 355 ss.

<sup>472</sup> A 914, L 514.

<sup>473</sup> A 914, L 388 ; 394 et 455.

<sup>474</sup> A 913, L 95.

<sup>475</sup> B.3.3, 44 ss.

## Conclusions intermédiaires

412. Les faits entourant le procès-verbal du 25 mai 2005 permettent de tirer plusieurs conclusions concernant la question de savoir si les systèmes de distribution examinés ont exclu les ventes passives.

413. Si l'objet de la demande de Pascal Vandenberghe (Payot) à Raymond Filliastre (Servidis) – et aux autres diffuseurs selon les propos de Pascal Vandenberghe en audition<sup>476</sup> – ne vise que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs, Raymond Filliastre (Servidis) en tête, perçoivent une telle démarche comme un danger pour leurs systèmes de distribution respectifs. En d'autres mots, pour les diffuseurs-distributeurs, ouvrir la distribution en cas de rupture de stock revient à tolérer une exception qui pourrait avoir des conséquences non limitées à ces situations. C'est dans ce sens que « personne n'est d'accord » selon la formulation du protocole en question.

414. On peut constater que malgré les différences constatées dans l'agencement des systèmes de distribution selon les diffuseurs-distributeurs – sous-traitance de la logistique, intégration verticale, relations contractuelles, etc.<sup>477</sup> –, ceux-ci ont un dénominateur commun concernant la mise en œuvre de leurs systèmes de distribution respectifs : le régime d'exclusivité est compris de manière large et aucune distinction ne semble nécessaire entre les diffuseurs-distributeurs.

415. Les diffuseurs-distributeurs se sont consultés sur le danger que l'ouverture des systèmes de distribution pour un détaillant de la taille de Payot pourrait avoir pour leur survie. En se consultant, ils se sont livrés des renseignements sur les démarches de Payot. Cette mise à niveau concernant l'information, laquelle a au demeurant semblé surprendre Pascal Vandenberghe en audition,<sup>478</sup> a renforcé la capacité des systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive, même dans des situations de rupture de stock. Chaque diffuseur-distributeur était au courant que sur le principe, les autres diffuseurs-distributeurs ne reverraient pas leur mise en œuvre de la distribution pour tolérer des importations parallèles. Forts de cette information, les diffuseurs-distributeurs se mettaient à l'abri d'éventuelles tentatives stratégiques de la part des détaillants, en particulier de celles de Payot, de faire pression sur l'un en invoquant par exemple qu'un autre réfléchissait à l'opportunité d'entrer en matière. Il n'est pas nécessaire de démontrer plus avant que le niveau d'information est primordial dans ce genre de négociations parallèles et multipartites.

416. Ainsi, les diffuseurs-distributeurs se sont entretenus sur le danger des importations parallèles – donc des ventes passives – pour leur existence durant leur réunion du 11 mai 2005. L'exclusion des ventes passives faisait non seulement partie intégrante du système de distribution de chaque diffuseur-distributeur, mais elle a été renforcée par la mise en commun de l'information sur la sollicitation du détaillant le plus lourd sur le marché en date du 11 mai 2005.

### **B.4.1.3.5 Contrats des éditeurs/diffuseurs-distributeurs avec d'autres diffuseurs-distributeurs (grossistes notamment) en France**

417. Diffulivre a invoqué que l'enquête des autorités de la concurrence ne contenait aucune preuve ni même allégation selon laquelle des éditeurs ayant conféré une exclusivité territoriale à Hachette Livre ou Diffulivre auraient obligé un distributeur ou grossiste tiers situé en dehors de Suisse à s'abstenir d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse, que ce soit directement (sur la base d'un contrat) ou par des mesures d'incitation ou

---

<sup>476</sup> A 913, L 149 s.

<sup>477</sup> Cf. les systèmes de distribution décrits pour chaque partie dans B.3.2, 18 ss.

<sup>478</sup> A 913, L 153.

d'accompagnement (surveillance, par exemple). Elle en a déduit un état de fait incomplet et a évoqué la possibilité que, sous l'hypothèse du refus de certaines ventes passives par de telles entités, ces dernières auraient agi librement, pour des motifs commerciaux propres uniquement.<sup>479</sup> Cet argument constitue l'argument principal de Diffulivre.<sup>480</sup> A l'appui, elle a exposé, d'une part, que les conditions générales de Hachette Livre ne contenaient aucune disposition dans le sens de l'exclusion de ventes passives sur la période visée par l'enquête. D'autre part, elle a affirmé qu'elle n'avait pas refusé d'ouverture de compte à des détaillants suisses pendant la même période, citant Payot en exemple.

418. Les conditions générales de Hachette Livre ne prévoient aucune restriction à l'exportation. Cela n'est cependant pas propre à démontrer l'absence d'une exclusion des ventes passives. En effet, les conditions générales de Hachette Livre, même si elles sont détaillées sur certains points, ne régissent que les grandes lignes de la coopération entre cette dernière et ses partenaires de distribution. Les partenaires de distribution soumis à ces conditions générales sont d'ailleurs de tout type, comme l'indique l'art. 2.2.<sup>481</sup> Ils peuvent être actifs du côté de l'offre soit sur le marché retail, soit sur le marché wholesale, Hachette Livre prévoyant un contrôle pointu sur le niveau de marché concerné, comme en témoigne ladite disposition puisqu'elle introduit notamment la nécessité d'une certification par un expert indépendant de la juste répartition des activités pour les entités exerçant tant sur le niveau retail que wholesale (par exemple un libraire qui fonctionnerait également partiellement comme grossiste). Ce contrôle doit être mis en relation non seulement avec les divers engagements contractuels pris par Hachette Livre à l'égard de Diffulivre de *ne pas laisser vendre* des livres en Suisse, mais aussi avec les indications fournies par Payot, FNAC et Distrilivres, en vertu desquelles un approvisionnement parallèle directement en France à partir de la Suisse ne saurait passer inaperçu aux yeux d'un éditeur ou d'un diffuseur en France. Dans ce sens, le cadre déterminé par les conditions générales permet la mise en œuvre du cloisonnement du marché. Les relations contractuelles de distribution des autres entités appartenant à un groupe prévoient un cadre comparable permettant la mise en œuvre du cloisonnement du marché.<sup>482</sup> L'ensemble de ces éléments permet de conclure à un système de distribution conduisant au cloisonnement du marché suisse tel que le législateur l'a visé à l'art. 5 al. 4 LCart.<sup>483</sup>

419. D'autres éléments indiquent également que les relations contractuelles entre les partenaires de distribution en amont prévoient les moyens nécessaires pour mettre en échec les ventes passives. Premièrement, l'analyse de la clause convenue entre Interforum et OLF sur la manière d'annihiler toute tentative de contournement du régime d'exclusivité a mis en lumière qu'il n'est nul besoin de convenir de telles clauses pour permettre d'exclure les ventes passives :

*« Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Editeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) – "sauvages et parallèles" – via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier*

---

<sup>479</sup> A 693a, 67 N 190.

<sup>480</sup> A 693a, 68 ss, N 193 ss.

<sup>481</sup> A 693a, 663, annexe 13.

<sup>482</sup> Cf. notamment les conditions générales de vente de Dargaud, A 691, annexe 14 à 17 et celles de MDS, auxquelles renvoient les conditions générales de Dargaud : <http://dev.mdsfrance.com/index.php?page=cgv> (dernière consultation le 11 juin 2013) ; A 786 (Interforum).

<sup>483</sup> A 913 L 809 ; A 911 L 187 ss et N 254 s.

*et [Interforum] et OLF conviennent de se signaler immédiatement tout "incident" sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.*

*N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »<sup>484</sup>*

420. La recherche d'information suffit à elle seule pour permettre au partenaire du diffuseur-distributeur en Suisse de prendre les mesures nécessaires. Dans ce sens, le cadre des relations contractuelles avec les différents partenaires de distributions permet de gérer les flux et de déterminer la destination des livres.<sup>485</sup> Indépendamment de l'existence ou non de conditions générales codifiant la pratique des diffuseurs-distributeurs en France. Seul un système comme celui mis en place par Jacques Lecomte (Distrilivres) a permis à un détaillant suisse de parvenir à accéder à un approvisionnement en France, un approvisionnement qu'il reste d'ailleurs difficile de qualifier comme direct puisqu'il repose sur des partenariats secrets avec des détaillants en France. De plus, la portée d'un tel système est forcément limitée. Dans ces circonstances, les moyens prévus par les conditions générales des diffuseurs-distributeurs fournissent la base contractuelle suffisante pour surveiller la distribution de la part des partenaires de distribution – grossistes, mais aussi les libraires en France qui souhaiteraient fonctionner comme grossiste par rapport à la Suisse – et mettre en échec des importations parallèles, indépendamment du fait qu'elles interviendraient par l'intermédiaire d'un grossiste ou d'un détaillant français.

421. On relèvera en sus, à l'instar des considérants de la COMCO dans l'affaire *Gaba*,<sup>486</sup> qu'exiger comme nécessaire à la constatation des éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 5 al. 4 LCart des éléments contractuels entre des entités situées à l'étranger – en l'occurrence par exemple entre quelque éditeur et un autre distributeur ou grossiste – reviendrait à amputer considérablement la portée de l'action voulue par le législateur. En effet, ces entités, toutes situées par définition à l'étranger, ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner de la loi sur les cartels et ne peuvent faire l'objet d'une perquisition, si bien que les autorités suisses de la concurrence seraient consignées à tabler sur leur bon vouloir de leur faire parvenir ces documents ou de répondre à un questionnaire, faute d'accord de coopération en la matière. De telles preuves ne sont certainement pas commandées lorsque d'autres éléments au dossier indiquent qu'une exclusion des ventes passives a été effectivement mise en œuvre en pratique, que l'interprétation des contrats avec les entités suisses actives dans la diffusion-distribution vient confirmer la portée de l'exclusion des ventes passives, que les diffuseurs-distributeurs se sont consultés et ont maintenu un régime de cloisonnement du marché suisse. L'un d'eux, Raymond Filliastre (Servidis), a même indiqué qu'une ouverture du marché wholesale serait « *gravissime* »<sup>487</sup>.

#### **B.4.1.3.6 Conclusions intermédiaires**

422. Les accords de distribution analysés reposent tous sur un régime d'exclusivité. Est décisif pour apprécier si de tels systèmes de distribution exclusifs sont saisis par l'art. 5 al. 4 LCart, la question de savoir si les ventes passives ont été empêchées par lesdits accords. De nombreux éléments éclairent en l'espèce la question de savoir si les ventes passives ont été exclues par les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs.

---

<sup>484</sup> A 516, 4.

<sup>485</sup> Cf. conditions générales de Interforum, A 786 ; conditions générales de Flammarion, A 699, annexe 10, conditions générales de Dargaud, A 691, annexes 15-18.

<sup>486</sup> Cf. DPC 2010/1 79 N 127, *Gaba*.

<sup>487</sup> A 914, L 398.

423. Les régimes d'exclusivité prévus par les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont exclu les ventes passives sur la base de plusieurs éléments :

424. En premier lieu, l'analyse des effets, particulièrement importante au regard de la doctrine des effets de la loi sur les cartels suisse, élimine tout doute. Seul le détaillant Distrilivres, cité par les parties comme l'exemple par excellence que des importations parallèles avaient été possibles durant la période visée par l'enquête, a été en mesure de s'approvisionner en France. Pour y parvenir cependant, il a dû mettre en place le système Ecolibri, lequel repose sur des partenariats, secrets pour les diffuseurs-distributeurs en France comme en Suisse, avec des détaillants en France. La mise en œuvre d'un tel système a été commandée à cause des régimes d'exclusivité mis en place.

425. En deuxième lieu, la manière dont a été pratiqué le droit de retour ne laisse aucun doute sur le fait que les régimes d'exclusivité ont prohibé les ventes passives. Le régime d'exclusivité a été, durant la période visée par l'enquête, considéré comme le seul mécanisme pour se prémunir contre d'éventuels comportements opportunistes en matière de droit de retour. Or, en l'absence d'autres instruments, seul un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives peut permettre la gestion des flux sans risque de comportements opportunistes. L'argumentation des diffuseurs-distributeurs sur le droit de retour confirme cet état de fait.

426. En troisième lieu, en sus de prévoir un régime d'exclusivité, lequel pourrait être conforme à la loi s'il n'excluait pas les ventes passives, de nombreuses clauses contenues dans les contrats des différents diffuseurs-distributeurs indiquent pour chacun d'eux que la portée du régime d'exclusivité couvre les ventes passives, certaines clauses étayant même la manière de se comporter des partenaires de distribution pour garantir le cloisonnement du territoire suisse.

427. En quatrième lieu, les diffuseurs-distributeurs se sont informés en date du 11 mai 2005 sur leurs perceptions et le traitement qu'ils donneraient à une sollicitation concernant des importations parallèles d'un type particulier (rupture de stock), conscients des répercussions que cela pourrait avoir sur leurs systèmes de distribution. Depuis ce moment, les diffuseurs-distributeurs étaient conscients qu'aucun diffuseur-distributeur ne considérerait qu'un approvisionnement de ce type devait intervenir, ce qui a renforcé la capacité d'exclure les ventes passives des systèmes de distribution respectifs.

428. Dans ce contexte, la preuve d'une exclusion des ventes passives est établie à suffisance de droit. L'élément de preuve supplémentaire que constitueraient des clauses contractuelles formelles, prévoyant expressément une interdiction d'exportation, conclues par les partenaires de distribution des diffuseurs-distributeurs avec d'autres entités susceptibles de donner suite à des demandes d'approvisionnement direct de la part de détaillants situés en Suisse n'est pas requise. De telles clauses ne sont pas nécessaires pour garantir le cloisonnement du territoire suisse, dans la mesure où les dispositions contractuelles prévues, parfois contenues dans des conditions générales standardisées, réglant notamment l'échange d'information, permettent de prendre les mesures nécessaires pour exclure les ventes passives.

429. Ainsi, il y a lieu de constater que les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG ont reposé sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

#### **B.4.1.4 Fournisseurs agréés**

430. L'art. 5 al. 4 LCart vise l'exclusion des ventes par des fournisseurs agréés. Selon la doctrine majoritaire, une interprétation conforme au texte exclut les limitations obligeant les

producteurs, ce dont attesterait en particulier une interprétation littérale des versions italienne et allemande de la disposition – « *distributori esterni* », « *Vertriebspartner* ». <sup>488</sup> Une interprétation historique de la norme abouti au même résultat. Les travaux préparatoires, dont le passage essentiel est reproduit plus haut, indique également qu'un producteur peut s'engager à ne pas livrer d'autres entreprises ou des consommateurs finaux dans le territoire attribué. Ce sont les clauses 1 et 2 selon la classification du rapporteur F. SCHIESSER, <sup>489</sup> lesquelles correspondent à un système d'exclusivité simple. Une portée propre du terme « agréé », contenu uniquement dans la version française de la norme, doit être niée. La doctrine suisse partage également cette opinion. <sup>490</sup>

431. Il convient de relever que la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions. <sup>491</sup> En droit de l'UE, une exclusion des ventes passives élimine d'emblée la possibilité pour une pratique d'être considérée comme une exemption par catégorie. <sup>492</sup>

### **Diffulivre**

432. Selon Diffulivre, l'éditeur n'étant pas un partenaire de distribution, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas aux clauses des N 140, 143 et 144 de la proposition du Secrétariat. <sup>493</sup> Diffulivre précise que l'éditeur fait office de « producteur » des livres écoulés par le canal de Diffulivre. « Pour cette raison, l'exclusivité territoriale dont bénéficie Diffulivre en relation avec les ouvrages des Tiers-Diffulivre échappe aux prévisions de l'art. 5 al. 4 LCart (...). »

433. En l'espèce, les clauses identifiées vont au-delà de l'obligation faite aux producteurs, c'est-à-dire aux éditeurs, de ne pas vendre. En effet, les partenaires de distribution de Diffulivre, qu'ils soient des éditeurs ou non, se sont engagés non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas *laisser* vendre les ouvrages visés par le contrat de distribution. Partant, le système de distribution de Diffulivre a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

### **Servidis**

434. Servidis a prétendu qu'elle ne serait pas un fournisseur agréé mais uniquement un commissionnaire raison pour laquelle cette condition légale ne serait pas remplie en l'espèce. <sup>494</sup> Elle semble avoir confondu que la condition d'un fournisseur agréé vise les autres entités en mesure de constituer une alternative d'approvisionnement. Le système de distribution affecte les autres fournisseurs, comme l'indiquent d'ailleurs expressément certaines des clauses des contrats de Servidis. <sup>495</sup>

435. Partant, le système de distribution de Servidis a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

### **E5F**

---

<sup>488</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 638.

<sup>489</sup> Cf. intervention du Conseillers aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 à 330.

<sup>490</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 49), art. 5 LCart N 556-557.

<sup>491</sup> Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, *Sécateurs et cisailles* et réf. citées ; décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, *Nikon* et réf. citées.

<sup>492</sup> REIHNARD ELLGER in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, art. 4 REC-Vertical, N 41 et 43.

<sup>493</sup> A 693a, N 188, 67 et A 845, 4.

<sup>494</sup> A 672, 21.

<sup>495</sup> Cf. B.3.2.8.1, N 144.

436. Selon E5F, l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que l'interdiction des ventes passives au sein d'un système de distribution *sélective*, ce qui se déduirait de l'utilisation de l'adjectif « agréé ».<sup>496</sup> E5F a contesté que cette condition était remplie en l'espèce puisqu'elle n'aurait pas sélectionné OLF sur la base de critères définis comme cela aurait été exigé par un système de distribution sélective.

437. Comme il a été exposé plus haut, l'adjectif « agréé » n'a pas de portée propre dans l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, on ne saurait admettre que l'application de l'art. 5 al. 4 LCart est restreinte aux systèmes de distribution sélective.

438. Partant, le système de distribution de E5F a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

#### 439. **Autres diffuseurs-distributeurs**

440. Les autres diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté que la condition du fournisseur agréé était remplie.

### **B.4.1.5 Conclusion intermédiaire**

441. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammation, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. La suppression de la concurrence efficace est présumée.

### **B.4.2 Aucun renversement de la présomption**

442. Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence suffisante. (ch. 11 CommVert).

443. En l'espèce, la présomption pourrait être renversée si les détaillants de livres en Suisse avaient été en mesure d'exploiter des possibilités d'arbitrage, tant au niveau des prix que d'autres paramètres concurrentiels en procédant à des importations parallèles (concurrence intramarque), ou si une concurrence intensive entre les différents diffuseurs-distributeurs avait existé (concurrence intermarques) ou finalement, si la combinaison des concurrences intramarque et intermarques n'avait pas conduit à la suppression de la concurrence efficace, mais seulement à une affectation de celle-ci.

444. L'examen du marché dans son ensemble appelle en premier lieu la délimitation du marché de référence en tenant compte des dimensions produit et géographique.

#### **B.4.2.1 Marché de référence**

445. Selon le Tribunal fédéral, pour la définition du marché de référence, une probabilité confinante à la certitude n'est pas requise, une administration des preuves stricte n'étant pas possible en la matière.<sup>497</sup> En effet, comme l'a relevé la jurisprudence européenne également, la définition du marché relevant implique des appréciations économiques complexes.<sup>498</sup>

446. Dans l'arrêt Publigroupe, le Tribunal fédéral a précisé que la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, c'est-à-

---

<sup>496</sup> A 736, N 79.

<sup>497</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.3.4, *Publigroupe/COMCO*

<sup>498</sup> Arrêt du Tribunal du 17.9.2007 T-201/04, pt 482, *Microsoft*. (ECR II-3370)

dire si et seulement s'ils permettent des conclusions impératives sur la situation antérieure.<sup>499</sup> Il y a lieu au surplus de renvoyer aux considérations exposées plus haut en matière du degré de preuve.<sup>500</sup>

447. Ensuite, une remarque liminaire concernant la jurisprudence et la pratique de la COMCO dans la branche économique concernée est nécessaire. En matière de livres, la COMCO s'est prononcée sur la définition d'un marché de référence dans la décision *Sammelrevers*.<sup>501</sup> La définition proposée par la COMCO a été examinée par le Tribunal fédéral.<sup>502</sup> Les considérants du Tribunal fédéral ainsi que ceux de l'autorité de la concurrence se sont inscrits dans l'application de l'art. 5 al. 3 LCart sur l'objet d'un accord horizontal entre les libraires. Si l'accord générique du *Sammelrevers* concernait l'ensemble de la branche, à l'instar des pratiques examinées dans la présente enquête, force est de constater que l'analyse concurrentielle s'est focalisée sur le marché retail à cette occasion. Cette focalisation découle en particulier du fait que le Tribunal fédéral n'a pas constaté qu'il y avait un accord (horizontal) entre les entreprises se trouvant en amont des libraires, mais uniquement entre les libraires, au niveau du prix. Il convient à cet endroit de relever que le marché de l'approvisionnement – le marché wholesale dans la présente enquête – n'a pas été analysé dans l'enquête concernant le *Sammelrevers*.

448. La Commission européenne a procédé à une analyse approfondie de la branche du livre lors de la concentration de deux groupes éditoriaux français importants. Cette analyse est exposée dans la décision *Lagardère*.<sup>503</sup>

#### **B.4.2.1.1 Critiques des parties à la procédure**

449. La proposition du Secrétariat du 14 août 2012 a considéré que le marché de référence au niveau wholesale, dans sa composante produit, concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par des diffuseurs aux libraires/revendeurs en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale était la région francophone supranationale, incluant en particulier la France. Au niveau retail, il a exposé que dans sa composante produit, le marché de référence concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par les libraires/revendeurs aux consommateurs finaux. La dimension géographique du marché relevant retail était la région francophone nationale.

450. Les parties à la procédure ont critiqué plusieurs éléments de la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Ces critiques sont résumées ci-dessous.

451. Interforum a formulé plusieurs critiques.<sup>504</sup> Premièrement, elle a critiqué le fait que seuls les marchés de la vente et de la revente avaient été pris en considération. Deuxième-

---

<sup>499</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.2, *Publigroupe/COMCO*.

<sup>500</sup> Cf. B.3.1, 17.

<sup>501</sup> DPC 1999/3, 474 s., N 62 s., *Sammelrevers*.

<sup>502</sup> ATF 129 II 18, consid. 7.3 (= DPC 2002/4, 731, 743 s., *Buchpreisbindung*).

<sup>503</sup> Deux versions de la décision ont été publiées. D'une part, un résumé de la décision a été publié au Journal officiel : Commission européenne, JO 2004 L 125/54, *Lagardère/Natexis/VUP*. D'autre part, la version intégrale publique de la décision est accessible en ligne : Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP*, accessible à : [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2978\\_20040107\\_600\\_1522341\\_FR.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2978_20040107_600_1522341_FR.pdf) (dernière consultation le 11 juin 2013). Les références à cette affaire dans la présente décision concernent la version intégrale publique.

<sup>504</sup> A 692, 15 ss, N 33 ss et 38 ss, N 139 ss.

ment, elle a contesté que la diffusion et la distribution n'avaient pas fait l'objet d'une distinction. Troisièmement, elle a considéré que non seulement les grossistes, mais aussi les entreprises présentes sur internet et les librairies situées en France devaient être intégrées à l'offre au niveau wholesale. Quatrièmement, au niveau retail, il y aurait eu lieu de considérer les entreprises présentes sur internet du côté de l'offre. Cinquièmement, elle a considéré que les ebooks auraient été substituables aux livres imprimés. Sixièmement, la délimitation géographique au niveau retail aurait été trop étroite, dans la mesure où il serait égal pour un consommateur final de télécharger un livre « depuis un serveur installé au Canada » ou de l'acheter chez un détaillant situé en Suisse.

452. E5F a contesté la définition du marché de référence.<sup>505</sup> La définition des marchés contenue dans la proposition du Secrétariat aurait comporté d'importantes lacunes.<sup>506</sup> La prise de position renvoie essentiellement vers l'expertise Gu[g]gler du 19 octobre 2012 (ci-après : l'expertise Gugler), laquelle a énuméré plusieurs critiques et constatations concernant la définition des marchés. Premièrement, l'expertise Gugler a soutenu de manière générale que la définition des marchés de référence ne serait pas assez claire, ne permettant pas « d'assurer une compréhension des mécanismes, des structures et des contraintes qui s'imposent aux acteurs du marché, en particulier aux diffuseurs.<sup>507</sup> » Deuxièmement, les autres marchés de la chaîne du livre n'auraient pas été considérés.<sup>508</sup> Troisièmement, au niveau de la demande wholesale, elle a constaté que les différentes catégories de détaillants n'auraient pas été prises en considération, alors qu'elles auraient dû l'être.<sup>509</sup> Quatrièmement, elle a considéré qu'une distinction par catégories de livre aurait été nécessaire, dans la mesure où les rapports de concurrence auraient pu également se distinguer entre ces catégories.<sup>510</sup> Cinquièmement, elle a considéré qu'il y aurait eu lieu de tenir compte des livres numériques et du commerce électronique du livre papier.<sup>511</sup> Finalement, elle a critiqué la dimension géographique du marché retail, prétendant que la dimension nationale retenue ne servait qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». <sup>512</sup> E5F n'a retenu aucune définition du marché de référence, ni dans sa prise de position, ni par l'intermédiaire de l'expertise Gugler.

453. Flammarion a renvoyé pour l'essentiel à l'expertise Gugler, également produite en annexe à sa prise de position.<sup>513</sup> Il s'est agi de la même expertise que celle produite par E5F. Au surplus, elle a considéré, d'une part, que le sondage MIS Trend/Hebdo n'aurait pas été une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.<sup>514</sup> » D'autre part, elle a été d'avis qu'un « SSNIP test »<sup>515</sup> aurait dû être mené pour déterminer l'influence du commerce de livres imprimés par internet et que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.<sup>516</sup>

---

<sup>505</sup> A 736 N 108 ss.

<sup>506</sup> A 736 N 108.

<sup>507</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2.

<sup>508</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 2.

<sup>509</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 3.

<sup>510</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5.

<sup>511</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5 ss.

<sup>512</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11.

<sup>513</sup> Cf. A 699, annexe 1 (expertise Gugler).

<sup>514</sup> A 699, 22, n. 63.

<sup>515</sup> « SSNIP » est l'abréviation de « Small but Significant Non-transitory Increase in Price » ; cf.

WHISH/BAILEY (n. 62), 31; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 4 al. 2 LCart N 76 ss.

<sup>516</sup> A 699, 19 ss, N 22 ss.

454. Selon OLF, les grossistes étrangers et les commerçants opérant sur internet devraient être qualifiés de concurrents.<sup>517</sup> De plus, au niveau retail, la vente par l'intermédiaire d'internet et les ebooks devraient être intégrés au marché.<sup>518</sup> Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés de référence.

455. Diffulivre a formulé divers reproches à l'encontre du marché de référence retenu par le Secrétariat dans sa proposition de décision. Ainsi, elle a soulevé qu'au niveau wholesale, une distinction entre un marché de services et un marché de vente des livres aurait dû être opérée en conformité avec la jurisprudence européenne.<sup>519</sup> Ensuite, toujours en relation avec le marché au niveau wholesale, les grossistes et les entreprises présentes uniquement sur internet auraient dû figurer parmi les partenaires de l'échange du côté de l'offre.<sup>520</sup> En ce qui concerne le marché au niveau retail, il appartiendrait au Secrétariat de déterminer dans quelle mesure les ebooks devraient être intégrés au marché de référence en tant que produits substituables aux livres traditionnels.<sup>521</sup> En outre, les acteurs économiques présents uniquement sur internet auraient dû être considérés du côté de l'offre au niveau retail également.<sup>522</sup> Diffulivre a aussi contesté la dimension géographique retenue pour la délimitation du marché de référence au niveau retail.

456. Servidis/Transat ont émis plusieurs critiques.<sup>523</sup> Au-delà de la terminologie anglaise employée, elles ont contesté la nature des entreprises composant l'offre au niveau wholesale (y compris le rôle au niveau de l'offre à ce niveau des entreprises présentes sur internet uniquement), l'absence de distinction entre différentes catégories de livres et la limitation aux livres de langue française. Au niveau retail, elles ont considéré « à la limite de la malhonnêteté intellectuelle » d'écarter les ventes par internet.<sup>524</sup> Au niveau retail, l'accès aux ebooks aurait été un substitut au livre physique et la dimension géographique aurait été supranationale.<sup>525</sup>

457. Bien qu'elle ait reconnu expressément la distinction entre les niveaux wholesale et retail, Dargaud a décrié la méthode utilisée dans la proposition du Secrétariat, consistant à déterminer le marché wholesale avant le marché retail.<sup>526</sup> Elle a considéré en outre qu'il convenait de distinguer des sous-marchés pour chaque catégorie de livre, comme l'a fait la Commission européenne, et d'inclure le livre électronique, les supermarchés et magasins spécialisés mais aussi les ventes par internet. Tous ces éléments ont concerné le marché retail uniquement.

458. AIG a soutenu concernant le marché relevant que les clauses incriminées cloisonnant le marché ne concernaient pas tous les livres qu'elle a écoulés. Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés.<sup>527</sup>

459. AH a considéré que le commerce par internet, qu'il se soit agi des livres imprimés ou numériques, aurait dû être mieux analysé. Elle a considéré ensuite, que les livres de deuxième main auraient été substituables aux livres neufs. Finalement, elle a prétendu que le

---

<sup>517</sup> A 689, 11.

<sup>518</sup> A 689, 10.

<sup>519</sup> A 693a 28 ss.

<sup>520</sup> A 693a, N 47 ss.

<sup>521</sup> A 693a, N 74.

<sup>522</sup> A 693a, N 76 ss.

<sup>523</sup> A 672, 39 ss.

<sup>524</sup> A 672, 44.

<sup>525</sup> A 672, 44.

<sup>526</sup> A 691, 36 ss.

<sup>527</sup> A 690, 25.

marché des best-sellers aurait constitué un sous-marché, dans la mesure où les élasticité-prix auraient été différentes de celles d'autres ouvrages.<sup>528</sup>

460. LLac n'a pas remis en cause la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Elle a relevé cependant que certains diffuseurs étaient intervenus parfois du côté de l'offre sur le marché retail, pour certains clients particuliers tels que les bibliothèques.<sup>529</sup>

461. Glénat et Zoé n'ont pas contesté la définition des marchés de référence.<sup>530</sup>

462. Toutes les critiques émises par les parties à la procédure sont traitées au fur et à mesure de l'analyse, selon les griefs concrets sur lesquels elles portent.

#### **B.4.2.1.2 Dimension produit**

463. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Les critères définis dans cet article sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO également dans les procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart.<sup>531</sup>

464. La substituabilité, principalement sous l'angle de la demande, constitue le critère pertinent pour définir le marché de référence de l'analyse cartellaire. Le degré de substituabilité est apprécié en fonction des caractéristiques objectives (propriété, usage et prix du produit) et subjectives (préférences).<sup>532</sup>

465. Dans un premier temps, le produit « livre » est circonscrit. Dans un deuxième temps, les partenaires de l'échange sont examinés, tant sous l'angle de la demande que de l'offre.

#### **Notion de livre**

466. Les livres écrits en français sont le point de départ de la présente enquête. Le produit « livre » a été défini dans plusieurs contextes sans que des différences significatives n'apparaissent. La définition proposée par le législateur dans la LPL peut être reprise comme point de départ. L'art. 3 LPL entend par « livre » :

*« Tout imprimé publié par un éditeur et tout produit combiné dont l'imprimé est l'élément principal; les journaux, les périodiques, les partitions et les produits cartographiques notamment ne sont pas considérés comme des livres ».*

467. Dans la LPL, les livres considérés correspondent non seulement à cette définition mais sont en outre neufs et sans défaut (art. 2 LPL).

468. Les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français sont au centre de la présente enquête. En Suisse, les livres ainsi définis sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse, ont été produits ou ont transité par la France.

---

<sup>528</sup> A 683, 4 à 6.

<sup>529</sup> A 647, 3.

<sup>530</sup> Cf. A 695 ; A 681, 26 ss.

<sup>531</sup> Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 356 s., (publication prévue en DPC) ; DPC 2010/1, 85 s., N 173 s., *Gaba* ; DPC 2010/4, 670 s., N 165 s., *Hors-liste* ; DPC 2009/2, 147 s., N 41 s., *Felco*.

<sup>532</sup> BORER (n. 14), art. 5 LCart N 12.

469. La plupart des diffuseurs-distributeurs ont considéré qu'il s'agissait d'y ajouter le livre numérique. Certaines parties ont considéré que des subdivisions étaient nécessaires. Servidis/Transat ont prétendu que les livres de langues étrangères, notamment en anglais devraient être ajoutés. AH a considéré que les livres de deuxième main seraient des substituts aux livres neufs. Au surplus, la notion retenue du produit livre a été acceptée par les parties.

470. Livres de deuxième main – AH a relevé que les livres de deuxième main auraient été des substituts aux livres neufs, mais n'a nullement étayé sa thèse plus avant, ni n'en a tiré de conséquence dans l'analyse de la concurrence dont la définition du marché ne constitue que le premier pas. Aucune des parties à l'enquête n'a considéré que la vente de ces livres constituait un substitut. Sans que des chiffres précis ne soient disponibles, il ne semble pas que l'importance de la vente de livres de seconde main soit significative. De plus, ces livres ne sont pas offerts dans les mêmes conditions que les livres neufs, mais peuvent s'acquérir principalement dans les marchés aux puces, chez des antiquaires ou dans des librairies (très) spécialisées. Ils répondent à des schémas de distribution qui ne sont en aucun cas comparables. Etant donné ces différences et leur caractère marginal par rapport à la vente de livres neufs, il n'y a pas lieu d'intégrer les livres de seconde main dans le marché de référence.

471. Livres écrits dans d'autres langues – Servidis/Transat ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres écrits dans d'autres langues. Selon elles, la distinction selon la langue ne serait pas pertinente, tant au niveau wholesale qu'au niveau retail.<sup>533</sup> Elles ont cependant expressément exposé auparavant que le « Secrétariat doit se tenir à la définition du marché de produit qu'il retient, en l'espèce les livres de langue française » et qu'il y a « un marché de produit qui est le marché des livres de langue française.<sup>534</sup> » Dans ce contexte, l'avis de Servidis/Transat sur la question est pour le moins confus. En outre, les chiffres avancés par Servidis/Transat concernaient l'exemple genevois uniquement. Au-delà du fait qu'on peut émettre certains doutes sur la pertinence d'admettre que ces chiffres puissent être représentatifs de (toute) la demande de livres de la part des consommateurs finaux, ils n'établissent nullement que ce sont les (mêmes) consommateurs finaux qui demandent des livres dans plusieurs langues. Si de tels consommateurs existent certainement, l'expérience générale de la vie permet de douter qu'ils ne doivent pas être considérés comme représentant un poids marginal de la demande. La Commission européenne dans la décision *Lagardère* n'a pas du tout considéré ce point. Ainsi, il n'y a pas lieu d'admettre que les livres rédigés dans d'autres langues que le français font partie du marché de référence. Les autres parties n'ont pas contesté ce point.

472. Livres numériques – Plusieurs parties ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres numériques ou ebooks. Servidis/Transat, Dargaud, Interforum et OLF ont invoqué que l'ebook ne ferait partie du marché de référence qu'au niveau retail. L'expertise Gugler, fournie par E5F et Flammarion, n'a pas distingué ses arguments selon les niveaux wholesale et retail et a semblé prétendre que les ebooks devaient également être considérés sur le marché wholesale. Le niveau retail est considéré en premier lieu, suivi du niveau wholesale.

473. Selon une étude du cabinet Kearney de 2012,<sup>535</sup> reprise par différents médias, les ventes d'ebooks ne représenteraient que 0,5 % des ventes totales de livres en France, contre 7 % au Royaume-Uni et 20 % aux Etats-Unis. Selon la même étude, seuls 0,2 % des

---

<sup>533</sup> A 692, 40-41.

<sup>534</sup> A 672, 39.

<sup>535</sup> A.T. KEARNEY, *Do Readers Dream of Electronic Books?*, cf. extrait accessible online, 4, <http://de.slideshare.net/IfBookThen/do-readers-dream-of-electronic-books>.

Français sont équipés en matériel pour lire des ebooks.<sup>536</sup> Toujours selon cette étude, en 2011, 2,7 millions de titres étaient disponibles (en anglais) aux Etats-Unis, alors que seuls 60'000 titres étaient disponibles (en français) en France.<sup>537</sup>

474. Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo effectuée du 21 janvier 2011 au 7 février 2011 et présentée au Salon du livre de Paris en 2011,<sup>538</sup> les Français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support. Cette étude précise également que le taux d'intérêt pour les ebooks n'a pratiquement pas bougé en deux ans, soit de 2009 à 2011.

475. L'expertise Gugler fait référence à une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, dont elle reprend même une illustration.<sup>539</sup> Selon l'expertise Gugler, une forte croissance des parts de marché du livre numérique est prédite par PricewaterhouseCoopers. Dans l'étude mentionnée, les parts des ebooks aux Etats-Unis en 2011 sont – prospectivement – estimées à 11,7 %, au Royaume-Uni à 3,4 %, en Hollande à 0,8 % et en Allemagne à 1,4 %.<sup>540</sup> En 2010, l'estimation est de 7,2 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 1,5 %, en Hollande de 0,3 % et en Allemagne de 0,4 %. En 2009, l'estimation est de 2,7 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 0,2 %, en Hollande de 0,2 % et en Allemagne de 0,1 %. Ces données indiquent sans ambiguïté qu'il ne convient pas d'accorder une importance démesurée aux taux de progression mis en avant pour cette période. A titre d'exemple, la progression du taux en Allemagne entre 2009 et 2010, en une seule année donc, est de 400 %, puis entre 2010 et 2011, de 250 %. Ces progressions à trois chiffres, n'empêchent cependant pas les ebooks de ne peser que 1,4 % en 2011 dans ce pays, selon PricewaterhouseCoopers.

476. Plusieurs parties ont admis d'ailleurs explicitement les conclusions de l'étude PricewaterhouseCoopers. Selon la prise de position d'Interforum du 19 octobre 2012, la distribution d'ebooks « vivra un développement considérable.<sup>541</sup> » Ce propos, au demeurant spéculatif, indique implicitement que la distribution d'ebooks peut effectivement être considérée comme marginale durant la période d'enquête. Dargaud a relevé à plusieurs reprises que l'apparition du livre numérique est « récente ».<sup>542</sup> Elle a même qualifié de « progression fulgurante » l'essor du livre électronique et considéré, sans citer de source, qu'il pèserait *aujourd'hui* 10 % du marché. La conjugaison d'une progression fulgurante et d'une part de marché de 10 % à fin 2012 ne laisse pas de doute sur le caractère marginal de l'ebook durant la période d'enquête.

477. Au demeurant, l'étude PricewaterhouseCoopers, sur laquelle repose l'argument principal de l'expertise Gugler à ce sujet, ne produit aucune donnée concernant les livres en français. Sur la base de la faible pénétration des ebooks en français, il ne peut raisonnablement être admis que la portée de ce support dépasse les taux, eux-mêmes marginaux, des ebooks aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Hollande ou encore en Allemagne. Les don-

---

<sup>536</sup> Cf. article paru le 13 mars 2012, <http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167> ; article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm> (dernières consultations le 19 avril 2013).

<sup>537</sup> A.T. KEARNEY, (n. 535).

<sup>538</sup> Le sondage a été commandé par le magazine spécialisé Livres Hebdo et le Cercle de la librairie et se fonde sur un échantillon de 3'032 personnes représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus, cf. [http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hHGIFvgs\\_RSMi-3cSMVsvgVxwUXw?docId=CNG.829507cd841e863904aa7e5211c47aa7.b1](http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hHGIFvgs_RSMi-3cSMVsvgVxwUXw?docId=CNG.829507cd841e863904aa7e5211c47aa7.b1)

<sup>539</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 6-7.

<sup>540</sup> PricewaterhouseCoopers, Turning the Page: The Future of eBooks, 29, disponible à <http://www.pwc.com/gx/en/entertainment-media/publications/future-of-ebooks.jhtml> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>541</sup> A 692, 40, N 149.

<sup>542</sup> A 691, 38, N 123, 124.

nées sont même probablement très faibles, étant donné la rareté des titres disponibles en français en comparaison aux titres disponibles pour la demande en anglais selon l'étude Kearney.<sup>543</sup> Même à émettre l'hypothèse que le niveau d'équipement est supérieur en Suisse romande qu'en France,<sup>544</sup> dans la mesure où les contenus éditoriaux restent pour ce support également essentiellement produits en France, l'importance des ebooks ne peut être à ce jour que marginale. *A fortiori* il en a été ainsi durant toute la période de référence.

478. L'expertise Gugler elle-même prend soin d'indiquer que l'Office of Fair Trading, l'autorité de la concurrence de la Grande-Bretagne (ci-après : OFT) n'a pas, en 2011, jugé opportun de considérer que les livres numériques faisaient partie du même marché de référence (niveau retail), en raison de l'insuffisance de leur importance.<sup>545</sup> Cette constatation de l'OFT dans l'affaire *Amazon.com/Book Depository International Limited* est très instructive : non seulement elle est récente, car elle date du mois d'octobre 2011, mais en plus elle s'inscrit dans une décision de concentration, situation dans laquelle la période de référence n'est pas celle, passée, d'une enquête portant sur une violation de la concurrence, mais bien celle, future, qui suit immédiatement l'opération de concentration en question, dans un spectre de 2 à 3 ans en général. Les autres jurisprudences de droit comparé mentionnées par l'expertise Gugler ont toutes, sans exception, laissée ouverte la question de la prise en compte des ebooks dans le marché pertinent.

479. Dans un entretien accordé à la télévision suisse romande, Patrice Fehlmann (OLF) a précisé le 30 novembre 2010 : « On est plus en face d'une réflexion des éditeurs qui veulent garder la main sur la production, sur les droits d'auteur. Et chacun a sa raison pour expliquer pourquoi il y viendra demain. Est-ce que c'est parce qu'il n'y a pas de demande qu'il n'y a pas d'éditeur ou l'inverse ? Je ne sais pas vous le dire.<sup>546</sup> » Début 2012, dans un entretien accordé au quotidien 24h Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires indépendants) justifiait le fait que le Parlement n'ait pas jugé opportun de légiférer sur le prix du livre électronique de la manière suivante : « *Le livre électronique vient d'arriver sur le marché il faut attendre avant de légiférer. En outre nous pensons qu'il s'agit d'un nouveau format pour l'écrit qui ne va pas supplanter le livre traditionnel mais plutôt le compléter.*<sup>547</sup> »

---

<sup>543</sup> La presse spécialisée s'est régulièrement faite l'écho du faible développement du livre en français sur le nouveau support dématérialisé. « Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'intérêt des Français pour les livres électroniques est dérisoire ! », article paru le 19 mars 2011 sur Numerama, cf. <http://www.numerama.com/magazine/18332-moins-d-un-francais-sur-dix-a-deja-lu-un-ebook.html> ; « Culture, politiques, stratégie des grands acteurs, attitude des éditeurs, ventes de matériel...le marché des ebooks est très différent des deux côtés de l'atlantique. Ces différences importantes expliquent pourquoi l'ebook est un tel succès aux Etats-Unis, et pourquoi il a tant de mal à trouver sa place en France. », article paru le 15 mars 2012 sur CNET, cf. <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm>; « (...) les livres numériques peinent terriblement à se tailler une place dans les habitudes des consommateurs. Et ce, tout particulièrement en France. », article paru le 13 mars 2012 sur Franchweb, cf. <http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167> (dernières consultations le 19.4.2013).

<sup>544</sup> « On peut même raisonnablement se demander si ce genre d'appareil [liseuses] a un avenir en France. Le taux d'équipement des Français serait de seulement 0,2 %, alors que c'est un élément essentiel pour vendre des ebooks, que les applications de lecture pour tablettes et smartphones ne remplacent pas (encore). », article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm>

<sup>545</sup> OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

<sup>546</sup> Cf. <http://www.rts.ch/emissions/abe/alimentation/2635306-saumon-d-elevage-des-poissons-finalement-assez-conservateurs-e-books-un-marche-qui-se-hate-lentement.html>

<sup>547</sup> Interview accordée au quotidien 24h, publiée le 13.01.2012, 5.

480. Les résultats d'un sondage réalisé en 2012 par M.I.S Trend/L'Hebdo pour le compte du Salon du livre montraient que moins de 8 % des Suisses romands ont lu un livre électronique.<sup>548</sup> À noter que plusieurs parties à la procédure ont remis en cause les résultats de ce sondage. Leurs critiques sont traitées plus bas concernant le commerce électronique de livres imprimés.<sup>549</sup>

481. Selon les considérants de l'OFT dans la décision *Amazon.com/Book Depository International Limited*, il convient de relever que même si l'importance des ebooks avait été plus forte, il n'est pas à exclure que ceux-ci forment un marché de référence distinct. En effet, les différences significatives dans la formation des prix (coûts de production différents) et la nécessité de disposer d'un équipement (liseuse, tablette, ordinateur) notamment, pourraient justifier de considérer un marché séparé des ebooks.<sup>550</sup> Quoi qu'il en soit, l'OFT a exclu du marché de référence les ebooks.

482. Ainsi, en l'espèce, pour la période 2005 à 2011, il y a lieu de considérer que le livre électronique n'a pas fait partie du marché de référence au niveau retail. La question de savoir si le livre électronique doit être inclus dans le marché de référence ou si la vente de livres électroniques constitue un marché séparé peut rester ouverte.

483. Les considérations qui précèdent concernent essentiellement le niveau retail du marché, soit la vente aux consommateurs finaux. L'exclusion des livres électroniques du marché de référence au niveau wholesale est d'autant plus justifiée. D'ailleurs, aucune partie à la procédure n'a développé d'argument spécifique au niveau wholesale. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché wholesale durant la période d'enquête. Pour le futur, comme le relève expressément l'expertise Gugler,<sup>551</sup> la question a été laissée ouverte dans une décision de concentration de l'autorité française de la concurrence du 12 août 2012. La question n'a pas non plus à être tranchée dans la présente procédure.

484. Catégories de livre – Plusieurs parties (Servidis/Transat, E5F, Flammarion, Dargaud), ont jugé nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres. L'expertise Gugler considère qu'une telle division doit être opérée au niveau wholesale, mais pas au niveau retail. Le fait de ne pas considérer des sous-marchés constituerait un biais dans l'analyse subséquente de la concurrence intermarques au niveau wholesale. Dans le même sens, Flammarion a exposé dans sa prise de position à titre d'exemple que le consommateur romand a une préférence entre les guides touristiques de la marque « *Routard* » ou « *Lonely Planet* » dans la préparation de ses voyages.<sup>552</sup> Cette observation est probablement correcte. Elle n'indique cependant pas en quoi elle conduirait à devoir, en l'espèce, considérer un sous-marché. Au niveau wholesale, le détaillant va très probablement devoir commander les deux « marques » mentionnées. Dans tous les cas, il devra être en mesure de les commander pour un client. En effet, à la différence du consommateur qui achètera un guide dans le but de préparer son voyage, le détaillant se procurera plusieurs guides différents, pour les revendre. Dans la mesure où il raisonne de cette façon pour l'ensemble de l'assortiment qu'il propose à ses clients, une division en sous-marchés

---

<sup>548</sup> Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012 ; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse : [http://www.mistrend.ch/articles/SDL\\_hebdo.pdf](http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf) (consulté la dernière fois le 23.4.2013) ; cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse : [http://www.mistrend.ch/articles/sdl\\_leTemps.pdf](http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf) (consulté la dernière fois le 31.7.2012).

<sup>549</sup> Cf. B.4.2.1.2, N 1517 ss.

<sup>550</sup> OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

<sup>551</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8.

<sup>552</sup> A 699, 20, N 86.

est superflue en l'espèce, en particulier au niveau wholesale. La concurrence intermarques mentionnée par Flammarion au moment du choix ne concerne que le consommateur final dans la préparation de son voyage, et ce, sous réserve de l'hypothèse non établie que le consommateur va acheter l'un ou l'autre des deux guides en cause, et non les deux.

485. AH a soutenu qu'il y avait lieu de considérer un sous-marché des best-sellers. Elle s'est fondée essentiellement sur la pratique de la COMCO concernant d'autres biens ayant des caractéristiques culturelles<sup>553</sup> et sur le fait qu'au niveau retail, il conviendrait d'admettre des élasticité-prix différentes pour les best-sellers. En matière de livres, plusieurs autres autorités étrangères de la concurrence n'ont pas jugé nécessaire d'opérer une telle sous-division du marché. Elles ont relevé notamment qu'il n'était pas satisfaisant de se déterminer sur la nature d'un best-seller – À partir de quand un livre est-il un best-seller ? Pour combien de temps ? etc. Les auditions menées par la COMCO ont permis également de constater qu'il y a une grande différence dans la perception de ce qu'est un best-seller selon les parties à la procédure, tant les critères utilisés pour mesurer et juger les ventes diffèrent entre les acteurs.<sup>554</sup> Dans ces conditions, la « catégorie des best-sellers » ne permet pas de fonder un marché de référence utile à l'analyse. Par conséquent, une telle distinction au niveau du marché pertinent n'est pas opportune, ce qui n'empêche pas que le phénomène des best-sellers soit considéré à d'autres stades de l'analyse.

486. Servidis/Transat ont considéré qu'une division en sous-marchés était nécessaire en raison de l'hétérogénéité du marché, mais n'en ont tiré aucune conclusion dans l'analyse. Elles ont semblé au surplus considérer que dans la littérature chaque titre serait un marché en soi, aucun titre n'étant substituable à un autre. Cette conclusion est erronée. Chaque titre ne constitue pas un marché de référence en soi au sens du droit de la concurrence. En effet, malgré la différenciation extrême propre au contenu du produit, il y a lieu de constater que la distribution des livres intervient de manière homogène indépendamment du contenu du titre. En d'autres mots, tous les livres considérés ont en commun le fait qu'ils sont des imprimés. La COMCO, suivie par le TF sur ce point, avait déjà constaté cet élément dans l'affaire *Sammelrevers*.<sup>555</sup> A cette occasion, la demande prise en compte était celle des consommateurs finaux. Le raisonnement vaut *a fortiori* pour le marché wholesale.

487. Dargaud a prétendu que ne pas distinguer entre catégories de livres se détacherait de la pratique de la COMCO dans les affaires *BMW* et *Nikon*. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans l'analyse. Bien que les accords incriminés dans ces affaires auraient connu une application dépassant les marchés de produits retenus, la COMCO aurait cependant à raison distingué les produits pour tenir compte de la réalité du marché. En l'espèce, l'examen des concurrences intramarque et intermarques devrait tenir compte de chaque catégorie de livres.<sup>556</sup> A la différence des affaires mentionnées, les systèmes de distribution en cause en l'espèce s'appliquent non seulement à tous les livres écoulés, mais en plus, ils prévoient une méthode de calcul des prix uniforme basée sur un prix de référence sur le marché final décompté d'une remise (système des tabelles). Dans ce sens, les différences d'élasticités-prix ont certes une influence à certains niveaux du marché – notamment au niveau de la fixation des prix en euros par les éditeurs conformément à la loi Lang, dont l'éventuelle pression concurrentielle sur le marché wholesale sera examinée plus bas – mais certainement pas dans la distribution.

---

<sup>553</sup> DPC 2000/4, 171, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.

<sup>554</sup> A 898, L 60ss ; A 901, L 259ss ; A 902, L 332 ss ; A 904, L 252 ss ; A 908, L 183 ss ; A 912, L 114 ss ; A 905, L 167 ss.

<sup>555</sup> DPC 1999/3, 474 N 64, *Sammelrevers*.

<sup>556</sup> A 691, 37, N 118 ss.

488. Les autres parties à la procédure n'ont pas contesté qu'une distinction en sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres était superflue en l'espèce.

489. Ainsi, il n'y a pas lieu de diviser le marché de référence en sous-marchés selon les grandes catégories de livres, ni selon les best-sellers, ni de considérer que chaque livre constitue un marché pour lui-même. Cela n'empêche pas que l'influence sur la concurrence des phénomènes à l'origine des contestations des parties à ce niveau soit traitée plus loin dans l'analyse, notamment au niveau de l'examen de la concurrence intermarques, dans la mesure où certains diffuseurs-distributeurs ont développé des arguments correspondants.<sup>557</sup>

490. Erreur méthodologique – Finalement, selon Dargaud, il aurait convenu de déterminer le produit uniquement selon la demande des consommateurs finaux, sous peine de commettre une erreur méthodologique.<sup>558</sup> Elle a fondé son argument sur la pratique de la COMCO dans les affaires *Nikon* et *BMW*, en cela qu'il est recouru au concept de la demande dérivée des consommateurs – « *abgeleitete Nachfrage* ». <sup>559</sup>

491. Les préférences des consommateurs finaux sont un élément important dans les décisions d'achat des détaillants. C'est ce qui explique pourquoi les décisions citées, mais également la présente décision accordent une importance particulière à ces préférences. Des constatations semblables ont mené la COMCO à se fonder sur les préférences des consommateurs finaux comme point de départ pour définir la dimension produit du – ou des – marché de référence dans le cadre d'accords ATD constatés dans d'autres industries.<sup>560</sup> Ne joue cependant aucun rôle, l'ordre dans lequel les marchés sont définis. En l'espèce, le niveau wholesale est directement affecté par les clauses ATD. Partant, il est le marché de référence (principal). Pour le définir, il est tenu compte de la demande dérivée des consommateurs finaux mais également d'autres éléments, dont certains ne sont d'ailleurs pas pertinents pour le niveau retail. De plus, les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché retail et la demande des consommateurs finaux sont également considérées à un stade ultérieur de l'analyse.<sup>561</sup> De cette manière, il est tenu compte adéquatement du marché final en l'espèce.

### Niveaux de marché wholesale et retail

492. Les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs, s'ils peuvent notamment au niveau des préférences se recouper en partie ou complètement, ne sont pas directement comparables.<sup>562</sup> Le détaillant intervient dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs non pas dans le but de lire ou d'offrir les livres qu'il acquiert, mais dans le but de les vendre ensuite à des consommateurs finaux. Cette observation n'exclut pas que les libraires soient eux-mêmes de fervents lecteurs, mais elle tient compte de la réalité économique du détaillant qui doit composer son offre de manière à créer un revenu par son activité. Pour ce faire, il tiendra compte des comportements d'achat des consommateurs finaux, mais aussi d'autres critères. Ainsi, le comportement d'achat des consommateurs finaux est (seulement) l'une des composantes de celui du détaillant.

---

<sup>557</sup> Cf. notamment les arguments de Dargaud ci-dessous B.4.2.3.1, 124 ss.

<sup>558</sup> A 691, 36-37.

<sup>559</sup> A 691 N 117; DPC 2012/3, 559 N 174, *BMW*; Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 357 (publication prévue in DPC).

<sup>560</sup> DPC 2012/3, 559, N 174, *BMW*; décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 77 N 357, (publication prévue in DPC); DPC 2010/1, 85 N 174, *Gaba*.

<sup>561</sup> Cf. B.4.2.4, 134 ss.

<sup>562</sup> Cf. également décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagar-dère/Natexis/VUP* (n. 503), point 355.

493. La caractéristique du prix d'un produit est essentielle dans la définition du marché telle qu'elle est prévue par l'art. 11 OCCE.<sup>563</sup> Le prix d'achat pour un même produit est en soi différent entre les deux échelons de marché. En effet, pour un même livre, le consommateur et le détaillant ne seront pas prêts à payer le même montant, car le dernier ne vise pas – ou pas seulement – la lecture de ce livre, mais également sa revente afin de dégager un revenu de son activité. De même, un lecteur ne consomme en général qu'un seul exemplaire d'un titre, alors que le libraire acquiert un même titre en plusieurs exemplaires afin d'être en mesure de revendre ce titre à plusieurs consommateurs finaux distincts. Les questions du nombre d'exemplaires à commander en fonction de la place physique à disposition du détaillant et du risque de supporter des coûts (supplémentaires) de transport en cas d'exercice du droit de retour ne sont pas négligeables pour le détaillant et font partie des réflexions commandées par son activité commerciale habituelle. Le consommateur final n'a pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Il y a donc lieu de distinguer deux niveaux de marché, wholesale et retail pour tenir compte de manière adéquate des caractéristiques différentes de la demande des détaillants et des consommateurs finaux.

494. Aucune des parties n'a remis en cause sur le fond la distinction entre les échelons wholesale et retail des marchés de la vente de livres, exception faite de la critique d'ordre terminologique de Servidis/Transat (anglicisme) et d'un problème de compréhension éventuellement soulevé par l'expertise Gugler concernant le lien fait par le Secrétariat dans sa proposition avec la décision *Lagardère* de la Commission européenne. Pour cette dernière critique, il convient de relever que les mandataires de Dargaud ont constaté expressément que la scission en deux niveaux – wholesale et retail – « est conforme à la jurisprudence européenne et n'est pas remise en cause par Dargaud (Suisse) SA.<sup>564</sup> » Dans la mesure où ce sont les mêmes mandataires qui ont défendu les intérêts de Flammarion, on peut raisonnablement partir de l'hypothèse que l'expertise Gugler, fournie par Flammarion et par E5F, se basait également sur cette scission en deux niveaux de l'analyse, malgré la critique apparente de l'expertise Gugler sur ce point.<sup>565</sup> D'ailleurs, l'expertise Gugler a distingué par la suite fréquemment ses arguments selon qu'ils portaient sur le niveau wholesale ou retail.

495. Les parties ont contesté cependant les partenaires de l'échange qu'il convient de considérer du côté de l'offre (en particulier) et de la demande, tant au niveau wholesale que retail.

496. La demande wholesale et retail, puis l'offre wholesale et retail sont considérées.

### **Demande wholesale**

497. La demande au niveau wholesale est composée des détaillants. Ils englobent principalement les librairies et les autres détaillants actifs dans la vente de livres aux consommateurs finaux, ce qui inclut implicitement les magasins spécialisés que Dargaud a soulevés.<sup>566</sup>

498. Le modèle d'affaires des détaillants dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement la vente au détail, c'est-à-dire les grandes surfaces, n'est pas directement comparable à celui des libraires. En effet, ces entreprises ne sont pas systématiquement en mesure de proposer aux consommateurs finaux la commande des ouvrages désirés si ceux-ci ne se trouvent pas en rayon ou ne font pas partie de l'assortiment.<sup>567</sup> Coop, Naville et la Poste notamment fonctionnent en outre selon le modèle

---

<sup>563</sup> Cf. également DPC 2009/2, 147 N 46, *Felco*.

<sup>564</sup> A 691, 36, N 115.

<sup>565</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2; A 699, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2.

<sup>566</sup> A 691, 40, N 128 ss.

<sup>567</sup> Cf. A 550, 4, 8 et 12 ; cf. A 547, 5.

du rackjobbing, qui prévoit la délégation du choix des produits, en l'occurrence des livres, qu'il s'agit de présenter dans un rayon de taille définie à une entreprise tierce, disposant du savoir-faire en la matière.<sup>568</sup> Ces entreprises sont cependant actives dans la revente de livres et, partant, font partie intégrante de la demande du marché wholesale. Il y a lieu de les considérer dans le marché de référence.

499. Catégories de revendeurs – Selon l'expertise Gugler, la demande au niveau wholesale aurait dû être déterminée en tenant compte des catégories de détaillants. L'expertise n'en a cependant tiré aucune conclusion dans la suite de l'analyse. Aucune autre partie n'a considéré qu'une distinction par catégorie de revendeur serait pertinente.

500. Dans la décision *Lagardère*, la Commission européenne s'est intéressée aux différences entre les types de détaillants pour la définition des marchés en cause. Elle a constaté que les activités de diffusion et de distribution variaient considérablement selon le type de détaillant. Les détaillants sont classés selon différents niveaux en fonction de leur chiffre d'affaires, du nombre de références qu'ils peuvent offrir, de leur surface commerciale réservée aux livres et de leur degré de spécialisation.<sup>569</sup> Etant donné les différences des conditions de concurrence pour les différents types de détaillants, la Commission européenne a ainsi considéré qu'une subdivision par niveau de détaillant serait pertinente. Elle a toutefois laissé la question ouverte, dans la mesure où telle distinction n'aurait pas eu pour effet de modifier le résultat de son analyse.<sup>570</sup> En Suisse, au niveau des services, il ne semble pas que les différences de traitement opérées par les diffuseurs concernant les catégories de détaillants requiert l'analyse de sous-marchés distincts. Les accords examinés sont indépendants du type de détaillant.

501. En l'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux types de détaillants, la question peut cependant rester ouverte car elle n'est pas déterminante en l'espèce.

### **Demande retail**

La demande au niveau retail est composée par les consommateurs finaux, ce qui n'est pas remis en question par les parties à la procédure.

### **Offre wholesale**

502. Du côté de l'offre, les partenaires de l'échange ont essentiellement été les diffuseurs-distributeurs en Suisse durant la période visée par l'enquête.<sup>571</sup> Au vu des prestations comparables qu'ils offrent notamment aux libraires français, les diffuseurs-distributeurs français sont également à ranger du côté de l'offre. Au-delà des diffuseurs-distributeurs suisses et français, plusieurs parties ont fait valoir que d'autres entreprises devraient également être considérées du côté de l'offre au niveau wholesale. Ce sont les grossistes, les coursiers, les entreprises présentes sur internet et les libraires français. Le rôle de chacun de ces types d'entreprises est analysé. Avant cela, il convient cependant de traiter la critique principale-

---

<sup>568</sup> Cf. A 551, 4 ; A 527, 2.

<sup>569</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 36. Quatre catégories résultent de ce classement – les détaillants de niveau 1, de niveau 2, les grossistes et les hypermarchés. Les premiers obtiennent un large éventail de prestations, alors que les derniers se contentent du service minimal ; la gamme d'ouvrages diffusés et les taux moyens de remise diffèrent également selon le niveau des détaillants.

<sup>570</sup> décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 176 à 187, 355.

<sup>571</sup> Cf. B.4.2.4, 134 ss.

ment émise par Diffulivre, concernant le fait de considérer les diffuseurs comme des partenaires de l'échange.

503. Diffuseurs comme partenaires de l'échange – Diffulivre a constaté que la Commission européenne n'avait pas considéré les diffuseurs-distributeurs en tant que tels mais plutôt les éditeurs et leurs partenaires les diffuseurs-distributeurs, formant un tout, malgré leur relation contractuelle basée sur la prestation de service, comme partenaire de l'échange des détaillants. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans la suite de son analyse de la concurrence. D'ailleurs, la distinction wholesale et retail a été reprise sans autre par l'expertise CRA qu'elle a fournie.<sup>572</sup>

504. Admettant la relation particulière entre les éditeurs et les diffuseurs-distributeurs, la Commission européenne a essentiellement fondé son analyse dans la décision *Lagardère* sur deux niveaux de demande, soit celle constituée par les détaillants et celle constituée par les consommateurs finaux,<sup>573</sup> conceptuellement les mêmes que dans la présente décision. Plus avant elle a précisé : « La vente de livres s'effectue à plusieurs niveaux de la chaîne du livre. Dans un premier temps, il existe une relation commerciale entre les éditeurs et leurs clients détaillants, qui s'articule autour d'un prix, la remise accordée au revendeur. Dans un second temps, le livre fait l'objet d'une transaction commerciale distincte de la première qui se déroule entre les détaillants et le consommateur final, c'est-à-dire le lecteur. Lorsque le client revendeur est un grossiste et non un détaillant, une relation commerciale intermédiaire supplémentaire prend place entre ce grossiste et les détaillants de petite taille.<sup>574</sup> » On peut par ailleurs relever que Servidis/Transat ont constaté à tort que le seul marché de gros considéré par la Commission européenne dans l'affaire *Lagardère* serait la vente par les grossistes aux détaillants.<sup>575</sup>

505. L'analyse de la Commission est adaptée sur mesure à la décision *Lagardère*. Les spécificités de la demande wholesale identifiées dans la présente procédure commandent cependant de considérer les diffuseurs-distributeurs comme les partenaires de l'échange, et non les éditeurs, pour la plupart situés en France. En effet, dans la perspective des détaillants en Suisse, les diffuseurs-distributeurs sont l'interlocuteur direct. En particulier, c'est avec eux que les remises sont en principe négociées, et non avec les éditeurs français. De plus, si l'importance des diffuseurs-distributeurs (français) et leur influence au niveau de la politique commerciale de l'éditeur sont considérées comme (très) fortes par la Commission européenne,<sup>576</sup> leur influence en Suisse sur la politique commerciale est encore plus grande. Plus proches du marché, ils jouent un rôle considérable en pratique et déterminent la table. Au surplus, on constatera que les diffuseurs-distributeurs suisses comme les grossistes en France, sont approvisionnés par les diffuseurs-distributeurs français. En d'autres mots, en Suisse, il y a systématiquement une relation commerciale supplémentaire pour les livres écoulés sur le territoire national durant la période visée par l'enquête. Or, dans l'analyse de la Commission européenne, la relation d'intermédiaire assumée par les grossistes a justifié de les considérer comme des partenaires de l'échange.<sup>577</sup>

---

<sup>572</sup> A 693a, annexe 1 (expertise CRA), 1 ss.

<sup>573</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 174.

<sup>574</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 159.

<sup>575</sup> A 672, 40.

<sup>576</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 124.

<sup>577</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 278 ss.

506. Dans la suite de son analyse, Diffulivre elle-même a partagé l'opinion que du point de vue de la demande, ce sont les diffuseurs-distributeurs qui intervenaient du côté de l'offre, notamment lorsqu'elle a soutenu, à plusieurs reprises, que les diffuseurs-distributeurs français auraient pu être, à côté des diffuseurs-distributeurs suisses notamment, des partenaires de distribution des détaillants suisses.<sup>578</sup>

507. En Suisse, le rôle des diffuseurs-distributeurs est encore plus important que dans la situation à la base de l'analyse de la décision *Lagardère*. Au-delà de Diffulivre aucune partie n'a mis en cause que les diffuseurs-distributeurs sont les partenaires de l'échange des détaillants considérés. Ce sont donc eux qu'il s'agit de considérer comme partenaires de l'échange du côté de l'offre au niveau wholesale. Au surplus, il peut être renvoyé aux considérants dédiés à l'indépendance des diffuseurs-distributeurs suisses.<sup>579</sup>

508. Diffuseurs en France – Les parties n'ont pas remis en cause que les diffuseurs-distributeurs en France font partie de l'offre. Interforum a précisé même que « sur le marché wholesale Amazon est un des trois plus grand[s] clients d'*Interforum France* ». <sup>580</sup> Diffulivre est revenue à plusieurs reprises sur la possibilité prétendument offerte par Hachette Livre.<sup>581</sup> Flammarion l'a également reconnu.<sup>582</sup>

509. Grossistes – Selon Diffulivre, OLF et Interforum, les grossistes devraient être considérés du côté de l'offre sur le marché wholesale. Diffulivre a souligné dans sa prise de position le rôle et l'importance des grossistes sur le marché wholesale.<sup>583</sup> Selon elle, le canal des grossistes serait substituable à celui des diffuseurs ; les services d'un niveau différent que ceux offerts par les diffuseurs-distributeurs ne seraient pas un critère pour les exclure du marché de référence wholesale dans la perspective d'une délimitation des marchés fondée sur la vente de livres et le caractère incomplet de leur assortiment ne les distinguerait pas des autres diffuseurs-distributeurs puisque la distribution est caractérisée par des rapports d'exclusivité. Plus avant, elle a remis en cause la pertinence des données statistiques de l'étude Ipsos Culture de mars 2007.<sup>584</sup> Ces données ne permettraient pas de conclure à ce que l'importance des grossistes soit faible pour les détaillants suisses.<sup>585</sup>

510. Les arguments qui ont été avancés par Diffulivre concernant l'assortiment et la qualité de services sont pertinents. Il est correct d'affirmer qu'aucun diffuseur-distributeur dans un système d'exclusivité généralisé tel qu'il a cours dans la branche du livre ne dispose d'un assortiment complet. Les différences au niveau du service ne doivent pas non plus mener à une définition trop étroite du marché de la vente. Dans ces circonstances, les grossistes doivent être intégrés au marché de référence. L'importance réelle qu'ils ont joué sur le marché sera considérée au niveau de l'analyse des concurrences intramarque et intermarques.

511. Librairies situées en France - Certains diffuseurs, notamment Interforum et Diffulivre ont considéré que les libraires en France pouvaient constituer une alternative d'approvisionnement pour les détaillants en Suisse. Distrilivres a monté un système d'approvisionnement

---

<sup>578</sup> Cf. notamment A 693a, N 39 ss.

<sup>579</sup> Cf. B.1.1, 10 ss.

<sup>580</sup> A 692, 16, N 39.

<sup>581</sup> A 693a, N 39 ss.

<sup>582</sup> A 699, 25, N 108.

<sup>583</sup> A 693a, 22, N 51 ss.

<sup>584</sup> Ipsos Culture et Observatoire de l'économie du livre, Situation économique de la librairie indépendante - rapport des enquêtes quantitatives, disponible à l'adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000245/0000.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>585</sup> A 693a, 25, N 59 ss.

reposant essentiellement sur des achats à travers des librairies françaises. On peut cependant se demander si les libraires français constituent un partenaire de l'échange au niveau wholesale uniquement en raison de l'ampleur du potentiel d'arbitrage et des restrictions au cœur de la présente enquête. La question de savoir si ces libraires font partie de l'offre au niveau wholesale peut rester ouverte.

512. Commerce électronique du livre imprimé (en particulier Amazon) – Pour éviter toute redondance et proposer un exposé clair, le rôle du commerce électronique sur le niveau wholesale est traité à la suite de l'analyse concernant son importance au niveau retail. En effet, toutes les parties qui ont prétendu que le commerce électronique avait eu une influence durant la période de référence au niveau wholesale ont également invoqué que cela avait été, *a fortiori* le cas au niveau retail.

513. L'analyse qui suit permet de retenir que le commerce électronique du livre n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

### **Offre retail**

514. L'offre retail est principalement constituée par les détaillants, lesquels ont acquis les livres des partenaires de l'échange de l'offre wholesale.

515. Flammarion a exposé que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.<sup>586</sup> Il ne s'agit là pas d'une critique, mais d'une erreur, puisque les grandes surfaces sont considérées – et l'ont déjà été dans la proposition du Secrétariat – du côté de l'offre sur le marché retail.

516. Sont exclus du marché de référence retail, les clubs de vente par correspondance. Cela concerne notamment l'entreprise France Loisirs dont le modèle économique se base sur le principe d'un engagement dans un club. Les membres sont obligés de commander un nombre minimal de livres par année, à défaut de payer la sélection du trimestre, composée d'un ou de deux livres recommandés par le comité de lecture du Club France Loisirs Suisse.<sup>587</sup> Aucune partie n'a remis en cause l'exclusion du Club France Loisirs Suisse du marché de référence.

517. **Commerce électronique de livres imprimés** – La principale critique de nombreuses parties – Diffulivre, Servidis/Transat, Dargaud, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (au moins implicitement) – a concerné l'absence de prise en compte au niveau de l'offre retail des entreprises actives par l'intermédiaire d'internet, dont Amazon est la plus connue. La plupart des parties n'a pas motivé en détail ce point. Certaines parties, en particulier Diffulivre ainsi qu'E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler, ont en revanche avancé plusieurs éléments pour soutenir la thèse.

518. Pratique à l'étranger – L'expertise Gugler a relevé expressément que l'OFT n'a pas considéré le commerce électronique comme un substitut du commerce stationnaire dans une décision de concentration du 26 octobre 2011.<sup>588</sup> Selon l'OFT, qui a fondé sa décision sur la base de nombreuses prises de position de tiers, deux études économiques livrées par les parties en cause (*BML Survey* et *ICM Survey*), une étude économique livrée par un tiers et construite sur la méthode du SSNIP test,<sup>589</sup> la vente de livres imprimés par le commerce électronique est un marché de référence différent que la vente de livres imprimés dans des

---

<sup>586</sup> A 699, 19 ss, N 22 ss.

<sup>587</sup> Cf. [www.franceloisirs.ch](http://www.franceloisirs.ch), aide en ligne (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>588</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7 ; OFT, ME/5085/11, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

<sup>589</sup> OFT, ME/5085/11, 4 ss, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

« magasins physiques » – « *physical stores* » ou « *bricks and mortar retailers* ». <sup>590</sup> On rappelle que la définition du marché relevant est un exercice prospectif dans l'analyse d'une concentration. On relèvera que l'OFT semble être la seule autorité à ce jour à avoir mené une analyse dans la branche du livre sur l'opportunité de considérer un marché séparé du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire. Comme l'expertise Gugler l'a constaté, les décisions de la Commission européenne, de l'Autorité française de la concurrence (en 2012) mais aussi de l'autorité allemande Bundeskartellamt ont toutes laissé la question ouverte, dans la mesure où cela ne modifiait pas les conclusions des décisions correspondantes. <sup>591</sup>

519. Dans la décision *Lagardère*, la Commission européenne avait également laissé la question ouverte. Selon Dargaud et Servidis/Transat, les références à la décision *Lagardère* sont peu pertinentes, étant donné la date à laquelle a été adoptée celle-ci. <sup>592</sup> On a vu que de nombreuses décisions récentes sont parvenues à la même conclusion que la Commission européenne. Il convient de garder à l'esprit que la décision *Lagardère* est une décision de concentration et que la délimitation du marché relevant y est par définition prospective, laquelle s'inscrit dans un horizon temporel en principe de deux à trois ans. Dans la mesure où la décision a été arrêtée en 2004, elle ne pourrait pas être écartée sous ce seul prétexte.

520. Plusieurs détaillants (physiques) ont déclaré qu'ils considéraient les sites tels que Amazon comme de réels concurrents, ce qui supposerait que ceux-ci fassent partie de l'offre au niveau retail. La définition des marchés repose en principe essentiellement sur les perceptions de la demande. Dans ce sens, il serait erroné de considérer comme décisives les indications des détaillants pour déterminer si le commerce électronique doit être inscrit du côté de l'offre. Il n'en reste que les perceptions rapportées par ceux-ci ont une valeur certaine. L'évaluation des questionnaires indique, conformément à ce qu'a prétendu Diffulivre, que la plupart des détaillants – presque trois sur quatre – a considéré que les entreprises actives sur internet étaient des concurrents actuels, en 2011. Au moment d'estimer l'importance du commerce électronique, moins de la moitié des détaillants interrogés n'a cependant été en mesure d'articuler des chiffres. Lorsque des chiffres ont été articulés, il est ressorti que selon les détaillants, l'importance d'Amazon, en 2011 s'établissait en moyenne à environ 10 %.

521. Durant son audition, Jacques Lecomte (Distrilivres) a affirmé que les concurrents de Distrilivres avec l'euro à 1.2 francs, ne sont pas Payot et la FNAC (Suisse), mais Amazon et les librairies qui ouvrent dans la région d'Annemasse, à proximité de la frontière avec la Suisse. <sup>593</sup> La portée d'Amazon est estimée par Jean-Marie Lebec (Payot), lors de l'audition du 26 novembre 2012, à 10, 15 % peut-être. <sup>594</sup>

522. Il y a lieu d'admettre que les détaillants ont considéré en 2011 les entreprises actives sur internet comme des concurrents et qu'ils ont estimé que le poids de la vente de livres par internet a été marginal en 2005 et de l'ordre de 10 à 15 % pour la période 2010-2011. Sans être décisifs, ces éléments sont un indice en faveur de l'inclusion des entreprises actives sur internet du côté de l'offre sur le marché retail.

523. Plusieurs diffuseurs-distributeurs n'étaient pas en mesure de fournir une estimation de l'importance du commerce électronique de livres en Suisse dans leur réponse au questionnaire du 2 mars 2011. Pour ceux qui ont fait part de leur estimation, les indications sont

---

<sup>590</sup> OFT, ME/5085/11, 11, N 40, *Amazon.com/Book Depository International Limited*.

<sup>591</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7-8 ; A 692, 41, N 132 (Servidis/Transat).

<sup>592</sup> A 672, 44, Fn 120; A 691, 41 N 132.

<sup>593</sup> A 886, 3, L 321 ss.

<sup>594</sup> A 913, L 935-936.

proches de celles des détaillants, Interforum et Dargaud indiquant des parts de marché identiques de 10 % (2010) et 12 % (2011),<sup>595</sup> OLF des parts de marché de 10 % (2010) et 15 % (2011).<sup>596</sup> Glénat a indiqué que le commerce électronique pesait 10 % en se référant au sondage M.I.S Trend examiné ci-après. Les autres diffuseurs-distributeurs ne se sont pas prononcés.

524. La portée du sondage M.I.S Trend a été remise en cause par certaines parties. D'une part, Diffulivre a prétendu que selon le sondage M.I.S Trend internet exercerait une présence déjà significative sur le marché retail. D'autre part, Flammarion a considéré que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne serait pas une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.<sup>597</sup> ». D'autres parties ont simplement soulevé que le sondage n'était pas sérieux, étant donné qu'il a été rapporté par un magazine hebdomadaire. Le fait que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne peindrait pas la réalité n'est pas motivé par Flammarion, qui n'a fourni d'ailleurs aucun élément de fait pour soutenir sa critique. Il n'y a pas lieu d'écarter « par principe » le sondage M.I.S Trend/Hebdo, ni de ne pas le considérer sous prétexte qu'il a été élaboré en collaboration avec un magazine hebdomadaire.

525. Le sondage M.I.S Trend appelle plusieurs commentaires. Les données à la base de l'étude ont été collectées à la fin de l'hiver 2012.<sup>598</sup> Selon l'étude, moins de 10 % des Suisses romands ont le plus souvent acheté des livres par le biais d'internet en 2012. La question posée était la suivante : « Où achetez-vous le plus souvent vos livres ? »

526. Interforum a prétendu que « 10 % sont une part de marché loin d'être négligeable.<sup>599</sup> » La texture ouverte de la question, comme l'a relevé Diffulivre, ne permet pas de conclure à admettre que le chiffre de 10 % correspond à une part de marché. Le chiffre ne concerne que le lieu d'achat le plus utilisé et n'indique aucun volume. Il convient dans tous les cas d'être prudent pour extrapoler des indications en parts de marché à partir de ces données.

527. M.I.S Trend a indiqué que 74,2 % des Suisses romands achetaient le plus souvent leurs livres dans une librairie appartenant à une chaîne ou de type indépendant. Les propositions à choix du sondage éludaient les supermarchés – comme Manor, Migros, Coop – mais aussi d'autres lieux comme les kiosques Naville ou la Poste. Or, comme l'ont relevé de nombreux diffuseurs, il ne peut être fait abstraction de ces canaux. Dans ces circonstances, on ne peut exclure qu'en volume de livres achetés, la prise en compte du poids de ces détaillants tend à se répercuter négativement sur le canal internet, comme sur les autres canaux mentionnés d'ailleurs.

528. La plupart des parties ont souligné la rapidité de la croissance des entreprises actives sur internet. Interforum a dans ce sens précisé que le chiffre de 10 % est d'autant moins négligeable que les parts de marché des entreprises sur internet connaissent une croissance très rapide.<sup>600</sup> Sous l'hypothèse d'un développement rapide, il ne peut être mis en doute dans ces circonstances que le chiffre de 10 % avancé par l'étude, décrivant la situation en

---

<sup>595</sup> A 407, Q. 14.

<sup>596</sup> A 404, Q. 14.

<sup>597</sup> A 699, 22, n. 63.

<sup>598</sup> Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012 ; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse : [http://www.mistrend.ch/articles/SDL\\_hebdo.pdf](http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf) (consulté la dernière fois le 31.7.2012) ; cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse : [http://www.mistrend.ch/articles/sdl\\_leTemps.pdf](http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf) (consulté la dernière fois le 31.7.2012).

<sup>599</sup> A 692, 40, N 148.

<sup>600</sup> A 692, 40, N 148.

2012, est très probablement supérieur à l'influence réelle du canal en question durant la période de référence, à savoir de 2005 à 2011. Pour rappel, en 2005, la Suisse romande venait juste de passer la barre des 50 % de la population utilisant internet régulièrement et c'est en 2010 que la Suisse romande a dépassé la barre des 60 %.<sup>601</sup> Il est au surplus notoire que procéder à des paiements sur des sites étrangers ne fait pas partie des activités les moins craintes par les utilisateurs internet.

529. Le sondage distingue entre les résultats pour les hommes et les femmes. Il ressort du sondage que parmi les catégories « 4 à 10 achats » et « plus de 11 achats » proposées pour répondre à la question « [a]u cours des douze derniers mois, combien de livres avez-vous achetés ? », les femmes surperforment systématiquement les hommes. Cette indication confirme les données collectées par l'UNESCO indiquant que 39 % des femmes contre seulement – ce qui reste cependant élevé en comparaison internationale – 24 % des hommes lisent quotidiennement. Il convient de constater que les femmes génèrent un plus gros volume de commerce de livres que les hommes. Or, cette consommation plus forte de livres par l'un des genres ne retrouve pas son pendant au niveau des achats sur internet. L'achat sur internet n'est l'apanage que de 5,7 % des femmes contre 12 % des hommes, soit plus du double. Selon ces indications, il semble ainsi même plutôt raisonnable d'admettre que la moyenne indiquant que 10 % de la population suisse romande achète en 2012 le plus souvent des livres sur internet est probablement surévaluée et que le volume généré est inférieur à 10 %.

530. Dans ces circonstances, il n'est pas possible de déduire du sondage M.I.S Trend que le commerce électronique aurait eu une influence importante sur le marché durant la période d'enquête. Il indique qu'environ 10 % des consommateurs ont effectué le plus souvent, leurs achats de livres par internet. Il s'agit d'un indice selon lequel certains consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais cet indice ne permet pas d'affirmer que cela a été le cas durant la période visée par l'enquête.

531. Diffulivre a produit une étude effectuée par Ipsos Suisse SA (ci-après : rapport IPSOS) à sa demande. Ce rapport confirmerait l'importance d'internet pour les consommateurs de Suisse romande, selon Diffulivre. Le rapport Ipsos a été réalisé online, du 14 au 19 septembre 2012 sur un échantillon de 561 individus. Cela signifie que l'étude a été réalisée en dehors de la période d'enquête et sur la base de réponses fournies par des internautes. Pour déterminer l'importance du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire pour les consommateurs Suisses romands, le choix d'une étude online est particulièrement peu pertinent. Se basant sur le rapport Ipsos, Diffulivre a souligné que, parmi les Suisses romands ayant acheté des livres par le commerce électronique durant l'année précédant l'étude – essentiellement en 2012 en d'autres mots – 29 % ont déclaré acheter de plus en plus souvent sur internet.<sup>602</sup> Cette donnée confirme la progression du canal internet. Elle prouve également que durant la période visée par l'enquête l'influence a forcément été inférieure à ce qu'elle peut l'être à ce jour. Comme l'étude M.I.S Trend, le rapport Ipsos constitue un indice selon lequel les consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais il ne laisse pas tirer de conclusion déterminante pour la période visée par l'enquête.

532. L'importance d'internet serait également corroborée par des données statistiques françaises que Diffulivre a extrapolé pour juger de la situation en Suisse. Le tableau proposé par Diffulivre indique qu'en France, les ventes de livres par internet sont passées de 5,4 % en 2005 à 10,0 % en 2009. Les chiffres devraient même être supérieurs pour la Suisse étant

---

<sup>601</sup> Cf. Office fédéral de la statistique, [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche\\_globale.indicator.30106.301.html?open=5,6#6](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html?open=5,6#6) (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>602</sup> A 693a, 36.

donné le différentiel de prix entre la Suisse et la France.<sup>603</sup> Ces données statistiques n'appellent de commentaire particulier si ce n'est qu'elles ne concernent pas la Suisse. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un indice supplémentaire menant à considérer les entreprises actives sur internet du côté de l'offre retail.

533. Diffulivre a exposé que cela serait contraire à la pratique de la COMCO de ne pas considérer les ventes par internet, citant la décision *Online-Handel*.<sup>604</sup> S'il est correct de remarquer que la COMCO a considéré le canal internet dans ladite décision, la définition du marché de référence reste un exercice devant être effectué au cas par cas et dépendant exclusivement des circonstances de la branche concernée. On ne saurait extrapoler des constatations faites en matière de ventes de machines à laver, des éléments déterminants pour apprécier la substituabilité de la demande de livres de la part des consommateurs finaux, seul pertinente en l'espèce.

534. L'expertise Gugler datant du 19 octobre 2012 a mentionné au demeurant, en se basant sur plusieurs sources que « [d]ans de nombreux pays, on observe une augmentation de la part de marché détenue par le [commerce électronique de livres]<sup>605</sup> dont la substituabilité au commerce stationnaire tend à s'affirmer.<sup>606</sup> » En observant que la substituabilité « tend à s'affirmer » à l'automne 2012, l'expertise Gugler constate ainsi que cette substituabilité est en progression et, précisément, qu'elle n'est pas encore – puisqu'elle « tend » – affirmée en automne 2012. Dans ce contexte, une lecture précise de l'expertise Gugler confirme également que le commerce électronique de livres n'a certainement pas constitué une option de substitution durant la période de référence, laquelle s'étend de 2005 à 2011.

535. Flammarion au niveau retail a considéré que c'est la méthode du SSNIP test qui devrait être utilisée pour déterminer si la vente de livres imprimés par internet devait être considérée dans le marché relevant.<sup>607</sup> Sur le plan conceptuel, le point est pertinent. Cette méthode a d'ailleurs été mise en œuvre par l'OFT dans l'examen de la concentration *Amazon.com/Book Depository International Limited* et c'est justement sur cette base qu'il a été considéré, à la fin 2011 et pour la durée habituelle de deux à trois ans pertinente en cas de concentration, que la vente de livres imprimés par internet n'était pas un substitut à la vente physique de livres.<sup>608</sup> Pour la Suisse, le rapport Ipsos relève que « le prix trop élevé des livres est clairement la principale raison pour laquelle les Romands achètent moins souvent leurs livres en librairie et en GSS<sup>609</sup> » et que « [l]e prix des livres est clairement la principale motivation des Romands qui achètent plus souvent leurs livres sur internet.<sup>610</sup> » Dans ces circonstances, il ne peut ainsi être exclu que le commerce électronique constitue en Suisse également un marché distinct du commerce stationnaire, mais que c'est le niveau de prix anormalement élevé du commerce stationnaire, en particulier dans un contexte de forte appréciation du franc suisse, qui mène à ce que le commerce électronique de livres devienne un substitut du commerce stationnaire. Sous une forme certes particulière, ce phénomène

---

<sup>603</sup> A 693a, 37.

<sup>604</sup> Cf. DPC 2011/3, 372 ss, *Online-Handel*.

<sup>605</sup> Le texte original indique « commerce de livres électroniques », mais il convient d'admettre qu'il s'agit d'une confusion de l'auteur. Une portée limitée aux livres électroniques du propos tenu serait dans tous les cas moins favorable aux mandantes de l'expertise Gugler que l'interprétation retenue dans la présente décision.

<sup>606</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8.

<sup>607</sup> A 699, 20, N 88.

<sup>608</sup> Cf. B.4.2.1.2, N 478 ss.

<sup>609</sup> L'abréviation n'est pas précisée dans l'étude, il semble que cette indication regroupe les chaînes de librairies/grandes surface culturelles si l'on se réfère à la prise de position de Diffulivre, A 693a, 36.

<sup>610</sup> A 693a, annexe 2 (rapport Ipsos), 52.

n'est pas sans rappeler l'analyse des autorités américaines dans l'affaire *United States v El du Pont de Nemour and Co* dont la doctrine a déduit l'erreur dite de la « *Cellophane Fallacy* ». <sup>611</sup> Dans sa prise de position, Interforum a relevé qu'il y a « sûrement des clients qui, par principe, préféreraient la librairie [physique] aux offreurs sur internet. <sup>612</sup> » Distrilivres a précisé que c'est « l'euro à 1,2 » qui mène à ce que ses concurrents ne soient plus Payot ou la Fnac, mais bien Amazon et les librairies transfrontalières. <sup>613</sup> Les constatations du rapport Ipsos et d'Interforum ne permettent pas d'écarter l'option d'une substituabilité uniquement due à la (forte) différence de prix actuelle entre le commerce électronique et stationnaire.

536. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le commerce électronique de livres imprimés connaît un développement non négligeable dans la branche du livre en Suisse. Sur la période visée par l'enquête, il s'est avéré qu'il n'a joué qu'une portée marginale en 2005 et que sa portée avait progressé pour représenter, en 2011, un poids de 10 % de l'achat des livres en Suisse romande par des consommateurs finaux. La plupart des acteurs ont constaté une progression rapide de ce canal de distribution. Cette indication laisse conclure à ce que le commerce électronique n'a pas joué un rôle important durant la période visée par l'enquête. De plus, au même titre que la pénétration du commerce électronique dans les habitudes de consommation, l'appréciation du franc semble avoir joué un rôle déterminant dans la progression des sites en ligne. Cette indication ne permet pas d'exclure qu'il conviendrait, comme l'a fait l'OFT et l'a relevé l'expertise Gugler, de distinguer entre un marché du commerce stationnaire et un marché du commerce électronique de livres. D'ailleurs, le fait que malgré la différence de prix conséquente entre un même livre obtenu sur internet ou en librairie, fait relevé par tous les diffuseurs-distributeurs, en particulier durant les années 2009 à 2011, il n'y a pas eu de déplacement de la demande conséquent vers le commerce électronique est un indice important dans le sens d'une constatation de deux marchés distincts. Pour la présente enquête, la question de savoir si ces entreprises font partie de l'offre substituable au niveau retail pour la période visée par l'enquête peut rester ouverte. Cependant il conviendra d'examiner l'influence du commerce électronique au moment de l'analyse d'éventuelles pressions concurrentielles émanant des entreprises actives sur internet sur les diffuseurs-distributeurs. <sup>614</sup>

### **Commerce électronique de livres imprimés (wholesale)**

537. Selon Diffulivre, Servidis/Transat, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (pour ces deux entreprises, au moins implicitement), les entreprises qui vendent des livres sur internet doivent être considérées du côté de l'offre également sur le marché wholesale. Elles se sont fondées notamment sur les réponses de certains détaillants durant l'enquête. En revanche, OLF a indiqué durant l'enquête que « le canal internet est au-

---

<sup>611</sup> WHISH/BAILEY (n. 62), 32-33. Dans cette affaire, certains produits ont été considérés comme des substituts alors qu'il n'en étaient probablement pas, et ce uniquement du fait que l'entreprise en cause avait déjà élevé les prix de son produit à un niveau supra compétitif. On notera que le SSNIP test a été développé aux Etats-Unis pour examiner les opérations de concentration, c'est-à-dire dans un contexte où une restriction de concurrence n'est pas présumée par l'analyse juridique. L'UE a étendu la portée de ce test aux analyses de restrictions à la concurrence – à savoir les at. 105 et 106 TFUE – mais adopte expressément une approche prudente à cet égard et se garde de fonder la définition des marchés de référence uniquement sur ces critères, cf. Notice sur la définition du marché de l'UE.

<sup>612</sup> A 692, 40, N 147.

<sup>613</sup> A 886, 3, L 321 ss.

<sup>614</sup> Cf. B.4.2.4, 134 ss.

jourd'hui destiné au consommateur final.<sup>615</sup> Plusieurs parties se sont référées à la réponse suivante de 2011 de la librairie Ex Nihilo :

*« J'achète souvent sur Amazon.fr. Les livres sont vendus au change réel, hors TVA française, les frais de port sont offerts. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur Amazon des livres au prix où les libraires les achètent aux diffuseurs.<sup>616</sup> »*

538. La même librairie a fait en 2008, ce qu'a relevé Diffulivre également,<sup>617</sup> la remarque suivante :

*« Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant.<sup>618</sup> »*

539. Il ne peut être interprété des deux affirmations de la librairie Ex Nihilo que les entreprises présentes sur internet ont constitué durant la période visée par l'enquête et même par après, une alternative d'approvisionnement. La librairie a abordé la question du prix. Un approvisionnement par Amazon ne permet pas au libraire de retirer une marge suffisante pour son activité. Les prix sur Amazon sont les mêmes que peut obtenir tout un chacun utilisant ce canal. Cela renforce la thèse selon laquelle le canal internet peut représenter, au mieux un dépannage pour une librairie qui souhaite garantir un service à certains clients préconisant le commerce stationnaire par rapport au commerce électronique. Dans ce sens, les autres détaillants qui ont entrepris de se fournir par internet, cités par Diffulivre à l'appui de cet argument, ont indiqué que la commande par internet s'inscrivait au même niveau que de profiter d'un séjour en France pour acheter des livres ou qu'elle était utilisée lorsqu'un diffuseur exclusif pour la Suisse n'avait pas été prévu ou pour des recherches concernant de petits éditeurs méconnus.<sup>619</sup> Les indications de Payot lors de son audition ont confirmé cet état de chose.<sup>620</sup>

540. De manière générale, le fait que plusieurs détaillants ont indiqué que les entreprises actives sur internet étaient devenues des concurrentes permet également d'exclure le commerce électronique de l'offre wholesale.

541. Ainsi, les démarches ont été exécutées dans des situations particulières, ponctuelles, et elles ne sauraient mener à la conclusion que les entreprises actives sur internet constituent une alternative d'approvisionnement. Le commerce électronique, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises dont le modèle repose sur des commandes par internet, n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

#### **B.4.2.1.3 Dimension géographique**

542. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits. Les critères définis dans cette disposition sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO dans les

---

<sup>615</sup> A 76, 2.

<sup>616</sup> A 406, 6.

<sup>617</sup> A 693a, 244.

<sup>618</sup> A 136, 2.

<sup>619</sup> A 693a, 82, N 242-243.

<sup>620</sup> A 913, L 430 ss, 437 ss.

procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart, également au niveau de la dimension géographique du marché de référence.<sup>621</sup>

543. Dans la mesure où les règles concernant le traitement des accords verticaux en Suisse doivent se lire en symbiose avec le droit de l'UE correspondant, il convient de remarquer que ce dernier admet qu'en cas d'accord visant une restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun – le principal cas visé est celui de la restriction des importations parallèles –, la définition de la dimension géographique est superflue. Cette pratique a été confirmée par la CJCE et n'est guère remise en cause en pratique.<sup>622</sup> Ainsi, dans l'UE, lorsque des accords ATD sont constatés, la dimension géographique du marché n'est en principe pas examinée.

### **wholesale**

544. Les partenaires potentiels de l'échange se trouvent tant en France qu'en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale est la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, ce que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté.<sup>623</sup>

### **retail**

545. La demande des consommateurs finaux pour les produits en cause s'inscrit dans un contexte local. L'analyse de la dimension géographique en l'espèce ne se distingue pas fondamentalement des analyses menées dans le secteur de la vente de détail, notamment alimentaire. Dans ces situations, la pratique décisionnelle de la COMCO a constaté à plusieurs reprises une demande locale.<sup>624</sup>

546. Une demande locale peut mener à la définition d'un marché relevant plus large, soit régional voire national. C'est le cas lorsqu'une chaîne de substitution peut être constatée ou que certains éléments relevant du fonctionnement du marché peuvent s'observer sur une région plus vaste.<sup>625</sup> La Commission européenne s'est basée sur un raisonnement comparable pour la branche du livre au niveau retail dans la décision *Lagardère*.<sup>626</sup>

547. Certains diffuseurs-distributeurs ont considéré que la dimension géographique du marché retail est supranationale. Ils se sont en particulier fondés sur les ventes par internet, mais aussi sur le commerce stationnaire transfrontalier. Selon l'expertise Gugler, la dimension géographique nationale du marché retail considérée dans la proposition du Secrétariat ne sert qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». <sup>627</sup>

---

<sup>621</sup> Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 83 s., N 382 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 89 s., N 201 s., *Gaba* ; DPC 2010/4, 673 s., N 190 s., *Hors-liste* ; DPC 2009/2, 147 s., N 51 s., *Felco*.

<sup>622</sup> Le point est expressément explicité dans la version non-confidentielle de la décision de la Commission des Communautés européennes du 5.10.2005 en l'affaire *Peugeot*, N 12, 9, accessible à : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/36820/36820\\_192\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_192_1.pdf) (dernière consultation le 11 juin 2013). Le TPI s'est prononcé dans l'affaire *Volkswagen* sur ce point, cf. *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, Rec. II-2713, points 230-232. Le recours de Volkswagen devant la CJCE n'a plus contesté ce point.

<sup>623</sup> Cf. en particulier A 693a, 29 N 73 ; A 692, 39, N 144.

<sup>624</sup> DPC 2010/4, 673 N 192, *Hors-liste* ; DPC 2008/1, 156 s., N 235 s., *Migros/Denner*.

<sup>625</sup> DPC 2010/4, 673 N 194, *Hors-liste*.

<sup>626</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 399 ss.

<sup>627</sup> A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11.

548. En l'espèce, les conditions du marché au niveau retail devraient permettre de considérer un marché national, non seulement en raison de l'extension de la dimension locale grâce aux chaînes de substitution, mais aussi par les politiques de prix de référence uniformes pour toute la Suisse et les coûts uniformes (envois postaux notamment).

549. Les seuls arguments invoqués dans le sens d'une définition plus large se sont basés sur l'hypothèse que le commerce électronique faisait partie de l'offre au niveau retail. L'analyse de la dimension produit a laissé ouverte la question de savoir si le commerce électronique faisait partie du marché de référence, sous réserve d'une considération de leur influence sur le marché dans l'analyse de concurrence subséquente. Sous les mêmes réserves, la définition d'un marché supranational au niveau retail peut rester ouverte.

550. La détermination de la dimension géographique du marché relevant au niveau retail correspond à la région francophone nationale. L'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devra cependant être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente.

#### **B.4.2.1.4 Autres marchés de la branche du livre**

551. À côté des marchés de la vente, marchés de référence de la présente enquête, la branche du livre présente d'autres marchés, notamment les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution. En effet, comme l'a constaté la Commission européenne en 2005, « [à] la différence de nombreux secteurs, la commercialisation des livres n'est pas toujours intégrée aux activités propres des éditeurs, mais est souvent soustraite à des diffuseurs-distributeur, qui réalisent ces fonctions de commercialisation pour le compte de tiers.<sup>628</sup> » Dans cette affaire, la Commission européenne a dû analyser les marchés des services de diffusion et de distribution<sup>629</sup>, mais également les marchés des droits,<sup>630</sup> au-delà des marchés de la vente de livres.<sup>631</sup>

552. Diffulivre a mentionné l'option de considérer des marchés des services distincts des marchés de la vente de livres francophones, car il n'y aurait pas de véritable relation commerciale entre les diffuseurs-distributeur et les revendeurs.<sup>632</sup> Diffulivre a rappelé que la Commission européenne avait considéré le diffuseur comme un partenaire de l'éditeur.<sup>633</sup> Selon E5F, l'importance des services offerts par les diffuseurs aux éditeurs ne serait pas considérée à suffisance dans la proposition,<sup>634</sup> critique émise également par Interforum.<sup>635</sup> E5F a indiqué à ce sujet que les diffuseurs achetaient les livres aux éditeurs français, qu'ils prenaient en charge l'ensemble des coûts commerciaux, qu'ils assumaient les frais d'importation, qu'ils payaient notamment le dédouanement et les frais de transport aller et retour (des invendus), qu'ils prenaient également en charge les coûts de distribution, soit notamment les coûts de logistique (emballage), de facturation et finalement, qu'ils assuraient le re-

---

<sup>628</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 115.

<sup>629</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 115 ss.

<sup>630</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 65 ss.

<sup>631</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 159 ss.

<sup>632</sup> A 693a 17 ss, N 28 ss, en particulier, 18, N 33.

<sup>633</sup> A 693a, 19, N 37 ; Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 121.

<sup>634</sup> A 736 N 110.

<sup>635</sup> A 672

couvrement auprès des libraires.<sup>636</sup> E5F s'est limitée à constater ces éléments et n'a pas précisé plus avant de quelle manière cette relation devrait se répercuter sur la définition du marché relevant, ni sur l'analyse de la concurrence d'ailleurs.<sup>637</sup>

553. La décision *Lagardère* de la Commission européenne ne saurait être interprétée comme imposant le choix de considérer soit des marchés de services, soit des marchés de vente comme a semblé l'invoquer Diffulivre. Ces marchés sont distincts et coexistent. L'énumération des tâches par E5F à l'appui de son argument confirme si nécessaire que les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les éditeurs contiennent plusieurs facettes. Sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs interviennent du côté de la demande. En résumé, ils déterminent le partenaire commercial qui sera le plus à même respectivement de mettre en valeur leur production éditoriale au mieux (services de diffusion) et de gérer la logistique (services de distribution), ces deux tâches pouvant être attribuées à la même entreprise. Sur les marchés de la vente, ils interviennent non pas en tant que demandeur, mais en tant qu'offreur, puisqu'ils sont à l'origine de la production éditoriale. C'est dans ce cadre qu'ils sont étroitement liés aux diffuseurs-distributeurs et que la Commission européenne a jugé pertinent, dans la définition des marchés de référence de la vente, de les considérer ensemble. En effet, le point de départ de toute définition du marché de référence est la demande, laquelle se répartit en deux niveaux distincts : l'approvisionnement de gros (wholesale) et de détail (retail).

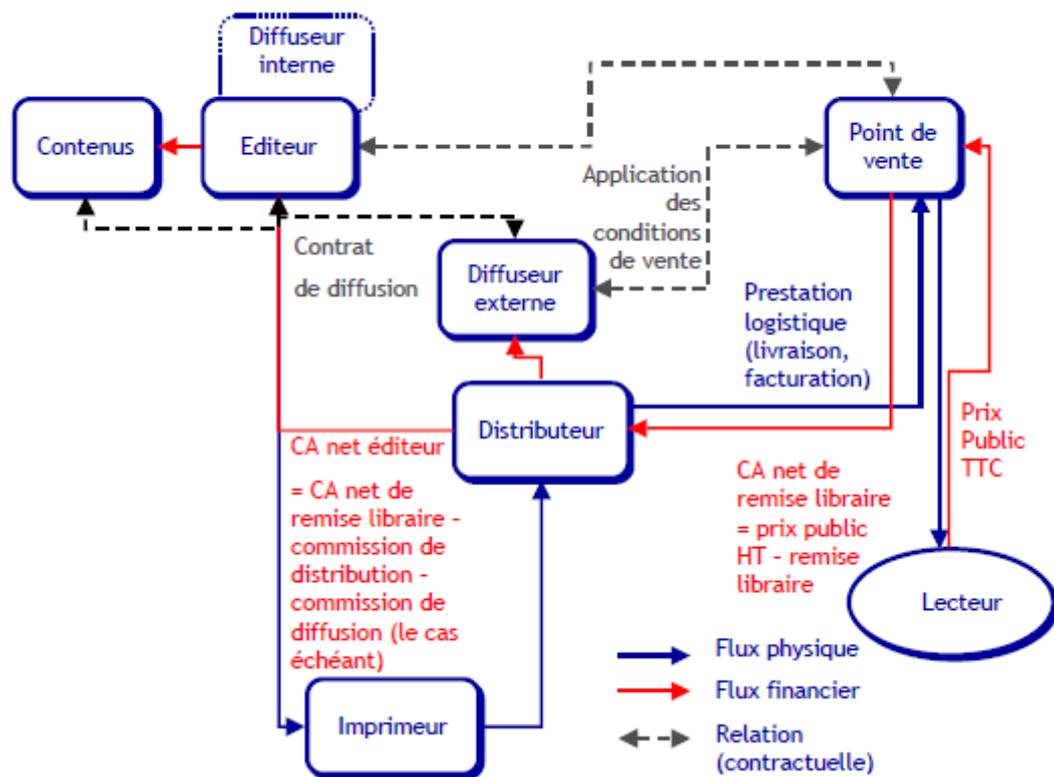


Figure : Détails des flux entre les intervenants dans la chaîne du livre<sup>638</sup>

554. En l'espèce, la constatation de base est la même que dans la décision *Lagardère* et que dans d'autres décisions du domaine du livre : deux niveaux de demande doivent être

<sup>636</sup> A 736 N 111.

<sup>637</sup> Cf. B.4.2.4, 134 ss.

<sup>638</sup> Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 19.

distingués, la demande wholesale, c'est-à-dire celle des détaillants et la demande retail, c'est-à-dire celle des consommateurs finaux. Ces deux types de demandes sont l'origine et la destination respectivement des flux physiques (flèches bleues sur la droite de la figure ci-dessus) et financiers (flèches rouges sur la droite de la figure ci-dessus) sur les marchés de la vente en Suisse. Les spécificités de la diffusion-distribution en Suisse conduisent ensuite à ne pas considérer les diffuseurs-distributeurs conjointement avec les éditeurs comme les partenaires de l'échange des détaillants, mais à se concentrer sur les diffuseurs-distributeurs. Cette distinction entre éditeurs, diffuseurs-distributeurs et détaillants est d'ailleurs également celle qui structure l'association faïtière de la branche et celle qu'ont exposé certains diffuseurs-distributeurs dans leur indications sur le fonctionnement du marché.

555. À la différence d'une décision de concentration, comme celle qu'a examinée la Commission européenne dans l'affaire *Lagardère*, une décision fondée sur les art. 5 ou 7 LCart ne commande pas de considérer comme « marché de référence » tous les marchés connexes à ceux sur lesquels une restriction à la concurrence est supposée. L'analyse doit se concentrer sur les marchés affectés par les accords examinés et les pressions concurrentielles disciplinant les acteurs du marché de référence doivent être dûment prises en compte dans l'analyse. Ainsi, en l'espèce, en ce qui concerne les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution, seule pourrait être déterminante une éventuelle pression disciplinante provenant de ces marchés sur les marchés de la vente de livres au niveau wholesale (marché de référence), ce qui sera analysé plus bas.<sup>639</sup>

#### **B.4.2.1.5 Conclusion intermédiaire**

556. Le marché de référence est le marché de la vente de livres au niveau wholesale. Sur ce marché, les partenaires de l'échanges sont du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les libraires traditionnels – la librairie indépendante – que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor ; du côté de l'offre ce sont les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France ainsi que les grossistes et les libraires français. Ce marché est de dimension supranationale et englobe la région supranationale francophone.

557. En aval de ce marché se trouve le marché de la vente de livres au niveau retail, sur lequel les détaillants sont en relation avec les consommateurs finaux.

558. Les libraires en France et le commerce électronique développé depuis la France pourraient faire partie du marché de référence respectivement au niveau de l'offre wholesale et retail pour le premier et de l'offre retail uniquement pour le deuxième. Ces questions peuvent cependant rester ouvertes. L'analyse de la concurrence qui suit en tiendra cependant compte.

559. La portée des livres électroniques n'a été au mieux que marginale durant la période visée par l'enquête. Il n'y a pas lieu de les considérer plus avant dans la présente enquête.

#### **B.4.2.2 Concurrence intramarque**

560. Dans la pratique de la COMCO, l'analyse de la concurrence intramarque s'arrête de prime abord sur les possibilités d'arbitrage et l'évaluation des activités d'importation paral-

---

<sup>639</sup> Cf. B.4.2.4, 134 ss.

lèle.<sup>640</sup> Ce n'est que dans un deuxième temps que la concurrence intramarque au sens strict est analysée, dans les dimensions prix et service.<sup>641</sup>

561. Selon KRAUSKOPF/SCHALLER, il faut comprendre par concurrence intramarque, la concurrence qui existe entre commerçants de la même marque – « *Markenhändler* ». <sup>642</sup> Selon REINERT, il faut la comprendre comme la concurrence entre producteurs d'un même produit.<sup>643</sup> Ensemble, ces définitions correspondent en grande partie à celle de MOTTA, lequel fait abstraction, à raison, des différents échelons. Ceux-ci dépendent en effet du marché de référence examiné. Ainsi, la notion de concurrence intramarque recouvre les relations entre entreprises qui produisent et distribuent la même marque, en faisant abstraction des effets des producteurs ou distributeurs de marques concurrentes.<sup>644</sup> Cette notion correspond à celle utilisée par la COMCO dans sa pratique.<sup>645</sup> Par conséquent, le point de départ de l'appréciation de la situation de concurrence sur le marché wholesale est, d'une part, la concurrence entre produits de la même marque au niveau wholesale (concurrence intramarque) et, d'autre part, la concurrence entre produits substituables appartenant au même marché relevant (marché wholesale), fournis par d'autres offreurs (concurrence intermarques).

562. Dans la branche considérée, une question supplémentaire surgit. La notion de « marque » pose certaines difficultés de mise en œuvre. La forte différenciation des titres édités rend non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau wholesale ou retail, n'acquiert pas en fonction d'une marque correspondant au nom du fabricant (par exemple « BMW » ou « Nivea »), comme c'est le cas dans d'autres marchés de produits. En effet, selon la FNAC, un client ne vient pas acheter un Flammarion ou un Hachette, mais un livre.<sup>646</sup> Selon Françoise Berclaz, le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.<sup>647</sup> Dargaud a relevé qu'il est exact qu'un consommateur ne choisit pas un livre en fonction de sa « marque ». <sup>648</sup> Ces constatations n'altèrent pas la pertinence de la méthode d'analyse. Le système d'exclusivité couvrant l'ensemble du marché, on remarquera qu'indépendamment de l'interprétation que l'on peut donner à la notion de marque - production de chaque éditeur, catalogue de chaque diffuseur, chaque livre - l'analyse mène à la même conclusion. La question de la détermination de la marque peut donc rester ouverte.

563. Diffulivre a considéré dans sa prise de position qu'il y aurait lieu d'examiner la concurrence intramarque entre les détaillants au niveau retail et non au niveau wholesale.<sup>649</sup> Elle a considéré que la concurrence intramarque serait très vive au niveau retail, se fondant sur les parts de marché des détaillants et sur la concurrence par les prix et par la qualité entre ces derniers.<sup>650</sup> Elle n'a relevé aucun élément lié au niveau wholesale, ni dans sa prise de position, ni dans l'expertise économique CRA qu'elle a jointe à sa prise de position et à laquelle

---

<sup>640</sup> Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 90 N 207 s., *Gaba*.

<sup>641</sup> Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC).

<sup>642</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/ SCHALLER (n. 53), art. 5 LCart N 594.

<sup>643</sup> SHK-REINERT (n. 196), art. 5 LCart N 42.

<sup>644</sup> MASSIMO MOTTA, *Competition Policy Theory and Practice*, 2004, Cambridge University Press, 305.

<sup>645</sup> DPC 2010/4, 669 N 211 s., *Hors-liste*.

<sup>646</sup> A 892, L 144-145.

<sup>647</sup> A 257, 3.

<sup>648</sup> A 691, 48 N 164.

<sup>649</sup> A 693a, 87 N 259.

<sup>650</sup> A 693a, 153 ss, N 477 ss.

cette dernière renvoie.<sup>651</sup> Le Tribunal administratif fédéral a précisé dans sa jurisprudence récente que les concurrences actuelle et potentielle doivent en principe être analysée de manière séparée sur chaque marché de référence.<sup>652</sup> Il n'y a pas lieu d'admettre qu'il devrait en aller différemment en l'espèce. Par conséquent, l'analyse de la concurrence intramarque et intermarques est conduite sur le marché wholesale et sera suivie par l'analyse de la position des partenaires de l'échange pour être complétée.

564. Albert le Grand a admis dans sa prise de position que la concurrence intramarque a été supprimée au niveau wholesale.<sup>653</sup> Les prises de position des parties sont traitées par la suite selon qu'elles concernent les possibilités d'arbitrage, les importations parallèles ou les autres paramètres de concurrence.

#### **B.4.2.2.1 Potentiel d'arbitrage**

565. La première étape de l'analyse consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, tel le service.<sup>654</sup>

566. Diffulivre n'a pas contesté qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique pour les détaillants sur le marché pertinent durant toute la période visée par l'enquête.<sup>655</sup> Elle a d'ailleurs exposé dans sa prise de position qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique, également avec l'offre des grossistes, lorsqu'elle a décrit le calcul, théorique, à la base du choix que pourrait être amené à faire un libraire suisse entre un approvisionnement par un grossiste en France et le diffuseur-distributeur situé en Suisse.<sup>656</sup>

567. Dargaud a contesté le fait que le système de détermination des prix dans la branche conduisait systématiquement à une possibilité d'arbitrage pour les détaillants suisses. Servidis/Transat ont considéré qu'il n'y avait pas de possibilité d'arbitrage.<sup>657</sup>

568. Interforum n'a pas contesté que cet arbitrage avait existé mais a prétendu qu'il avait été surestimé, et partant qu'il était insuffisant.<sup>658</sup> Selon elle, le Surveillant des Prix aurait constaté que le différentiel de prix ne serait pas abusif.<sup>659</sup> Les conclusions du Surveillant des Prix ne sauraient être interprétées dans ce sens et l'argument doit être écarté d'emblée. En effet, les conclusions du Surveillant des Prix se sont basées sur la structure des coûts théorique des entités actives en Suisse. Elles ne sauraient être propres à évaluer les possibilités d'arbitrage avec des prix d'achat auprès d'autres entités situées à l'étranger.

#### **Prix**

569. L'exemple de Distrilivres est la preuve par les faits que durant la période visée par l'enquête un différentiel de prix important a existé.<sup>660</sup> Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, Distrilivres a mis en place le système Ecolibri. Ce système prévoit des achats par l'intermédiaire de librairies situées en France, afin de fournir les points de vente de Distrilivres en Suisse. Malgré la complexité de la structure mise en place pour

---

<sup>651</sup> A 693a, 87, N 261.

<sup>652</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 383 consid. 9.2, *Implenia/WEKO*.

<sup>653</sup> A 690, 24.

<sup>654</sup> DPC 2012/3, 570-571, *BMW* ; Arrêt du TAF 2010/2, 384, consid. 9.2.2.2, *Implenia/WEKO*.

<sup>655</sup> A 693a, 74, N 209-210.

<sup>656</sup> A 693a, 64, N 26.

<sup>657</sup> A 672, 45.

<sup>658</sup> A 692, 41, N 156.

<sup>659</sup> A 692, 42, N 157.

<sup>660</sup> Cf. A 886, 3, L 296 et cf. N 248 ss.

obtenir des livres depuis l'étranger et les coûts inhérents à une telle organisation (notamment logistiques), Distrilivres a contourné la diffusion-distribution exclusive prévue pour la Suisse pour profiter de prix d'achat plus bas. C'est exemple constitue un réel test de marché et démontre à suffisance l'existence d'un potentiel d'arbitrage important au niveau du prix. On remarquera également que le système fonctionne par l'intermédiaire de libraires situés en France, et non de grossistes. Or, dans la mesure où les grossistes obtiennent en principe de meilleures conditions que les libraires sur le prix du fait qu'ils ne s'adressent pas à la même clientèle, il y a lieu d'admettre que le potentiel d'arbitrage sur le seul paramètre du prix pourrait même être plus important en cas d'achat auprès de grossistes.

570. D'autres éléments confirment au surplus cette constatation. Premièrement, dans l'une des expertises économiques qu'elle a produites, Diffulivre a proposé une comparaison entre les prix wholesale – c'est-à-dire les prix d'achat pour les détaillants – en France et en Suisse pour un ouvrage dont le prix public en France est de 10 euros.<sup>661</sup> Elle a exposé dans ce cadre qu'en moyenne, sur la période 2005 à 2011, l'écart de prix avait été de [...] au niveau wholesale, sans tenir compte de la TVA.<sup>662</sup> Ce différentiel ne peut pas être qualifié de modeste, contrairement à l'avis de Diffulivre,<sup>663</sup> puisqu'il se situe au-delà du niveau de [...] parfois utilisé pour admettre que des différences de prix sont considérables et éliminer tout doute lié aux imprécisions des mesures effectuées.<sup>664</sup>

571. Deuxièmement, dans la branche du livre, la détermination des prix au niveau wholesale repose sur le système des tabelles. Les prix pour les détaillants suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public – et obligatoire – en euros pour les consommateurs finaux en France, la conversion en un prix de revente en francs suisses pour la Suisse et de la déduction d'une remise. Les tabelles de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiennent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change, laquelle est conséquente au regard des remises légèrement supérieures octroyées aux détaillants en Suisse par rapport à la France. Ainsi, les possibilités d'arbitrage sont systématiques, même pour les diffuseurs-distributeurs qui ont prétendu pratiquer des prix très attractifs en Suisse. Ainsi, Dargaud a admis une différence de [...] <sup>665</sup>, pourcentage qui s'élèverait même à [...] selon les indications de Payot produites par Dargaud.<sup>666</sup>

572. Selon Payot, le mécanisme de fixation des prix et le canal d'approvisionnement sont économiquement liés, ils forment un tout économique.<sup>667</sup> La raison principale en est le système de fixation du prix :

*« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table d'aujourd'hui on le retrouve à (...) 150 comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à 60. Donc ils vont acheter ledit bouquin à 60. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est [...] de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. »<sup>668</sup>*

---

<sup>661</sup> A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 19.

<sup>662</sup> A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 20.

<sup>663</sup> A 693a, 94, N 294.

<sup>664</sup> Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 387 ss, en particulier N 404, *Nikon*.

<sup>665</sup> A 110, 1.

<sup>666</sup> A 951, 2 s.

<sup>667</sup> A 913, L 690 à 695.

<sup>668</sup> A 913, L 662 à 672.

Sur cette base, Payot craint une distorsion de concurrence avec la FNAC : « On est privés de pouvoir concurrentiel quand on achète les livres entre 30 et 40 % plus chers que notre voisin [la FNAC].<sup>669</sup> » Jean-Marie Lebec (Payot) expose que le système des tabelles mène de manière systématique à des différences concernant le prix d'achat allant jusqu'à 40 %, ce qui n'est pas justifié en tant que tel par des éléments économiques.<sup>670</sup>

573. L'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro a augmenté les différentiels entre libraires suisses et français. En effet, si les diffuseurs ont adapté leurs tabelles en fonction de l'appréciation du franc, ces adaptations n'ont pas suivi une évolution comparable à celle de l'évolution du taux de change. En termes relatifs, même les tabelles traditionnellement les plus basses du marché ont donc augmenté par rapport au cours, comme l'indiquent les données que Servidis a fournies, par exemple.<sup>671</sup> Concrètement, alors que l'euro s'échangeait à 1,61, la tablette (principale) de Servidis prévoyait un coefficient de 1,9 à 2,0 en 2007. Début novembre 2011, le taux de change s'était installé à 1,2 et la même tablette avait baissé à 1,60. Ainsi, en 2011, la tablette de Servidis majorait le prix public français au taux de change additionné de 33 %, alors qu'elle le majorait du taux de change additionné d'environ 18 à 24 % en 2007.<sup>672</sup> En d'autres mots, le coefficient de la tablette a baissé sur la période considérée, mais la majoration pour le marché suisse a augmenté relativement au taux de change sur la même période.

574. Dans ce sens, les librairies Payot et Ex Nihilo, dont les volumes d'achat ne sont pas comparables, ont indiqué que leur prix d'achat avait parfois, en ce qui concerne Payot au [...].<sup>673</sup>

575. Ainsi, des possibilités d'arbitrage au niveau du prix auraient pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

### **Service et autres paramètres**

576. Plusieurs parties ont relevé que les services des diffuseurs-distributeurs suisses sont plus étoffés et de meilleure qualité par rapport aux autres alternatives d'approvisionnement. La plupart des diffuseurs a relevé la qualité de son service de distribution par rapport à d'autres canaux. Plusieurs détaillants se sont faits l'écho de ces différences, telles qu'ils ont pu les percevoir. La Liseuse, comme d'autres, a relevé que le délai de livraison était un élément important pour les libraires indépendants.<sup>674</sup> Selon Jacques Lecomte (Distrilivres), les délais de livraison sont courts lorsque les livres sont en stock chez les diffuseurs-distributeurs suisses, mais sautent à 18 jours lorsqu'ils ne le sont pas, la qualité des services s'étant dégradée en Suisse ces dernières années.<sup>675</sup>

577. Dargaud a relevé qu'il existait des paramètres de concurrence de type service au niveau wholesale durant la période d'enquête. En France, Diffulivre a justifié le faible recours des libraires français à l'approvisionnement par des grossistes par le fait que le libraire français a le choix entre le grossiste et le diffuseur français. Dans ces conditions, les prix du grossiste étant proches de ceux du diffuseur-distributeur, il serait normal que le libraire français ait recouru au diffuseur, car il obtient un niveau de service plus élevé.<sup>676</sup>

---

<sup>669</sup> A 913, L 697-698.

<sup>670</sup> A 913, L 920 ss.

<sup>671</sup> Une indication également relayée par Payot, cf. A 913, L 885.

<sup>672</sup> Cf. données fournies par Servidis, A 672, 48.

<sup>673</sup> Cf. A 522, 3 (version non épurée des secrets d'affaires), cf. A 406, 6.

<sup>674</sup> A 887, 2, L 138-139.

<sup>675</sup> A 886, 3, L 375 ss.

<sup>676</sup> A 693a, 26, N 64.

578. Ces constatations sont correctes. L'offre des diffuseurs-distributeurs suisses et des autres alternatives d'approvisionnement a présenté des différences considérables au niveau des prestations de services complémentaires, tels que le droit de retour, la fréquence des livraisons, le suivi des commandes, etc. Les différences substantielles sur d'autres paramètres que le prix ont distingué les offreurs au niveau wholesale durant la période visée par l'enquête.

579. Le service ou d'autres paramètres auraient pu être des facteurs de concurrence pertinents au niveau wholesale. En d'autres mots, des possibilités d'arbitrage sur d'autres paramètres que le prix auraient également pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

#### **B.4.2.2.2 Importations parallèles**

580. Dans sa pratique, la COMCO examine si des importations parallèles ont été opérées, ou auraient pu l'être, dans un volume suffisant pour générer une pression disciplinante sur la concurrence.<sup>677</sup>

581. En l'espèce, l'impact des systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sur les importations parallèles a déjà été examiné plus haut pour définir la portée des régimes d'exclusivité. Il peut y être renvoyé en ce qui concerne l'analyse, dont les enseignements sont résumés dans les conclusions intermédiaires qui suivent.

#### **B.4.2.2.3 Conclusions intermédiaires**

582. Des possibilités d'arbitrage ont existé durant toute la période d'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres tels que le service et la qualité. Dans la mesure où elles ont été significatives, elles auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants.

583. Malgré ces possibilités d'arbitrage, seule Distrilivres a opéré des importations parallèles durant la période d'enquête de manière régulière. Elle a dû son succès à la mise en place de structures secrètes, complexes autant qu'ingénieuses, le système Ecolibri. Elle représente – encore aujourd'hui – un cas particulier. A part le système Ecolibri, seules des importations parallèles ont pu être opérées grâce à la méthode du faux-nez, tout aussi secrète que le système Ecolibri, mais de moindre ampleur. Ni le système Ecolibri, ni la méthode du faux-nez ne pourraient être reproduits par des détaillants d'un certain volume, comme la FNAC ou Payot, à cause du volume d'achat de ces entités.

584. Les autres importations parallèles retenues ont été extrêmement limitées. Leur constatation repose sur une interprétation favorable aux diffuseurs-distributeurs des indications de quelques libraires indépendants. Elles ont représenté un volume infime et ont constitué des exceptions. Ce volume est clairement insuffisant pour considérer que ces importations parallèles auraient généré une pression disciplinante sur la concurrence intramarque. Leur volume ne suffit en aucun cas pour admettre qu'elles ont eu pour effet de discipliner la concurrence durant la période visée par l'enquête.

585. Aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG n'a permis des importations parallèles de la part des détaillants durant la période visée par l'enquête. Sur la période d'enquête, les détaillants se sont procurés la quasi-totalité des livres qu'ils ont écoulés par les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse et il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque.

---

<sup>677</sup> DPC 2010/1, 90 N 207, *Gaba*.

### B.4.2.3 Concurrence intermarques

586. L'analyse de la concurrence intermarques comprend l'analyse de la concurrence actuelle et de la concurrence potentielle.<sup>678</sup> Avant de traiter ces deux éléments, la portée de l'analyse de la concurrence intermarques doit être précisée.

#### B.4.2.3.1 Portée et différenciation des produits

##### Portée

587. Selon le chiffre 11 CommVert *in fine*, la concurrence intramarque étant nulle, le renversement de la présomption ne peut être réalisé qu'en présence d'une concurrence intermarques *singulièrement* suffisante pour discipliner le marché. Dans l'affaire *Gaba*, la COMCO a considéré que la concurrence intermarques était suffisante pour renverser la présomption malgré l'absence d'importations parallèles,<sup>679</sup> ce qu'a relevé Diffulivre dans sa prise de position.<sup>680</sup>

588. La CommVert 2010 se démarque de la CommVert 2007 et indique un changement de pratique de la COMCO.<sup>681</sup> Avant ce changement de pratique, le ch. 10 (2) CommVert 2007 prévoyait que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).<sup>682</sup> L'analyse se focalisait alors sur l'intensité de la concurrence intramarque et, selon les résultats obtenus, examinait la concurrence intermarques seulement dans un deuxième temps. Dans ce sens, la CommVert 2010 est plus favorable aux entreprises visées par une procédure cartellaire que la CommVert 2007. Partant, c'est à l'aune de la CommVert 2010 que la portée de l'analyse de la concurrence intermarques est déterminée.

589. Selon Diffulivre, la CommVert (2010) établie par la COMCO va à l'encontre du courant économique majoritaire lorsqu'elle considère que « (...) la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisantes sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante » serait décisive.<sup>683</sup> Elle a également exposé que seul en cas de concurrence intermarques insuffisante, des accords verticaux de protection territoriale absolue pouvaient être – sans forcément l'être – anticoncurrentiels.

590. En l'espèce, la question soulevée par l'argument de Diffulivre, renvoyant au demeurant à la doctrine consacrée à la fixation des prix de reventes et non à l'attribution de territoires de distribution, peut rester ouverte. En effet, l'analyse qui suit parvient au résultat que la concurrence intermarques serait, à elle seule, également insuffisante pour renverser la présomption de suppression de la concurrence en l'espèce.

---

<sup>678</sup> DPC 2012/3, 571 ss, N 248 ss, *BMW*, décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 109 ss, N 461 ss, (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 96 N 253 s., *Gaba*.

<sup>679</sup> DPC 2010/1, 65, N 170 ss, *Gaba*.

<sup>680</sup> A 693a, 74, N 207.

<sup>681</sup> Cf. DPC 2009/2, 147 N 39 s., *Felco*.

<sup>682</sup> DPC 2009/2, 146 N 39 s., *Felco*. Le raisonnement sous-tendant est exposé dans le consid. 6 CommVert 2007. Cf. également WALTER A. STOFFEL, *Vertikalabsprachen und Marktabschottung – zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission*, Vortrag an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung du 22.1.2008 à Zurich, ainsi qu'à la Conférence „Economic Experts in Competition Law“ du 1.2.2008 à Genève, accessible sous [www.comco.admin.ch](http://www.comco.admin.ch)

<sup>683</sup> A 693a, 85, N 254, citant DAVID SPECTOR, *Minimum resale prices: Is a ban justified?* Conurrences N° 3-2007, n° 13801, 28 à 32.

## Différenciation des produits

591. Certains types de biens, parmi eux en particulier les biens de consommation, offrent des possibilités très importantes de différenciation. La différenciation des produits peut avoir une influence sur plusieurs paramètres économiques, comme la fixation des prix, la substituabilité, etc. La COMCO en a tenu compte dans sa pratique, par exemple lorsqu'elle a constaté dans l'affaire *Gaba* que la différenciation des produits se répercutait sur les prix des différentes marques proposées en rayon.<sup>684</sup>

592. Les livres sont des produits dont la palette de différenciation est considérable. Mieux, aucun titre ne peut être véritablement identique, sauf à en constituer une copie ou un plagiat. Les consommateurs ne lisent en principe pas deux fois le même livre, ni ne l'achètent à plusieurs reprises. Servidis/Transat ont précisé que « [l]a demande est fixée d'abord en fonction de l'intérêt de l'ouvrage, lequel n'est acquis qu'une fois. Il ne s'agit pas d'un bien de consommation qui peut faire l'objet d'acquisitions répétées en quantité.<sup>685</sup> » Dans ce contexte, de nombreuses nouveautés sont successivement proposées aux consommateurs finaux. Ainsi, il ne peut pas être considéré que la différenciation des produits est en tant que telle un indice de concurrence, comme l'a interprété une partie de la doctrine.<sup>686</sup>

593. À la différence de produits tels que le dentifrice ou les objectifs d'appareils photographiques, la différenciation des livres ne se répercute pas directement sur leurs prix.<sup>687</sup> En d'autres mots, le prix n'est ni pour le consommateur final ni pour le revendeur un critère pour juger de la qualité ou non d'un ouvrage. Dans ce sens, Servidis/Transat ont relevé que le prix sur le marché [retail] du livre est probablement un paramètre secondaire pour l'acheteur.<sup>688</sup> Il s'agit d'un corollaire de l'absence de la notion de marque au sens traditionnel dans la branche du livre.<sup>689</sup> Par contre, la variété des prix dans le secteur du livre est considérable, chaque éditeur déterminant pour chaque titre un prix obligatoire dans le système français de la loi Lang.

594. Par contre, la forte différenciation des produits influence directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dans la mesure où la substituabilité de certains produits est limitée. Selon Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires au sein de l'ASDEL) : « Le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.<sup>690</sup> La plupart des diffuseurs-distributeurs ont admis cette substituabilité restreinte, mais éventuellement émis certaines réserves au moins pour certaines catégories de livres.<sup>691</sup>

595. La moindre substituabilité résultant de la forte différenciation des produits se répercute sur la nature des relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Certains détaillants – concrètement les libraires au sens traditionnel, ce qui inclut les chaînes que sont la FNAC et Payot – se doivent de proposer à leur client d'être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale.<sup>692</sup> L'exigence est moins élevée pour

---

<sup>684</sup> DPC 2010/1, 101 N 284 ss, *Gaba*. Cf. également Nikon, 109 ss, N 469 ss.

<sup>685</sup> A 464, 2.

<sup>686</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 674.

<sup>687</sup> Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 110, N 470 (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 101 N 284 ss, *Gaba*.

<sup>688</sup> A 672, 41.

<sup>689</sup> Cf. B.4.2.2 N 561.

<sup>690</sup> A 257, 3.

<sup>691</sup> Cf. notamment Servidis/Transat, A 672, 41.

<sup>692</sup> Selon la FNAC, pour être considéré comme un libraire, il faut pouvoir exécuter des commandes clients. A 906, L 169.

d'autres détaillants. Néanmoins, pour tous les types de détaillants, certains livres peuvent se révéler à un moment donné impératifs. L'exemple du – lumineux – best-seller « La vérité sur l'affaire Harry Quebert » est significatif. Bien que son co-éditeur basé en Suisse constitue une entreprise intégrée étant également active en matière de diffusion en Suisse (AH), une relation contractuelle a vu le jour entre AH et OLF pour permettre aux grandes surfaces de proposer ce livre, à la suite de son succès. Patrice Fehlmann (OLF) a rapporté durant l'audition du 10 décembre 2012, concernant son activité déployée en rackjobbing la constatation suivante :

*« ce qu'on a garanti à ces chaînes [Coop, Naville, la Poste] c'était que nous étions à même de leur offrir l'ensemble des bons produits qui étaient ou n'étaient pas à l'OLF. Donc on va aller acheter des marchandises chez Servidis et on va en acheter chez Diffulivre, on va en acheter à l'Âge d'Homme, elle en a parlé ce matin quand elle a dit « J'ai même un bouquin qui est dans les grandes surfaces », « son Dicker c'est parce qu'on ne peut pas ne pas mettre ce livre dans les chaînes dont je viens de vous parler.<sup>693</sup> »*

596. À la question subséquente, « vous vous approvisionnez donc chez les diffuseurs concurrents en quelque sorte ? », Patrice Fehlmann (OLF) a répondu :

*« Il y a pas de concurrents, soit chez les diffuseurs, oui. Parce que Dicker je ne l'ai pas donc je peux que aller l'acheter chez lui [le diffuseur AH], chez elle [Andonia Dimitrijevic, la directrice de AH].<sup>694</sup> »*

597. Dans cette perspective, la seule différence entre les détaillants de type libraire et les autres, c'est que les premiers doivent être en mesure d'accéder à toute l'offre éditoriale et les seconds, seulement aux « bons produits » ou à une sélection plus restreinte. Or, dans l'un ou l'autre cas, la faculté de pouvoir accéder à toute la production est donnée. C'est cette réalité qui a mené à ce que l'un des diffuseurs-distributeurs, OLF, au demeurant particulièrement bien placée pour le savoir puisqu'elle est la seule entité à devoir obtenir des livres chez les autres diffuseurs-distributeurs dans le cadre de son offre de rackjobbing, à considérer non seulement qu'il n'y avait « pas de concurrents », ce qui indique une absence de concurrence intermarques, mais également que pour un ouvrage particulier, il n'y a qu'un seul fournisseur qui entre en ligne de compte, le diffuseur en Suisse, ce qui confirme également l'absence de concurrence intramarque.

598. Les éléments de fait qui précèdent indiquent que la concurrence intermarques est limitée par la forte différenciation des produits en l'espèce et que les détaillants ne peuvent pas pleinement faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs.

599. Certains diffuseurs-distributeurs ont relevé que pour certaines catégories d'ouvrages, aux yeux des consommateurs finaux, la différenciation des produits était plus faible, ce qui laisserait plus de place pour une concurrence intermarques.<sup>695</sup> Dargaud a distingué dans son analyse de la concurrence intermarques entre les trois segments de marché que sont les bandes dessinées, les livres pour enfants et les livres pratiques.<sup>696</sup> Dans son analyse, Dargaud a mis en relief différentes caractéristiques de ces grandes catégories de livres, en particulier en se basant sur le critère du coût d'opportunité. Fondés sur des observations probablement correctes, les arguments développés par Dargaud ne sont cependant d'aucune utilité pour juger de la concurrence intermarques. Le fait que les bandes dessinées se lisent plus rapidement que d'autres ouvrages n'indique cependant pas pourquoi la concurrence entre

---

<sup>693</sup> A 874, L 647 ss.

<sup>694</sup> A 874, L 653 à 656.

<sup>695</sup> Cf. notamment A 672, 41 et B.4.2.1.2, N 484 ss.

<sup>696</sup> A 691, 49 ss, N 171 ss.

les BD de différents diffuseurs-distributeurs serait plus intensive qu'entre deux ouvrages de littérature générale de différents diffuseurs-distributeurs. Il en va de même pour ce qui concerne les différences entre les types de consommateurs finaux pour les différentes catégories de livres. En d'autres mots, le fait qu'il existe des catégories de livres qui se distinguent, constatation au demeurant correcte, n'est pas en tant que tel un critère pour juger de la concurrence intermarques. Il est cependant probablement correct d'admettre qu'au sein de certaines catégories de livres, l'importance de la différenciation des produits varie pour les consommateurs finaux et donc que certains livres sont un peu plus interchangeable que d'autres pour ces derniers. De plus, au niveau wholesale, ce point a une importance significativement réduite, car le libraire devra être en mesure de s'adapter aux goûts de ses clients et de commander l'ouvrage souhaité par le consommateur, comme il a été exposé dans la définition du marché.<sup>697</sup>

600. Selon Diffulivre, la forte différenciation du produit livre génère la nécessité d'une activité importante de promotion du livre. Cette activité est essentiellement menée par les représentants des diffuseurs qui rencontrent les détaillants pour leur faire connaître leur offre, laquelle doit continuellement se renouveler.<sup>698</sup> Le système des offices, la qualité de l'information mais aussi le rythme des sorties de nouveaux ouvrages généreraient une concurrence intermarques forte.

601. Le secteur du livre se caractérise par un nombre très élevé de références distinctes. Tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits. Au-delà du stockage, la contrainte spatiale se manifeste principalement au niveau du rayonnage, c'est-à-dire concrètement de la place accordée à chaque titre ou plus généralement, à chaque diffuseur-distributeur. Chaque diffuseur-distributeur a un intérêt à ce que chaque détaillant lui consacre le plus grand espace pour être en mesure de capter l'intérêt du consommateur final. La contrainte spatiale crée ainsi une concurrence pour le rayonnage : chaque diffuseur est en concurrence avec les autres diffuseurs pour disposer du plus grand rayonnage des titres de son catalogue auprès de chaque détaillant. Les relations entre les détaillants et les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont attesté que la question des promotions était un objet récurrent des relations commerciales.<sup>699</sup> Il y a donc une concurrence pour obtenir un meilleur rayonnage. Cependant, cette concurrence a une portée limitée à cet élément.

602. Il résulte de la différenciation des produits dans le secteur du livre en premier lieu qu'aucun détaillant ne peut se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Cet état de fait réduit partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques *ab ovo*. En deuxième lieu, la contrainte spatiale à laquelle chaque détaillant est confronté crée une concurrence intermarques sur le rayonnage.

#### **B.4.2.3.2 Concurrence actuelle**

##### **Parts de marché et évolution de celles-ci**

603. Les parts de marché sont le point de départ de l'appréciation de la concurrence actuelle.

604. Diffulivre, citant une observation faite par la doctrine, a relevé que faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux ont un potentiel de nuisance inférieur

---

<sup>697</sup> Cf. B.4.2.1.2, N 484 ss.

<sup>698</sup> A 693a, 96 ss, N 295 ss.

<sup>699</sup> Cf. notamment les accords commerciaux entre les (grands) détaillants et de nombreux diffuseurs. A 693a, annexes 25 ss.

aux accords horizontaux.<sup>700</sup> Selon elle, sa part de marché se situant en deçà du plafond de [...] mentionné par une partie de la doctrine suisse,<sup>701</sup> l'exclusivité dont bénéficie Diffulivre ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché.<sup>702</sup> C'est d'autant plus le cas que le poids relatif de Diffulivre devrait être pris en compte et qu'elle ferait face à six diffuseurs représentant ensemble [...] du marché.<sup>703</sup>

605. Si l'observation relevée par Diffulivre concernant l'addition de marchés est correcte sur le principe, elle n'est d'aucune aide en l'espèce. Dans la mesure où l'enquête a pour objet les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche, et non d'une seule marque, comme cela avait pu être le cas dans les affaires *Gaba*, *Nikon* et *BMW*, l'hypothèse d'une addition des parts de marché ne peut être exclue d'emblée et de manière forfaitaire comme l'a prétendu Diffulivre. L'hypothèse d'une addition des parts de marché est en l'espèce même avérée et pertinente, puisqu'il a été établi que le cloisonnement du marché est l'apanage de tous les diffuseurs-distributeurs concernés.<sup>704</sup>

606. Le tableau ci-dessous rend compte des parts de marché des diffuseurs-distributeurs fonctionnant selon un système de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives sur la période 2005-2011 selon les chiffres d'affaires :

	PM 2011	PM 2010	PM 2009
Interforum	[...]	[...]	[...]
E5F	[...]	[...]	[...]
Flammarion	[...]	[...]	[...]
Glénat	[...]	[...]	[...]
OLF	[...]	[...]	[...]
Diffulivre	[...]	[...]	[...]
Servidis	[...]	[...]	[...]
Transat	[...]	[...]	[...]
Dargaud	[...]	[...]	[...]
AIG	[...]	[...]	[...]
Autres	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]

607. L'analyse des parts de marché et de leur évolution permet de constater une répartition stable sur toute la période de référence sur le marché wholesale.

<sup>700</sup> A 693a, 88 N 263.

<sup>701</sup> CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 670.

<sup>702</sup> A 693a, 90 N 271.

<sup>703</sup> A 693a, 90 N 272.

<sup>704</sup> Cf. B.3.2, 18 ss.

608. Si plusieurs diffuseurs-distributeurs ont mentionné la perte ou le gain de l'un ou l'autre éditeur dans son catalogue, aucune partie n'a prétendu que ses parts de marché avaient connu des modifications substantielles durant la période visée par l'enquête.

609. Ainsi, il y a lieu de constater, d'une part, que les parts de marché ont été stables sur toute la période visée par l'enquête et que, d'autre part, les systèmes de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête.

## Prix

610. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué qu'il y avait une forte concurrence sur les prix au niveau intermarques.<sup>705</sup>

611. Au niveau wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur le niveau de la remise. Chaque diffuseur détermine une voire plusieurs tables pour les ouvrages de son catalogue. En revanche, seul un taux de remise est généralement négocié avec les détaillants.

612. La forte différenciation des produits rend sur le plan intermarques les comparaisons de prix difficiles dans le secteur du livre, tant au niveau wholesale que retail. Interforum a constaté que « les taux varient par niveaux de prix chez beaucoup de diffuseurs. Il n'y a pas une clarté évidente du plus cher ou du moins cher.<sup>706</sup> » Les remises constituent seulement une indication.

613. Concernant les remises, plusieurs éléments peuvent être constatés. Premièrement, les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs sont relativement proches les uns des autres.<sup>707</sup>

614. Deuxièmement, si les taux de remise varient entre les différents types de détaillants, ces taux sont restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. À titre d'exemple, les évolutions concernant Diffulivre, dont on peut partir de l'hypothèse raisonnable qu'il est le diffuseur qui a été le plus mis sous pression comme en atteste l'action collective des libraires de l'ASDEL pour tenter de faire pression sur lui<sup>708</sup> suite à l'appréciation du franc suisse,<sup>709</sup> peuvent être résumées comme suit :

- Les taux des librairies indépendantes ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2011),
- Les taux de Payot ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2006),
- Les taux de la FNAC ont oscillé entre [...] (maximum en 2006) et [...] (minimum en 2008),
- Les taux de la grande distribution, entre [...] (minimum en 2005) et [...] (maximum en 2006)

---

<sup>705</sup> A 693a, 91 ss N 274 ss ; A 689, 11 ; A 699, 23, N 101.

<sup>706</sup> A 27, 2.

<sup>707</sup> A 21, 5.

<sup>708</sup> Cf. B.4.2.4.2, 135 ss.

<sup>709</sup> Cf. A 693a, annexe 56.

615. Troisièmement, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont constaté, en généralisant, que les libraires suisses ont de meilleures remises qu'en France.<sup>710</sup>

616. La sensibilité aux prix est également un critère pertinent pour apprécier la portée de la concurrence sur les prix.<sup>711</sup> Les tabelles ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse. Les diffuseurs-distributeurs n'ont pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire. Diffulivre a relevé dans ce sens que « les autres diffuseurs se sont également engagés dans une politique de baisse continue du niveau de leur tabelle à partir de 2009.<sup>712</sup> » [...].<sup>713</sup> Dans le même temps, [...].<sup>714</sup> Partant, la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influencent pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs.

617. Pour Servidis/Transat, la tabelle a pour effet de reporter automatiquement sur le marché de référence la concurrence sur les prix entre les éditeurs.<sup>715</sup> Dargaud a argumenté dans le même sens.<sup>716</sup> Or, la concurrence entre les éditeurs serait intense, ce qui se reporterait sur la concurrence au niveau des prix. Le système des tabelles a pour corollaire que le seul moyen de baisser les prix pour la Suisse (uniquement) pour un éditeur, c'est de baisser le prix en euros. Une telle politique de prix affecterait non seulement la Suisse, mais surtout tous les revenus de l'éditeur générés en euros en France – et au-delà, dans la mesure où des systèmes de tabelles comparables sont également mis en place dans d'autres pays. Lorsque l'on se figure que le bassin de la population en France est d'environ 60 millions d'habitants et que celui de la Suisse romande est environ quarante fois inférieur, il ressort que l'éditeur français souhaitant distribuer ses livres à un prix inférieur sur le territoire suisse serait freiné dans une telle démarche par les répercussions sur d'autres territoires. De plus, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont remarqué que dans le système de la tabelle, la majoration prévue pour les ventes en francs suisses ne revenait en aucune mesure aux éditeurs français.<sup>717</sup> Finalement, selon les constatations de la Commission européenne, il ne semble pas que l'hypothèse d'une concurrence vive entre les éditeurs soit vérifiée.<sup>718</sup>

618. Diffulivre propose également un raisonnement se basant sur les prix de gros pour affirmer qu'il y a une concurrence très forte entre diffuseurs.<sup>719</sup> Dans la mesure où elle compare les prix de gros de Diffulivre avec ceux de Hachette Livre, cet argument doit être traité – et a été traité – en matière de concurrence intramarque au niveau du potentiel d'arbitrage. On ne saurait en déduire une portée sur la concurrence intermarques. On relèvera cependant qu'en indiquant que l'écart *corrigé du taux de change* entre les prix de gros de la Suisse et de la France est resté stable, Diffulivre admet que le potentiel d'arbitrage s'est accentué durant la période visée par l'enquête et confirme la constatation selon laquelle les détaillants suisses auraient dû, faute de protection territoriale absolue, profiter d'un choc d'offres favorables grâce à l'évolution du cours.

---

<sup>710</sup> Cf. B.4.2.4.2, N 650.

<sup>711</sup> Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 113, N 477 (publication prévue in DPC).

<sup>712</sup> A 693a, 93 N 282.

<sup>713</sup> A 691, annexes 8 à 12.

<sup>714</sup> A 693a, 93 N 281.

<sup>715</sup> A 672, 48.

<sup>716</sup> A 691, 49 N 167.

<sup>717</sup> Cf. notamment A 320, 1 (Interforum) ; A 122, 6 (AIG).

<sup>718</sup> Cf. notamment décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagar-dère/Natexis/VUP* (n. 503), points 667 ss.

<sup>719</sup> A 693a, 91 ss, N 276 ss et annexe 1 (rapport CRA), 14 ss.

619. Sans avoir été inexistante, la concurrence sur le prix au niveau wholesale a été faible et a une portée limitée à cause de la différenciation des produits.

### **Autres paramètres de concurrence**

620. Selon Diffulivre, les modalités de paiement accordées sont également un paramètre concurrentiel de type prix sur lesquels les diffuseurs se font concurrence. Pour étayer cela, elle s'est basée sur un courrier de Servidis à l'adresse d'un libraire, accordant à ce dernier un délai supplémentaire de 30 jours comme demandé tant à Servidis qu'à Diffulivre.<sup>720</sup> L'argument de Diffulivre tombe particulièrement à faux lorsqu'il apparaît que le courrier à l'origine de la demande est enrichi d'un ajout à la main par la libraire dont émane la pièce indiquant : « Ce courrier a également été envoyé à Diffulivre, qui n'a jamais répondu.<sup>721</sup> » Il ne s'agit là donc nullement d'un paramètre de concurrence intermarques pertinent. Dans le cas contraire, Diffulivre n'aurait simplement pas pu se permettre de traiter sa cliente de la sorte.

621. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont soutenu qu'il y avait une concurrence intermarques au niveau des services.<sup>722</sup> Diffulivre a prétendu que les diffuseurs se livreraient une concurrence intermarques sur les prestations financières telles que les surremises liées au chiffre d'affaires, aux promotions réalisées, à la qualité de l'assortiment et aux budgets marketing.<sup>723</sup> Ces éléments seraient le signe d'une concurrence intermarques. Les diffuseurs se feraient également concurrence via le niveau de services de diffusion qu'ils sont en mesure d'offrir aux différents détaillants.<sup>724</sup> La concurrence à ce niveau s'inscrirait sur la taille et le nombre des équipes, les compétences particulières des représentants, les promotions particulières (mise à disposition d'éléments mobiliers, de livres gratuits, création d'autocollants, etc.), les aménagements du droit de retour, les modalités de livraison dont notamment les avantages consentis en cas de groupement minimal des commandes.

622. Tous les éléments invoqués au niveau des services n'altèrent pas la nécessité pour les détaillants d'être en relation directement ou indirectement avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Aucun diffuseur-distributeur ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Par contre, la concurrence sur les paramètres évoqués se répercute sur le rayonnage. C'est l'unique portée des différents services proposés par les diffuseurs-distributeurs. La concurrence sur le rayonnage, est mentionnée plus haut.

### **Conclusions intermédiaires**

623. L'analyse de la concurrence actuelle mène à plusieurs constatations :

- La forte différenciation des livres limite *ab ovo* les possibilités de substitution dans ce secteur à tous les niveaux.
- Les clauses systèmes de distribution fondés sur un régime d'exclusivité ont couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête.
- La répartition des parts de marché a été stable sur toute la durée de l'enquête.
- Une concurrence entre les diffuseurs a existé au niveau des prestations financières mais aussi des services pour disposer du meilleur rayonnage (concurrence sur le rayonnage).

---

<sup>720</sup> A 538, 9.

<sup>721</sup> A 538, 3.

<sup>722</sup> A 689, 11 et 13 (OLF), A 693a, 95, N 287 ss (Diffulivre).

<sup>723</sup> A 693a, 95, N 287 ss.

<sup>724</sup> A 693a, 100 ss, N 311 ss.

### B.4.2.3.3 Concurrence potentielle

624. L'analyse de la concurrence potentielle a pour objet central les barrières à l'entrée sur le marché.

625. Selon Diffulivre,<sup>725</sup> il faut considérer les phénomènes suivants concernant les entrées sur le marché : les éditeurs non représentés en Suisse souhaitant le devenir ; les éditeurs présents en Suisse mais désirant passer à de l'auto-diffusion ; les éditeurs souhaitant changer de diffuseur-distributeur en fin de contrat (renouvellement) ; l'approvisionnement par le canal de sociétés-sœurs situées en France et lesquelles pourraient s'inventer grossistes ou « grossistes-distributeurs » ; l'approvisionnement par les diffuseurs français. De plus, Diffulivre a constaté une absence de barrières à l'entrée sur le marché de référence et a relevé qu'il n'existait pas de mesures législatives ou administratives rendant difficile l'accès au marché, qu'aucune donnée propre à ce marché ne laissait admettre que de nouveaux concurrents seraient dissuadés d'y entrer et que les coûts seraient faibles pour créer une structure de diffusion minimale sur le marché. La FNAC et Payot pourraient en outre profiter de leur infrastructure en France pour passer des commandes depuis ce pays.

626. Deux éléments ont limité considérablement les possibilités d'entrée sur le marché durant la période visée par l'enquête. Premièrement, l'entrée sur le marché dépend des droits d'édition. L'analyse de la Commission européenne dans l'affaire *Lagardère* a mis en relief leur importance et a mené à la conclusion que seules les entités qui seraient en mesure d'être des « acteurs significatifs sur les marchés primaires de l'achat de droits d'édition de livres en langue française, c'est-à-dire de pouvoir acquérir et exploiter ces droits à travers toute la chaîne du livre » pourraient conduire à des entrées sur les marchés de la vente de livres.<sup>726</sup> En d'autres mots, les marchés situés en amont et ayant pour objet les droits d'édition des livres créent une barrière au marché importante.

627. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France (intégration verticale/conglomérale). Les principaux éditeurs sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui revient à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont *déjà* entrés sur le marché. Dans ce sens, une entrée n'est réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués spécifiquement en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché. Diffulivre a semblé avoir elle-même convenu de cette réalité lorsqu'elle a précisé à ce sujet avoir reçu « divers e-mails de *petits* éditeurs demandant à Diffulivre de les représenter en Suisse.<sup>727</sup> »

628. Plusieurs diffuseurs auraient constaté deux entrées sur le marché durant la période d'enquête : Heidiffusion et Eurolivres.<sup>728</sup> Selon Interforum, « du moment où un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il peut entrer sur le marché sans problème.<sup>729</sup> » Cette observation est correcte. Or, l'acquisition de la diffusion-distribution d'un éditeur ou de plusieurs éditeurs constitue justement la barrière principale à l'entrée sur le marché étant l'intégration verticale/conglomérale constatée. Pour cette raison, les diffuseurs que sont Heidiffusion et Eurolivres ont eu au mieux un rôle marginal sur les diffuseurs-distributeurs et ne sont en mesure d'amener une quelconque pression disciplinante.

---

<sup>725</sup> A 693a, 105 ss, N 324 ss, 110 s., N 339 ss.

<sup>726</sup> Cf. décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), point 740 et réf citées.

<sup>727</sup> A 693a, 106, n. 312.

<sup>728</sup> A 692, 46, N 175 et 177 (Interforum) ; A 689, 14.

<sup>729</sup> A 692, 46, N 178.

629. Les changements de diffuseur en cas de renouvellement de contrat ne sont pas non plus aptes à indiquer qu'une entrée est probable. Sur la période d'enquête, les renouvellements de contrat ont mené au mieux à des changements entre les diffuseurs existants et, parfois, à des arrêts d'une diffusion propre à la Suisse. Le renouvellement des contrats indique uniquement une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour l'acquisition de nouveaux clients en amont. Cette concurrence ne s'inscrit pas sur le marché de référence (vente) mais sur un autre marché, celui des services de diffusion.<sup>730</sup>

630. Les constatations qui précèdent sont soutenues par la stabilité des structures de diffusions-distributions en Suisse durant la période visée par l'enquête. Des modifications de cette structure n'ont jamais semblé probables, ce que de nombreux libraires ont également évoqué.<sup>731</sup> Ainsi, il y a lieu d'admettre que la probabilité que des entreprises aient été en mesure d'entrer sur le marché du côté de l'offre et de générer une pression disciplinante a été faible voire nulle durant la période visée par l'enquête.

#### **B.4.2.3.4 Conclusion intermédiaire**

631. Les détaillants sont contraints de travailler avec tous les diffuseurs. Ni la concurrence actuelle ni la concurrence potentielle n'ont discipliné le comportement des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête.

632. Il a existé une concurrence intermarques pour le rayonnage, tant sous forme financière que sur certains critères de services. Cette concurrence pour le rayonnage est faible et n'est pas apte à discipliner les diffuseurs-distributeurs pour la vente des livres au niveau wholesale.

#### **B.4.2.4 Position des partenaires de l'échange**

633. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral a fait sienne l'opinion émise en doctrine selon laquelle la pression disciplinante des partenaires de l'échange composant la demande pouvait également conduire à un renversement de la présomption, au même titre que la concurrence résiduelle.<sup>732</sup>

634. En l'espèce, la pression concurrentielle des acteurs en amont – les éditeurs –, puis celle de la demande, d'abord au niveau wholesale puis au niveau retail seront examinées.

##### **B.4.2.4.1 Pression disciplinante des éditeurs (marché des services de diffusion et des services de distribution, marché de l'édition)**

635. Services de diffusion et services de distribution – Diffulivre, Servidis/Transat, OLF, Flammarion et Interforum,<sup>733</sup> ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché wholesale de la vente de livres aux détaillants. Ces diffuseurs-distributeurs ont considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre, les éditeurs n'hésiteraient pas à changer de diffuseur-distributeur lorsque les résultats ne sont pas atteints.<sup>734</sup> Nombreux seraient les éditeurs ayant changé de diffuseur-distributeur en raison des performances réalisées. Il y aurait ainsi une concurrence entre les diffuseurs pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages.

---

<sup>730</sup> Cf. B.4.2.1.4, 115.

<sup>731</sup> A 232, 6 ; A 233, 2 ; A 252, 4 ; A 261, 4 ; A 264, 4.

<sup>732</sup> Arrêt du TAF 2010/2 387, consid. 9.2.4, *Implenia/WEKO* et réf. citées.

<sup>733</sup> A 699, 22 N 96.A 672, 45 s, N 174

<sup>734</sup> A 693a, 102 ss, N 318 ss.

636. Il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont changé de diffuseur-distributeur durant la période d'enquête, certains rejoignant d'autres diffuseurs, d'autres ayant décidé de passer en auto-diffusion. Mais il convient de rappeler, que plusieurs diffuseurs sont des filiales des principaux groupes éditoriaux et que les groupes éditoriaux importants sont déjà entrés sur le marché.<sup>735</sup> Par conséquent, une éventuelle pression concurrentielle serait dans tous les cas d'une ampleur fortement limitée.

637. Ces éléments de fait soulèvent d'abord la question d'une pression disciplinante sur le marché wholesale de la vente de livres qui serait générée par la concurrence existant sur le marché des services de diffusion et sur le marché des services de distribution, distincts de ceux de la vente de livres.<sup>736</sup> Aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication sur la mesure dans laquelle cette concurrence dans l'obtention de la diffusion se répercuterait sur la concurrence entre diffuseurs sur le marché wholesale de la vente des livres. La Commission européenne dans la décision *Lagardère* n'a pas non plus constaté que les marchés des services de diffusion et des services de distribution exerceraient une pression disciplinante sur les marchés de la vente. On ne voit en l'espèce pas non plus comment cela pourrait être le cas. En effet, sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs, leur intérêt est d'obtenir une diffusion ou distribution qui leur convient, mais pas de péjorer les profits qui pourraient être générés par les revenus des ventes aux détaillants puis aux consommateurs finaux. Si une politique de prix propre au territoire suisse est considérée comme opportune pour un éditeur, par exemple parce qu'une discrimination de prix territoriale lui permettrait d'améliorer ses profits, alors il va chercher à mettre en place une telle diffusion-distribution. Cette pression ne va pas pouvoir discipliner les acteurs en aval.

638. Édition – Servidis/Transat ont considéré qu'il y avait une concurrence forte entre les éditeurs et une concurrence dans l'accès à la distribution.<sup>737</sup> Cet argument selon lequel le système des tabelles reporterait la concurrence entre éditeurs au niveau wholesale et même au niveau retail a été traité au niveau de la concurrence intramarque et n'est pas fondé.<sup>738</sup> Le marché en amont des droits d'édition limite d'ailleurs également l'émergence d'une pression concurrentielle de ce type.<sup>739</sup>

#### **B.4.2.4.2 Pression disciplinante des détaillants**

639. Interforum, Servidis/Transat, Dargaud, E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler en particulier,<sup>740</sup> ont invoqué que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la FNAC et de Payot, avait discipliné les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre,<sup>741</sup> les revendeurs disposeraient d'une position forte à l'égard des diffuseurs-distributeurs. Le fort degré de concentration et les niveaux autant que l'évolution des remises consenties en seraient la preuve. D'une part, Diffulivre a relevé le fort degré de concentration au niveau des revendeurs. Les six plus gros revendeurs romands ont représenté [...] du chiffre d'affaires de Diffulivre en 2011.<sup>742</sup> Dans ce sens, la FNAC et Payot seraient des canaux de revente incontournables et les libraires indépendants disposeraient d'un levier important grâce à leur concertation au sein de l'ASDEL. D'autre part, les niveaux

---

<sup>735</sup> Cf. B.4.2.3.3, 132.

<sup>736</sup> Cf. B.4.2.1.4, N 551 ss.

<sup>737</sup> A 692, 47.

<sup>738</sup> Cf. B.4.2.3.2, 128 ss.

<sup>739</sup> Cf. B.4.2.3.3, 132 ss.

<sup>740</sup> A 692, 43, N 162 ; 45, N 173 ; en particulier 47 ss, N 182 ss ; A 672, 48 ; A 691, 51 s., N 181 ss ; A 698, annexe 1 (expertise Gugler), 23 ss.

<sup>741</sup> A 693a, 111 ss, N 346 ss.

<sup>742</sup> A 693a, 114 N 347.

de remises seraient plus élevés que dans les autres pays européens et auraient constamment augmenté depuis 2005.

### Capacité disciplinante des détaillants

640. En droit de l'Union européenne, les critères de l'analyse de la puissance d'achat en aval ont été développés dans le contrôle des concentrations d'entreprise.<sup>743</sup> Parmi ces critères, la jurisprudence et la doctrine européennes considèrent comme centrale la possibilité pour les acheteurs d'obtenir les biens par un autre canal.<sup>744</sup> Cette menace doit être en outre sérieuse. Il est systématiquement nécessaire de mener une analyse au cas par cas.

641. En l'espèce, plusieurs éléments doivent être pris en compte. Premièrement, les détaillants n'ont pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs. La cause en est le cloisonnement du territoire.<sup>745</sup> Les propos d'Interforum ont été éloquentes : « Pour info, la Fnac nous a menacé d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder.<sup>746</sup> »

642. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs ont discuté entre eux au sein de l'ASDEL des importations parallèles et des conséquences qu'elles pourraient avoir sur leur existence. Le fait que ce genre d'information ait circulé entre les diffuseurs-distributeurs a d'autant réduit les possibilités de négociation – de Payot en l'occurrence, mais cela vaut pour l'ensemble des détaillants –, car chaque diffuseur-distributeur était conscient de la stratégie de ses semblables. Pascal Vandenberghe (Payot) s'est d'ailleurs montré surpris durant son audition devant la COMCO que les diffuseurs se soient entretenus entre eux sur le sujet de sa demande.<sup>747</sup>

643. Troisièmement, Diffulivre a fait état d'un courrier commun des libraires de l'ASDEL tentant de faire pression sur elle et critiquant le niveau de sa table. Cet exemple ne saurait constituer une preuve que les détaillants pourraient – et auraient – fait pression sur les diffuseurs-distributeurs. En effet, même en se concertant et en prenant une mesure collective, les libraires indépendants, représentant environ 30 % de la demande wholesale, ont constaté que Diffulivre était « resté[e] sourd[e] à [leur] message » et les promotions proposées ne remplaçaient en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro.<sup>748</sup>

644. Quatrièmement, selon Servidis/Transat, le fait que le niveau des prix de gros pour les détaillants était juste au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux prouverait que « [L]es remises concédées par les diffuseurs garantissent un prix d'achat pour les libraires inférieur à Amazon qui permet précisément aux libraires de couvrir leurs coûts et se maintenir. »<sup>749</sup> Le fait d'être en mesure d'imposer une telle politique de prix, laquelle condamne assurément de nombreux détaillants, prouve précisément que les détaillants ne sont pas en mesure de discipliner les diffuseurs-distributeurs.

645. Finalement, les temps de réaction distincts dans l'adaptation des tables par rapport à l'appréciation du franc et au recul des ventes dans le commerce stationnaire est un indice que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas été contraints par les comportements des détail-

---

<sup>743</sup> Cf. lignes directrice sur les concentrations, para. 64 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874.

<sup>744</sup> Cf. par exemple l'analyse de la Commission européenne dans la concentration M.1225 *Enso/Stone* JO L 254/9, pts 84-97 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874.

<sup>745</sup> Cf. B.4.2.4.2, 135.

<sup>746</sup> A 27, 1

<sup>747</sup> A 913 L 153.

<sup>748</sup> Cf. A 693a, annexe 56.

<sup>749</sup> A 672, 46.

lants. Les détaillants n'ont pas eu d'alternatives d'approvisionnement pour les livres diffusés-distribués en Suisse. De plus, ils ne peuvent globalement pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, ce qui fragilise d'autant leur situation et les empêche de discipliner les diffuseurs-distributeurs.

646. Dans ce contexte, les détaillants n'ont pas été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs pendant la période visée par l'enquête.

### **Pratique des tabelles, facturation et étiquetage**

647. Il ressort de ce qui précède que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante pendant la période visée par l'enquête. Même si les détaillants avaient été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête, une telle pression aurait été improbable. En effet, dans la branche du livre en Suisse, les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants présentent plusieurs caractéristiques ayant pour effet de rendre improbable une telle pression concurrentielle de leur part.

648. Le système de calcul des prix basé sur des tabelles de conversion – le système des tabelles – génère un point de repère sur le niveau de prix considéré comme optimal par les diffuseurs-distributeurs pour la revente des livres. Chaque diffuseur-distributeur suisse établit une table de conversion pour déterminer le cadre de ses relations avec l'ensemble des libraires. Les tabelles de conversion se présentent sous une forme très basique : il s'agit de deux colonnes côte à côte, une colonne exposant des montants en euros, l'autre indiquant les montants en francs suisses correspondants. En général les taux de conversion diminuent à mesure que le prix augmente.<sup>750</sup> À partir d'un certain niveau de prix, le coefficient devient en principe linéaire. Les tabelles des diffuseurs ne sont pas identiques, mais elles ont en commun le fait qu'elles apposent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change. Sur la base des montants indiqués par les tabelles, chaque diffuseur-distributeur négocie avec chaque détaillant un taux de remise, lequel est décisif pour déterminer le prix d'achat de ce dernier. Concrètement, si un détaillant convient d'un taux de remise de 40 % avec un diffuseur-distributeur, cela signifie que le prix d'achat de chaque livre auprès de ce diffuseur-distributeur lui coûtera le 60 % du prix tel que défini par la table de conversion. Dans cet exemple, si l'on admet que la table prévoit par hypothèse un taux de conversion de coefficient 2,<sup>751</sup> un livre dont le prix public français est de 10 euros coûte 12 francs suisses au détaillant bénéficiant d'une remise de 40 %. En effet, la table fixe pour cet ouvrage un prix tabellisé de 20 francs suisses, dont le libraire est tenu de payer le 60 % au diffuseur-distributeur. Si ledit livre est vendu par le détaillant au prix de 20 francs suisses (prix tabellisé), ce sont 40 % du prix de vente qui restent chez le détaillant après la transaction.

649. Le système de calcul exposé et commun à tous les diffuseurs-distributeurs en Suisse est complété en pratique par les modèles de facturation de ces derniers. En effet, ces modèles de facturation reprennent intégralement le calcul du prix et indiquent en général que le prix de référence est considéré comme un « prix de vente public ». De plus, il est en général loisible pour les détaillants de demander, contre rémunération, que les livres leur soient remis avec une étiquette indiquant parmi d'autres informations le prix de vente final (prestation d'étiquetage). Selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, c'est généralement le prix tabellisé qui est porté sur l'étiquette et ce, en particulier si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix.

---

<sup>750</sup> Cf. par exemple A 122, 6 ; A 79, 6.

<sup>751</sup> Lorsque le cours EUR/CHF était à 1.64 au 30 juillet 2007 par exemple, la table de Servidis prévoyait un coefficient légèrement supérieur à 2, le montant de 9.90 euro ayant pour prix tabellisé 20.30 francs suisses ; cf. A 672, 48 et annexe 26.

650. Finalement, la majoration opérée par les tables de conversion a pour corollaire une remise relative plus élevée pour les détaillants en Suisse que celle des détaillants en France. Selon E5F, la remise moyenne en Suisse est de [...] plus élevée qu'en France.<sup>752</sup> Servidis a précisé, en 2010, que les remises accordées aux libraires en Suisse étaient en moyenne de [...] en France, selon un rapport Ipsos sur la librairie indépendante.<sup>753</sup> D'autres diffuseurs-distributeurs ont fait part de constatations comparables.<sup>754</sup> En d'autres mots, la majoration générée par le système de calcul des prix basé sur des tables de conversion, si elle a essentiellement profité aux diffuseurs-distributeurs grâce au cloisonnement du territoire a aussi permis aux détaillants de garder pour chaque livre vendu un montant plus élevé relativement à un détaillant en France. Dans ce sens, Diffulivre a exposé, en 2007 : « [...]»<sup>755</sup> « [...]»<sup>756</sup>

651. Tel que l'a également constaté la jurisprudence de l'UE dans une affaire présentant certains points similaires, un système de calcul des prix basé sur les prix indicatifs de vente au détail est fortement incitatif.<sup>757</sup> Il ne saurait l'être dans une moindre mesure lorsque certaines prestations telles que l'étiquetage sont rationalisées et offertes par les diffuseurs-distributeurs. En pratique, le système fortement incitatif s'est traduit par un taux de suivi par les détaillants élevé des prix tabellisés sur le marché final pendant la période visée par l'enquête.

652. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants a été d'autant moindre que ces derniers ont été en mesure de transférer sur les consommateurs finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs.

### Commerce électronique

653. Selon Servidis/Transat, l'essentiel de la pression concurrentielle viendrait du marché de détail, soit de la pression des consommateurs. Le Secrétariat n'aurait « pas fait son travail » et ignorerait encore « la réalité de la pression concurrentielle effective exercée sur les libraires, les diffuseurs et les éditeurs au niveau de la demande finale.<sup>758</sup> »

654. Le commerce électronique n'est pas arrivé récemment dans la branche du livre, comme l'ont relevé plusieurs diffuseurs-distributeurs. Tout au plus peut-on admettre que l'utilisation par les consommateurs finaux s'est accrue progressivement pour avoir représenté vers la fin de la période visée par l'enquête environ 10 % de la vente de livres aux consommateurs finaux. Le réel déclencheur de la fuite de nombreux consommateurs finaux vers des sites tels qu'Amazon réside dans le fait que l'appréciation du franc a rendu les prix proposés par Amazon bien plus bas que les prix dans le commerce stationnaire en Suisse. Parallèlement, les diffuseurs-distributeurs n'ont pas transmis les gains de change aux détaillants, ni aux consommateurs finaux. L'exemple précisément de Servidis le prouve à suffisance. En effet, les chiffres exposés par Servidis/Transat indiquent que les baisses successives de leurs tables n'ont pas eu pour effet de répercuter l'appréciation du franc en faveur des détaillants.<sup>759</sup> En effet, alors que l'euro perdait 25 % de sa valeur entre le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et le 1<sup>er</sup> novembre 2011, la table de Servidis a baissé de 15 % sur cette même période. Par conséquent, la majoration relative pour le marché suisse a en fait augmenté sur cette pé-

---

<sup>752</sup> A 79, 6.

<sup>753</sup> A 331, 5.

<sup>754</sup> A 72 (Transat), 4.

<sup>755</sup> A 33, 3.

<sup>756</sup> A 33, 6.

<sup>757</sup> Arrêt du TPI du 13 janvier 2004 T-67/01, *JCB Service contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2004, point 130.

<sup>758</sup> A 672, 39 et 47-48.

<sup>759</sup> A 672, 48.

riode, passant d'environ 18-24<sup>760</sup> % à 33 %. Dans un contexte de détérioration des ventes dues à la substitution vers notamment le canal internet, la majoration relative de la table par rapport à l'euro a donc augmenté. Servidis a pu préserver ses marges, malgré la détérioration du marché, au détriment des détaillants.

### Appels d'offres

655. Diffulivre a également mentionné qu'elle était parfois soumise à des appels d'offres, ce qui témoignerait de la concurrence émergeant de ses clients.<sup>761</sup>

656. Les appels d'offres évoqués par Diffulivre ne sont pas l'apanage de revendeurs actifs sur le marché retail. Ce sont des clients finaux d'un type particulier qui procèdent à des appels d'offre, dans la mesure où leurs choix s'opèrent en fonction de critères très précis et concernent des quantités conséquentes d'un même ouvrage. À ce titre, la concurrence que se livrent les diffuseurs, ou plutôt comme l'a mentionné à raison Diffulivre, les *éditeurs*, n'a pas lieu sur le marché wholesale. Il s'agirait plutôt d'un marché distinct, en ce sens que la demande n'est pas composée par des détaillants.

### B.4.3 Conclusion intermédiaire

657. L'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart prévoit que si la concurrence efficace est supprimée par les accords, ceux-ci sont illicites.<sup>762</sup>

658. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

659. Il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La concurrence intermarques, dont la portée est limitée par les caractéristiques du produit, n'a pas non plus existé au-delà de la concurrence circonscrite au rayonnage, provenant des marchés des services de diffusion. L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

660. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique et elle ne peut pas être renversée. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sont illicites.

---

<sup>760</sup> Le coefficient étant dégressif, l'augmentation relative de 24 % concerne plutôt les prix en euros bas et 18 % les prix en euros élevés.

<sup>761</sup> A 693a, 45.

<sup>762</sup> CR Concurrence AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 228 ss., 490.

## B.5 Affectation notable de la concurrence

661. 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, sont illécitiques (art. 5 al. 1 LCart).

662. Lorsque la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 LCart peut être renversée, il y a lieu d'examiner si l'accord en cause affecte de manière notable la concurrence sur le marché pertinent (art. 5 al. 1 LCart) et, le cas échéant, s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

### B.5.1 Remarque liminaire

663. Les questions de savoir si un accord affecte notablement la concurrence et si un tel accord est justifié par des motifs d'efficacité économique ne se posent que si la présomption de suppression de la concurrence peut être renversée.<sup>763</sup> En l'espèce, la présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée pour aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG. Les questions de l'affectation notable et des justifications d'efficacité ne sont donc en principe pas à être examinées.

664. En pratique, la COMCO peut toutefois procéder à un examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence, par exemple lorsqu'un tel examen ne commande pas de mesures d'enquête supplémentaires.<sup>764</sup> En l'espèce, l'examen de l'affectation notable et des justifications d'efficacité intervient à titre subsidiaire, car l'analyse a démontré que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée. Ainsi, la suite de l'analyse examine plus avant si, même dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption, une affectation notable de la concurrence, cas échéant, qui ne serait pas justifiée par des motifs d'efficacité économique devait être constatée.

### B.5.2 Examen du caractère notable de l'affectation

665. Selon le ch. 12 CommVert, le caractère notable de l'affectation de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart s'examine à l'aune de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.<sup>765</sup>

#### B.5.2.1 Caractère qualitativement notable

666. Le ch. 12 (2) CommVert énumère les accords considérés comme qualitativement notables relativement à leur objet. Au sens de la lettre b de l'énumération, les accords ayant pour objet les restrictions du territoire dans la mesure où elles intègrent les ventes passives sont considérées comme qualitativement notables.

---

<sup>763</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 390 consid. 9.2.5, *Implemia/WEKO* et réf. citées.

<sup>764</sup> Cf. DPC 2010/4, 649ss, *Hors-liste*.

<sup>765</sup> DPC 2012/3, 575, N 279, *BMW*; DPC 2010/1, 103, N 302, *Gaba*; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: T. Geiser/P. Krauskopf/ P. Münch, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel/Genf/München 2005, N 8.47.

667. En l'espèce, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont reposé pendant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité visant à prohiber les ventes passives vers la Suisse, comme il a été démontré plus haut.<sup>766</sup> De tels systèmes de distribution sont typiquement ceux qui sont visés par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également par le ch. 12 (2) let. b CommVert.

668. Ainsi, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan qualitatif pendant la période visée par l'enquête.

### **B.5.2.2 Caractère quantitativement notable**

669. Selon le ch. 13 (1) CommVert, les accords verticaux en matière de concurrence non visés au chiffre 12 (2) lettres a à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord. Selon le ch. 13 (2) CommVert, lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires.

670. En l'espèce, les seuils mentionnés par le ch. 13 CommVert ne sont pas pertinents, car le caractère notable sur le plan qualitatif correspond au ch. 12 (2) let. b CommVert, expressément écarté du champ d'application du ch. 13 (1) CommVert.

671. Au-delà du cadre défini par le ch. 13 CommVert, les principes de l'analyse du caractère quantitativement notable ont été établis par la COMCO dans l'affaire *Gaba*.<sup>767</sup> Cet examen repose essentiellement sur les éléments de la position sur le marché, des possibilités d'arbitrage, des parts de marché, de la concurrence actuelle, de la structure du marché et de la position des partenaires de l'échange. Ce sont fondamentalement les mêmes paramètres que ceux qui sont examinés dans l'examen du renversement de la présomption, la seule différence résidant dans le degré de l'affectation permettant de considérer que la condition est réalisée.<sup>768</sup>

672. En l'espèce, l'analyse du renversement de la présomption a mis en évidence que plus de 95 % du marché est soumis aux systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG, lesquels ont reposé durant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

673. L'examen des autres critères n'a pas été à même de laisser un doute quant à la suppression de la concurrence efficace sur le marché de référence wholesale.

674. Partant, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan quantitatif pendant la période visée par l'enquête.

---

<sup>766</sup> Cf. B.4.1.5, 93 ss.

<sup>767</sup> Cf. DPC 2012/3, 577 (et renvois à la pratique antérieure de la COMCO), *BMW*.

<sup>768</sup> DPC 2012/3, 577, *BMW*.

### **B.5.2.3 Conclusion intermédiaire**

675. L'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif.

### **B.5.3 Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique**

676. Lorsqu'un accord affecte notablement la concurrence, il convient d'examiner si ce dernier peut être justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et lorsque cet accord ne permet en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

677. Dans le contexte d'un marché dans lequel les produits vendus sont accompagnés d'un droit de retour, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pourrait réduire les coûts de distribution. Ce motif d'efficacité économique commande d'examiner la faculté de retourner les livres invendus et sa relation avec le régime d'exclusivité.

678. La faculté de pouvoir retourner les livres invendus durant un certain délai est l'une des caractéristiques même de la branche. Dans un contexte d'incertitude généralisée et de répartition des ventes sur un nombre élevé de titres, une répartition des risques entre les différents échelons de la branche a pris forme. Il en va de même concernant les livres rédigés dans d'autres langues. Ainsi, le droit de retour est un élément important pour permettre l'activité des détaillants dans la branche du livre.

679. L'hypothèse du caractère indispensable du régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pour garantir le fonctionnement de la faculté de retourner les livres invendus dans un certain délai n'est pas vérifiée, comme l'ont d'ailleurs admis la plupart des parties lors de leur audition ou dans leurs prises de position. En effet, le régime d'exclusivité détermine les flux, principalement les flux « aller », c'est-à-dire de l'éditeur vers le détaillant, mais également les flux « retour », les systèmes de distribution examinés agençant notamment les délais et modalités de paiement par rapport aux flux tant aller que retour. Dans ce sens, si le régime d'exclusivité permet de gérer les flux retour en interdisant des canaux de distribution parallèles, il ne se révèle pas le seul moyen de gérer de tels flux. En effet, d'autres modalités seraient envisageables. En audition, Servidis a exposé qu'une solution basée sur des taux de retour serait envisageable pour éviter les retours croisés,<sup>769</sup> solution que Diffulivre a également mentionnée dans sa prise de position.<sup>770</sup> Cela serait pratiqué pour les livres en langue allemande notamment, selon Michel-Édouard Slatkine (Servidis).<sup>771</sup> Flammarion a mentionné la possibilité d'un système de marquage.<sup>772</sup>

680. En résumé, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives est apte à canaliser le retour des livres invendus. Cependant, il n'est pas indispensable à cet effet, car il existe plusieurs autres méthodes permettant de parvenir au même résultat sans porter préjudice à la concurrence. Ainsi, il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des sys-

---

<sup>769</sup> A 914 L 795 ss.

<sup>770</sup> A 693a, 69, N 196.

<sup>771</sup> A 914 L 795 ss.

<sup>772</sup> A 905 L 285 ss.

tèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête. Les diffuseurs-distributeurs concernés seraient au demeurant bien en peine de prétendre à une telle justification puisqu'ils nient l'existence même d'un tel régime.

#### **B.5.4 Conclusion intermédiaire**

681. Même si l'on devait admettre contrairement à l'analyse du considérant B.4 que la présomption de suppression de la concurrence pouvait être renversée en l'espèce, l'examen de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites, car ils ont notablement affecté la concurrence durant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, et qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la nécessité de ces derniers.

## B.6 Sanction

682. En raison de leur *ratio legis* les sanctions directes prévues à l'art. 49a LCart doivent assurer la mise en œuvre efficace des règles de concurrence et empêcher les violations de la loi au moyen de leur effet préventif. Les sanctions directes ne peuvent être imposées que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence.

683. Le fait d'imposer une sanction à des entreprises présuppose que l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart est réalisé. Selon cette disposition, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 LCart, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 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. L'art. 9 al. 3 LCart, est applicable par analogie. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

684. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. L'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions, OS LCart ; RS 251.5) détermine plus avant les critères pour le calcul du montant de la sanction.

685. Concrètement, il y a lieu de déterminer d'abord le montant maximal, puis le montant de base. Ce dernier correspond à un montant pouvant aller, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart, art. 3 OS LCart). Le montant de base est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS LCart). Cette augmentation peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans. Ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Les circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et atténuantes (art. 6 OS LCart) doivent aussi être examinées.

686. La hauteur effective de la sanction dépend des circonstances concrètes et tient compte du principe de la proportionnalité conformément à l'art. 2 al. 2 OS LCart.

687. Plusieurs éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart se recoupent avec les éléments constitutifs matériels de l'infraction déjà passés en revue plus haut. Il y sera renvoyé en conséquence.

### B.6.1 Principe général de prescription

688. Servidis/Transat ont argué que la sanction proposée par le Secrétariat frapperait des faits prescrits. La LCart ne contient certes pas de disposition relative à la prescription, mais cette dernière serait un principe de droit général. De plus, l'application de l'art. 11 al. 4 [L]DPA serait commandée en l'espèce et une prescription de 5 ans s'appliquerait aux peines de la loi sur les cartels.<sup>773</sup>

689. Servidis/Transat ont indiqué correctement que la LCart ne contenait pas de disposition concernant la prescription. Si les états de fait relevant de la loi sur les cartels devaient connaître une règle de prescription, le TF devrait alors en tenir compte d'office, ce qu'il ne fait justement pas, comme le démontre le récent arrêt Publigroupe.<sup>774</sup> Ainsi, il n'y a pas lieu de

---

<sup>773</sup> A 672, 50 s.

<sup>774</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, *Publigroupe/COMCO*.

considérer qu'une prescription empêcherait la COMCO de prononcer des sanctions en l'espèce.

## **B.6.2 Entreprises**

690. Les restrictions à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être le fait d'une entreprise. La notion d'entreprise de l'art. 49a al. 1 LCart correspond à celle de l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart. Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG peuvent être qualifiés d'entreprises au sens de la loi sur les cartels.

## **B.6.3 Comportement illicite**

691. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit conformément au cadre légal constitutionnel des mesures contre les cartels durs au sens d'accords horizontaux ou verticaux saisis par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Ce sont les infractions au droit de la concurrence qui portent le plus préjudice aux consommateurs, aux entreprises et à l'économie dans son ensemble et qui ont par ailleurs été traitées spécifiquement par le législateur par l'introduction des présomptions de la LCart. Partant, deux conditions doivent être remplies pour qu'une sanction puisse être infligée en application de l'art. 49a al. 1 LCart. Il s'agit d'une part d'une participation à un accord sur les prix, les quantités ou sur la répartition des marchés au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et d'autre part de l'illicéité de cet accord.

### **B.6.3.1 Suppression de la concurrence**

692. Toutes les parties ont contesté avoir été parties à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période visée par l'enquête. Les arguments qu'elles ont avancé ont été traité dans les considérants matériels de la présente décision.

693. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont supprimé la concurrence efficace.<sup>775</sup>

### **B.6.3.2 Affectation notable**

694. Interforum, OLF, Diffulivre, Dargaud et AIG ont argué que si la COMCO devait retenir non pas la suppression de la concurrence, mais seulement son affectation notable sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart, une sanction qui serait infligée aux parties sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart serait tout de même à exclure.<sup>776</sup> Diffulivre en particulier a fait valoir que l'art. 49a al. 1 LCart, dans sa teneur actuelle ne prévoirait une sanction qu'en cas de suppression de la concurrence et non en cas d'affectation notable de cette dernière. Au vu de cela, la COMCO en effectuant une interprétation divergente violerait le principe de la légalité. La subsomption des situations dans lesquelles seule une affectation notable au sens des art. 5 al. 1 et 2 LCart tomberaient sous le coup de l'art. 49a al. 1 LCart serait non seulement contraire à la lettre de cette dernière norme et au but des sanctions directes visant les atteintes les plus graves, mais elle mènerait également à une insécurité juridique et un défaut de prévisibilité des sanctions. Les considérations du législateur faites dans le cadre de la révision actuelle de la LCart abonderaient également dans ce sens. De plus, le raisonnement de la COMCO, selon lequel la preuve de la suppression de la concurrence étant très difficile à apporter en pratique en raison des exigences posées par le Tribunal fédéral et les difficultés auxquelles cette dernière se verrait confrontée de ce fait pour infliger des sanctions directes, justifierait que l'art. 49a al. 1 s'applique également aux accords visés par l'art. 5 al. 1 et 2

---

<sup>775</sup> Cf. B.4.3.

<sup>776</sup> A 672, 50 ; A 690, 27 ; A 689, 16 ; A 691 N 187.

LCart, ne saurait être retenu, en raison du principe de la légalité tel qu'il est formulé à l'art. 1<sup>er</sup> CP, la nature de la sanction étant pénale.<sup>777</sup>

695. Le raisonnement de Diffulivre et l'argument des autres diffuseurs-distributeurs l'ayant invoqué ne peut être suivi. Premièrement en effet, c'est l'illicéité d'un accord au sens de l'art. 49a al. 1 LCart qui est déterminante et non le degré de restriction de la concurrence constaté. Dans sa pratique, la COMCO a considéré que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 pouvaient être sanctionnés également dans le cas où la présomption légale aurait été renversée.<sup>778</sup> Deuxièmement, le TF a retenu que l'art. 49a LCart permettant les sanctions directes a été introduit dans le but de lutter de manière plus efficace contre les accords horizontaux et verticaux les plus nuisibles *affectant* notablement la concurrence – « *wettbewerbsbeschränkend* » – et non uniquement ceux *supprimant* la concurrence.<sup>779</sup>

696. Ainsi, même s'il convenait d'admettre que la présomption de la concurrence devait être renversée en l'espèce, il y aurait lieu d'admettre que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été illécite durant la période visée par l'enquête, dans la mesure où ils ont affecté notablement la concurrence.

### **B.6.3.3 Conclusion intermédiaire**

697. Un comportement illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart peut être constaté pour Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG.

### **B.6.4 Imputabilité**

698. Selon la jurisprudence fédérale et la pratique de la COMCO, non seulement les éléments constitutifs de l'infraction sur le plan matériel, y compris l'illicéité, doivent être établis pour déclencher l'éventualité d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart, mais encore une imputabilité objective.<sup>780</sup> Cette condition de l'imputabilité objective est à comprendre comme la nécessité de démontrer, au moins, une commission – ou une omission – par négligence consistant en une violation d'un devoir de vigilance découlant des circonstances ou en un défaut d'organisation.

699. Interforum a soutenu dans sa prise de position que si la LPL avait été adoptée, l'enquête aurait été classée. La COMCO aurait ainsi fait dépendre sa sanction du résultat d'une votation populaire qui de une, était imprévisible et de deux, sortait du champ d'influence des diffuseurs, raison pour laquelle aucune imputabilité ne serait donnée.

700. Selon E5F, l'adoption de la LPL aurait conduit à légaliser les pratiques en vigueur en Suisse sur le marché du livre écrit en français. Le mécanisme qu'entendait institutionnaliser cette loi aurait correspondu quasiment en tous points aux comportements reprochés aux diffuseurs. En suspendant son enquête, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des parties jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde les diffuseurs des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté une attitude confortant ces derniers dans l'idée de conformité de leurs pratiques avec la LCart. Dans ces circonstances, les parties ne pouvaient s'attendre à ce que la procédure aboutisse à un tel résultat et vouloir leur infliger une sanction correspondrait à une violation du principe de la bonne foi.

---

<sup>777</sup> A 693a, 165 ss, N 512 ss.

<sup>778</sup> DPC 2012/3, 581, N 321 ss. *BMW*.

<sup>779</sup> ATF 135 II 60, 63, consid. 2.1. ; DPC 2012/3, 582, N 322, *BMW*.

<sup>780</sup> Arrêt du TAF DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2, *Publigroupe/COMCO*.

701. Flammarion a indiqué que les entreprises du secteur se seraient conformées de bonne foi à un système qu'elles pensaient légitime et qui serait parfaitement légal dans leur pays d'origine. De plus, au vu des échanges avec le Secrétariat au cours des quatre années d'enquête, une sanction ne pouvait être raisonnablement anticipée. La longueur de la procédure et l'incertitude quant aux infractions réellement reprochées auraient abouti à une situation d'insécurité juridique.

702. Glénat a estimé incohérent et manifestement choquant que le Secrétariat ait pu concevoir de lui infliger une sanction pour un comportement qui serait en fin de compte imputable aux libraires, seuls responsables de ne pas s'approvisionner directement en France.

703. Diffulivre a réfuté que les reproches formulés dans la proposition du Secrétariat à l'endroit des diffuseurs seraient imputables à la violation d'un devoir de diligence de leur part. En premier lieu, elle a contesté avoir joué un quelconque rôle dans le déclenchement et le processus législatif lié à la LPL de manière générale. Le fait que l'avancement de ce projet de loi ait été discuté lors de réunions de l'ASDEL ne saurait en outre lui être reproché, puisque la LPL aurait eu des conséquences directes sur l'activité des diffuseurs et de telles discussions relèveraient du but statutaire de l'association. De plus, Diffulivre se serait toujours distancée des propos émanant de l'ASDEL ou de ses membres qu'elle considérerait inappropriés. En deuxième lieu, Diffulivre s'en est pris aux autres éléments avancés par le Secrétariat dans ce contexte. Tous les extraits tirés de procès-verbaux de réunions au sein de l'ASDEL ont été réfutés en tant que preuves d'une violation du devoir de diligence de Diffulivre. Selon elle, rien dans ces extraits ne démontrerait que les diffuseurs auraient douté de la conformité du système économique et auraient été conscients de la nature illicite de ces pratiques.

704. Servidis/Transat ont contesté qu'un accord illicite leur serait imputable. Selon elles, le fait que la COMCO se soit abstenue d'ouvrir une enquête pendant si longtemps, contrairement au marché suisse allemand, alors que l'organisation du marché lui était connue et qu'elle l'ait ensuite ouverte avec pour objet l'examen d'un éventuel abus de position dominante leur livrait de très bonnes raisons de s'estimer en-dehors des « foudres de la LCart ». En effet, n'étant aucunement en position dominante et disposant de tabelles parmi les plus basses sur le marché, les deux sociétés ne se seraient pas senties concernées par l'enquête. Quant à l'organisation du marché, cette dernière ne serait que « le prolongement logique de l'organisation prévalant en France et dans le reste de l'Europe francophone ». Elle a relevé que la « duplication de la diffusion » est un « choix commercial ». Dans ce contexte, les diffuseurs n'avaient pas conscience d'être en infraction.

705. Concernant Dargaud, outre le fait que le Secrétariat n'aurait pas démontré que des accords illicites lui seraient imputables, les contrats qui pourraient éventuellement s'être révélés problématiques du point de vue du droit des cartels ne pourraient être imputés à Dargaud puisque les restrictions à la concurrence résulteraient d'accords conclus entre l'éditeur et le diffuseur étranger auxquels Dargaud ne serait pas partie. Dargaud a également contesté le reproche formulé dans la proposition du Secrétariat à l'égard des diffuseurs consistant en l'absence d'adaptation du comportement nonobstant l'ouverture d'une enquête. La procédure ne visant que les violations de l'art. 7 LCart, les diffuseurs pouvaient légitimement partir du principe que seul l'abus de position dominante était visé par l'enquête. L'élargissement de l'enquête aux art. 5 al. 3 et 4 LCart n'étant intervenu que le 2 mars 2011 avec en toile de fond l'adoption de la version finale de la LPL par le Parlement le 18 mars 2011, un changement de pratique ne pouvait être exigé de la part des diffuseurs dans ces circonstances.

706. AIG a contesté que l'imputabilité ait été établie par le Secrétariat. Aucune des indications qu'elle a faites dans sa prise de position ne concerne les accords verticaux ATD.

707. Les éléments suivants justifient l'imputation des comportements illicites constatés aux diffuseurs-distributeurs. Premièrement, tous les systèmes de distribution considérés comme illicites auxquels ont été impliqués les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisisant les ventes passives.

708. Deuxièmement, durant la période visée par l'enquête, tous les diffuseurs-distributeurs ont mis consciemment en œuvre les systèmes de distribution en s'opposant aux tentatives d'importations parallèles.

709. Troisièmement, les discussions au sein de l'assemblée professionnelle du domaine Diffuseur de l'ASDEL permettent de tirer la conclusion que le cloisonnement du territoire suisse était une politique assumée. Le passage d'un protocole d'une réunion des diffuseurs-distributeurs qui suit, faisant état de la volonté de la FNAC de basculer ses approvisionnements en direct, peut être imputé à l'ensemble des diffuseurs-distributeurs au regard des tentatives de modification de ses approvisionnements exposées par la FNAC en audition :

*« Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir d'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les points et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches prendront au besoin des dispositions appropriées.<sup>781</sup> »*

710. Les développements législatifs parallèles à la procédure n'altèrent nullement la considération de l'imputabilité pour les charges finalement retenues. En effet, comme il a été exposé en matière de prescription réservées, la LPL ne contenait aucun volet concernant la réglementation des approvisionnements. Seul un régime de prix de revente était prévu. Dans ce sens, les diffuseurs-distributeurs n'ont pu se représenter que leurs systèmes de distribution fondées sur des régimes d'exclusivité pourraient être d'une quelconque manière « légitimés » par un texte de régulation spécifique. Les diffuseurs-distributeurs ont bien au contraire, comme le passage ci-dessus ainsi que les développements concernant l'exclusion des ventes passives le complète, échangé concernant le danger des exportations parallèles au sein de leur assemblée professionnelle, et cela sans que la procédure législative ne réduise d'une quelconque manière l'imputabilité des comportements aux diffuseurs-distributeurs.

711. Quatrièmement, malgré la proposition du Secrétariat, intervenue en août 2012, les diffuseurs-distributeurs n'ont, à quelques exceptions près, toujours pas ouverts la voie à des importations parallèles.

712. Ainsi, les comportements illicites peuvent objectivement être imputés aux diffuseurs-distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG.

## **B.6.5 Mesure de la sanction**

### **B.6.5.1 Montant maximal**

713. Le montant maximal de la sanction correspond à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 OS LCart). Le chiffre d'affaires de l'entreprise est calculé par analogie

---

<sup>781</sup> A 547f, 12 (PV de l'Assemblée professionnelle des diffuseurs du 12.3.2007, 2).

aux critères de l'art. 9 al. 3 LCart – notification des opérations d'entreprises (art. 49a al. 1 LCart). L'art. 9 al. 3 LCart est précisé aux art. 4 et 5 OCCE.

En l'espèce, la somme des chiffres d'affaires en Suisse des trois dernières années de chacun des diffuseurs doit être pris en compte. Le montant maximal pour chaque diffuseur est indiqué dans le tableau suivant :

Partie	Max 49a LCart	Somme CA
Interforum	Fr. [...]	Fr. [...]
E5F	Fr. [...]	Fr. [...]
Flammarion	Fr. [...]	Fr. [...]
Glénat	Fr. [...]	Fr. [...]
OLF	Fr. [...]	Fr. [...]
Diffulivre	Fr. [...]	Fr. [...]
Servidis	Fr. [...]	Fr. [...]
Transat	Fr. [...]	Fr. [...]
Dargaud	Fr. [...]	Fr. [...]
AIG	Fr. [...]	Fr. [...]

714. AIG a contesté le calcul de ce montant dans sa prise de position en indiquant que seul le chiffre d'affaires des activités dans le domaine de la diffusion aurait dû être pris en compte.<sup>782</sup> Il n'y a pas lieu de suivre son propos. Ce n'est que lors de la détermination du montant de base qu'il s'agit de tenir compte, conformément à l'art. 3 OS LCart, du chiffre d'affaires des trois derniers exercices réalisé *sur les marchés pertinents*. L'art. 7 OS LCart, qui s'applique en matière de calcul du montant maximal d'une sanction, ne contient pas cette précision. Par conséquent le chiffre d'affaires d'une entreprise est considéré de manière globale et indifférenciée pour le calcul de ce montant.

## B.6.5.2 Mesure concrète de la sanction

### B.6.5.2.1 Montant de base

715. Le montant de base du calcul peut représenter selon la gravité et le type d'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart).

716. Selon Interforum, les chiffres retenus pour le montant de base seraient trop élevés en ce qui la concerne. Il y aurait lieu de déduire de ce montant les revenus des livres des éditeurs suisses, des éditions scolaires pour écoles suisses (prix cession) et des livres vendus directement au Salon du livre. Ces positions du chiffre d'affaires mentionnées par Interforum n'ont pas été gagnées sur le marché de référence et dans la mesure où ces distinctions sont possibles, il y a lieu de les retrancher du montant de base.

---

<sup>782</sup> A 690, 29.

717. Selon Interforum il y aurait également lieu de déduire d'autres montants, lesquels constituent en fait des « frais », voire des versements. Ce sont concrètement les frais de distribution et les remises spéciales aux libraires (remises de fin d'années et surremises). Ces positions ne peuvent pas être considérées comme éléments du chiffre d'affaires et on ne voit dans quelle mesure ils sont pertinents pour le calcul du montant de base.

718. Selon Dargaud, les prestations de gestion en faveur des sociétés dans lesquelles elle détient des participations devraient être déduits du montant de base. Il en irait de même avec les positions prestation de services, ventes de produits dérivés et vente de livres d'éditeurs allemands. Elle a également considéré qu'il y aurait lieu de soustraire les chiffres d'affaires réalisés par les éditeurs MP et les tiers-MP.

719. Selon les considérants qui précèdent, Dargaud répond également d'accords illicites en ce qui concerne les systèmes de distribution des éditeurs MP et des Tiers-MP. Dans ce sens, les deux dernières soustractions invoquées du montant de base ne peuvent pas être suivies. Les autres positions relevées ne correspondent pas à des revenus sur les marchés de référence et doivent par conséquent être déduites du montant de base.

720. Selon AIG, le montant de base proposé par le Secrétariat devrait être diminué du chiffre d'affaires réalisé avec des éditeurs suisses et ramené à [...].<sup>783</sup> Cette soustraction peut légitimement être invoquée et répercutée sur le montant de base d'AIG.

721. Les autres diffuseurs-distributeur n'ont pas contesté le montant de base proposé par le Secrétariat. Ainsi, la limite supérieure du montant de base pour chaque diffuseur est indiquée dans le tableau suivant :

	<b>Max 49a LCart</b>		<b>Somme CA MRéférence</b>	
Interforum	Fr.	[...]	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]	Fr.	[...]

---

<sup>783</sup> A 690, 30.

### B.6.5.2.2 Gravité et type des infractions

722. Selon l'art. 49a al. 1 LCart en relation avec l'art. 3 OS LCart, la durée et la gravité des pratiques illicites doivent être considérées dans le calcul de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte.

723. La pratique de la COMCO considère que la possibilité de pratiquer des importations parallèles est particulièrement digne de protection.<sup>784</sup> En effet, l'ouverture des marchés permet les activités pro-concurrentielles d'arbitrage, lesquelles sont au cœur de tout processus de concurrence. Dans l'UE, les atteintes à l'intégration du marché, telles qu'elles résultent notamment des accords de cloisonnement sont considérées comme particulièrement graves et le niveau des sanctions dans ce domaine est, en conséquence, élevé.<sup>785</sup> Les accords verticaux visant les prix et le cloisonnement des territoires sont considérés comme particulièrement nuisibles à la concurrence, ce qui se traduit notamment par le fait que la voie d'une exemption par le règlement d'exemption par catégorie n'est pas ouverte pour ces types d'accords.

#### Arguments des diffuseurs-distributeurs

724. Interforum a contesté la gravité retenue, établissant un taux de 10 % comme montant de base. Elle a avancé que les effets nuisibles allégués par le Secrétariat ne se seraient pas produits et ne seraient pas avérés. Spécifiquement concernant le cloisonnement du territoire, il y aurait lieu de tenir compte du fait que les détaillants suisses n'auraient pas particulièrement cherché à obtenir des livraisons systématiques depuis l'étranger, lesquelles auraient été empêchées en raison d'accords.<sup>786</sup> De plus, l'argument avancé par le Secrétariat consistant à dire que les accords de cloisonnement constitueraient des atteintes particulièrement graves, ce qui serait démontré par le fait que le législateur les a soumis à une présomption d'illicéité, a été contesté par Interforum. En effet, seuls les accords tombant sous la présomption peuvent faire l'objet d'une sanction.<sup>787</sup> Le taux devrait, au vu de la gravité des accords en l'occurrence s'élever tout au plus à 4 %.<sup>788</sup>

725. Selon E5F, le Secrétariat aurait violé le principe de la légalité en calculant la sanction sur la base d'un cumul des accords reprochés. En droit des cartels, la sanction devrait être fixée de manière individuelle pour chaque pratique illicite retenue.<sup>789</sup> La question de la licéité d'un « cumul des comportements reprochés » peut rester ouverte, car les autres comportements illicites retenus par le Secrétariat dans sa proposition n'ont pas été retenus. E5F a également critiqué la prise en compte insuffisante du gain qu'elle aurait obtenu en recourant aux pratiques illicites. L'amende aurait été fixée par le Secrétariat sans tenir compte de ce critère. Elle a par la suite contesté s'être procurée toute sorte de rente cartellaire sur la base de ses pratiques.<sup>790</sup>

726. Flammarion a contesté dans sa prise de position que les faits retenus par le Secrétariat constitueraient de graves infractions justifiant la prise en considération d'un montant de base aussi élevé. De plus, elle a constaté que la proposition serait en contradiction avec la pratique de la COMCO consistant à retenir pour les accords verticaux un montant ne dépassant pas les 5 % des trois derniers exercices sur le marché relevant. En l'occurrence, sur la base

---

<sup>784</sup> DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, *BMW*.

<sup>785</sup> DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, *BMW* ; GEORGIO MONTI, *EC Competition Law*, 2007, 40.

<sup>786</sup> A 692, N 228.

<sup>787</sup> A 692, N 231.

<sup>788</sup> A 692, N 233.

<sup>789</sup> A 736, N 142.

<sup>790</sup> A 736, N 140.

des faits retenus à l'encontre de Flammarion, le taux retenu pour le calcul du montant de base ne devrait pas dépasser 2 %.<sup>791</sup>

727. OLF a soulevé qu'il était essentiellement question d'accords verticaux dans la proposition. Ces derniers étant généralement considérés moins graves que les accords horizontaux, la gravité des pratiques devrait être relativisée et le montant adapté.<sup>792</sup>

728. Selon Diffulivre, le taux de 10 % retenu pour le calcul du montant de base serait excessif sous deux angles. D'abord, en admettant qu'un accord doive être retenu sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart et non sur la base de 5 al. 3 et 4 LCart, le taux devrait être revu à la baisse puisqu'une restriction notable affecte moins la concurrence qu'une suppression totale de cette dernière. Ensuite, les accords verticaux seraient moins dommageables que les accords horizontaux ce qui justifierait également qu'on s'écarte du taux maximal retenu. Dans tous les cas, les 10 % proposés, ne supporteraient pas la comparaison avec les autres décisions rendues par la COMCO en la matière.<sup>793</sup>

729. Servidis/Transat ont réfuté l'argument du Secrétariat consistant à déduire la gravité des pratiques en cause du fait que le législateur leur a reconnu un potentiel anticoncurrentiel si important qu'il les a soumises à une présomption d'illicéité. Ce choix du législateur ne permettrait pas de tirer de conclusion quant à la gravité concrète de l'infraction.<sup>794</sup> Elles ont également invoqué le fait qu'elle ne réalisaient pratiquement pas de profit. De plus, elles seraient désavantagées par le système de détermination des sanctions qui ne serait pas adapté aux sociétés actives uniquement en Suisse et dans un seul marché se voyant en raison de cela automatiquement infliger un montant de base équivalent à la peine maximale.<sup>795</sup>

730. Dargaud a invoqué que dès le 18 mars 2011, date de l'adoption de la LPL par le Parlement, les diffuseurs pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leur activité s'inscrive à court terme dans un cadre régulé qui aurait échappé à la LCart. Une adaptation du comportement ne pouvait, au vu de cette circonstance, pas être exigée de la part de Dargaud.<sup>796</sup> De plus, cette dernière a estimé qu'un taux plafond de 10 % ne serait pas justifié par la gravité des pratiques en cause. Un tel taux s'éloignerait de la pratique de la COMCO, dans la mesure où il a été fixé à 5 % dans les affaires *Nikon* et *Gaba* sur la base de contrats prévoyant expressément des interdictions d'exportations et des mesures concrètes les faisant respecter, ce qui ne serait pas donné dans le cas présent.<sup>797</sup>

731. Selon AIG, il conviendrait de tenir compte à ce stade de la faible importance de ces accords.<sup>798</sup> Au vu de cela, les atteintes à la concurrence causées par AIG ne pourraient être qualifiées de graves, raison pour laquelle cette dernière estime que le taux retenu à son encontre ne devrait pas dépasser les 3 %.<sup>799</sup>

## Appréciation

732. Les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le territoire constituent des violations graves de la loi sur les cartels. C'est d'autant plus le cas, lorsque plus de 95 % du marché sont concernés par un tel cloisonnement. En pratique, la COMCO retient générale-

---

<sup>791</sup> A 699, N 112 ss.

<sup>792</sup> A 689, 18.

<sup>793</sup> A 693a, N 546 ss.

<sup>794</sup> A 672, 55.

<sup>795</sup> A 672, 55.

<sup>796</sup> A 691 N 208s.

<sup>797</sup> A 691, N 213.

<sup>798</sup> A 690, 30

<sup>799</sup> A 690, 30.

ment un pourcentage se situant au milieu de l'échelle prévue par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 3 OS LCart, soit 4 à 6%, pour ce type de violations de la loi sur les cartels.

733. Comme la COMCO a eu l'occasion de le relever à plusieurs reprises, une rente cartellaire ne peut en pratique, et ce en particulier lorsqu'un cloisonnement du marché est en cause, que difficilement être estimée, voire *a fortiori* mesurée. La protection conférée par le cloisonnement du marché n'est pas forcément corrélée avec les profits des entreprises. En effet, il n'est pas à exclure que des changements structurels aient été empêchés ou retardés par les comportements illicites.

734. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, des particularités de cette enquête et de la violation de la loi sur les cartels finalement retenue, un pourcentage de 4 % du montant de base est considéré comme approprié par la COMCO. Le même pourcentage sera appliqué aux différents diffuseurs-distributeurs concernés. En effet, la violation retenue de l'article 5 al. 4 LCart est imputable à toutes les entreprises, même si elles ont appliqué des tabelles différentes ou ont rédigé leurs clauses contractuelles de manière différente. Lors de l'audition, la FNAC, Payot et Distrilivres ont indiqué que le cloisonnement du marché wholesale était généralisé et homogène pendant la période pertinent de l'enquête.<sup>800</sup> L'application d'un même pourcentage se justifie par conséquent. Lors de son audition, le directeur des opérations pour la FNAC en Suisse a été très clair :

*« Reinhart : Sur la période de votre enquête, je pense qu'il était impossible pour un libraire de s'approvisionner en France. Pour une raison très simple. C'est que l'ouverture du compte auprès d'un libraire français était impossible.*

*Martenet : Pourquoi ?*

*Reinhart : Un refus du libraire français de vous ouvrir un compte tout simplement.*

*Martenet : Et auprès d'un diffuseurs français ?*

*Reinhart : Auprès d'un éditeur ou d'un diffuseur.*

*Martenet : N'importe lequel ça serait impossible ?*

*Reinhart : Oui. »<sup>801</sup>*

735. Les indications données par Payot lors de son audition vont dans le même sens :

*« Vandenberghe : [...] En dehors de ça [livres non distribués en Suisse], nous ne pratiquons aucune importation parallèle cachée pour les autres distributeurs actuellement présents aujourd'hui en Suisse.*

*Martenet : Et ouvertes, est-ce que vous seriez en mesure de le faire ?*

*Vandenberghe et Lebec : Non.*

*Vandenberghe : Certainement pas. »<sup>802</sup>*

736. Dans leurs réponses aux questionnaires, les libraires, y compris ceux spécialisés par exemple dans les bandes dessinées, n'ont fait aucune distinction entre les différents diffuseurs-distributeurs.

---

<sup>800</sup> A 906 L 85 s ; A 913 L 410 ss. A 911 L 187 ss.

<sup>801</sup> A 906 L 78 ss.

<sup>802</sup> A 913 L 357 ss.

737. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul basé sur un pourcentage de 4 % :

	<b>Montant de base</b>	
Interforum	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]

#### **B.6.5.2.3 Durée des infractions**

738. Selon l'art. 4 OS LCart, le montant de base doit être majoré en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle. Cette augmentation peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible.

739. E5F a relevé que l'enquête a duré du 13 mars 2008 au 14 août 2012 et que par conséquent une majoration de 60 % – telle que proposée par le Secrétariat dans sa proposition – reposant sur la durée du comportement illicite ne serait pas justifiée. Il faudrait tenir compte de la durée de l'enquête qui s'élèverait selon cette partie à 31 mois.<sup>803</sup> Servidis/Transat ont considéré que la durée des infractions ne serait pas démontrée, les clauses d'exclusivité n'étant pas des accords ATD.<sup>804</sup>

740. Les comportements illicites constatés ont été menés durant toute la durée de la période visée par l'enquête, c'est-à-dire de 2005 à 2011, ce qui est soutenu non seulement par les accords contractuels considérés, mais également par les effets des régimes d'exclusivité sur l'ensemble de cette période. Dans ce sens, l'application de l'art. 4 OS LCart commande une augmentation de 50 %.

741. La question se pose ensuite de savoir si une augmentation complémentaire doit être considérée, étant donné que la période visée par l'enquête circonscrit une durée de plus de 5 ans. En l'espèce, une augmentation complémentaire n'est pas justifiée au regard de la

---

<sup>803</sup> A 736, N 126.

<sup>804</sup> A 692, 57.

suspension de l'enquête pendant près d'une année.<sup>805</sup> Dans de telles circonstances, il ne semble pas opportun d'appliquer une augmentation complémentaire en l'espèce.

742. Au surplus, l'argument fondé sur la durée de l'enquête, plus précisément de la durée de l'instruction par le Secrétariat, et non de celle de l'infraction est erroné et n'a aucune pertinence. Il est en effet question, selon l'OS LCart, de la durée de la « pratique concurrentielle », aucune référence n'étant faite à la durée de l'enquête, ni de l'instruction.

743. La période visée par l'enquête s'étend de 2005 à 2011. Sur cette période les comportements illicites ont été pratiqués par les diffuseurs-distributeurs en cause sans interruption. Sur la base des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la suspension de l'enquête liée à la procédure législative de la LPL, et conformément à l'art. 4 OS LCart, il y a lieu de majorer le montant de base de 50 % pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

744. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul :

	<b>Montant majoré</b>	
Interforum	Fr.	[...]
E5F	Fr.	[...]
Flammarion	Fr.	[...]
Glénat	Fr.	[...]
OLF	Fr.	[...]
Diffulivre	Fr.	[...]
Servidis	Fr.	[...]
Transat	Fr.	[...]
Dargaud	Fr.	[...]
AIG	Fr.	[...]

### **B.6.5.3 Circonstances aggravantes**

745. Les circonstances aggravantes sont prises en considération conformément à l'art. 5 OS LCart. Il n'y a pas de circonstances aggravantes au sens de cette disposition à l'encontre des diffuseurs-distributeurs.

### **B.6.5.4 Circonstances atténuantes et proportionnalité**

746. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont considéré que certaines circonstances particulières devaient être prises en compte pour diminuer la sanction, non seulement au sens de l'art. 6 OS LCart (circonstances atténuantes), mais également au sens de l'art. 2 al. 2 OS LCart, lequel transpose l'exigence constitutionnelle de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.).

---

<sup>805</sup> Cf. A.2

#### B.6.5.4.1 LPL

747. Interforum, E5F, OLF, Diffulivre ont notamment considéré que l'adoption et de manière plus générale le processus législatif lié à la LPL justifieraient une diminution de l'amende. Interforum et Diffulivre ont invoqué que l'adoption de la LPL aurait amené la COMCO à classer la procédure en cours.<sup>806</sup> Selon E5F, en suspendant la procédure, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des diffuseurs-distributeurs jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde ces dernières des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté un comportement confortant les diffuseurs de la conformité de leurs pratiques avec la LCart. Vouloir infliger une sanction aux parties dans ces circonstances, correspondrait en outre à une violation du principe de la bonne foi.<sup>807</sup> OLF a relevé que dans le droit de l'UE, l'existence d'un doute raisonnable de l'entreprise sur le caractère infractionnel du comportement restrictif devrait être apprécié comme circonstance atténuante. Dans ce sens, la LPL serait par conséquent indubitablement un facteur dont il faudrait tenir compte et il serait injuste de reprocher aux diffuseurs une absence de changement de comportement ou une tentative de réforme du système.<sup>808</sup>

748. Les particularités de la présente enquête ont été retenues lors de la fixation du montant de base. Considérer le processus législatif en tant que tel au surplus comme circonstance atténuante ne peut être admis. En effet, il convient de relever que la LPL ne prévoyait aucune règle concernant les approvisionnements et qu'elle n'a jamais pu être la source d'un quelconque doute concernant la licéité ou non de cloisonner le territoire suisse. Durant tout le processus législatif, c'est la question de la fixation des prix de revente qui a été au centre des débats. Or, la présente décision ne retient pas une violation de la loi sur les cartels à ce titre. Bien que les diffuseurs-distributeurs ont relevé que la majorité des Romands avaient accepté le texte de loi en referendum, il convient de rappeler que la LPL n'est jamais entrée en vigueur.

#### Capacité contributive

749. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué que la sanction proposée par le Secrétariat mènerait à la faillite de leur société et ont livré différents éléments comptables complémentaires pour attester de leur situation respective.

750. Dans sa pratique, la COMCO a considéré la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction.<sup>809</sup> Selon le droit de l'UE, dans des circonstances exceptionnelles, la Commission européenne peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que si l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur.<sup>810</sup> Dans sa pratique la Commission européenne a précisé que la capacité des actionnaires de recapitaliser la société peut être prise en considération.<sup>811</sup> Conformément aux lignes directrices correspondantes, elle a précisé qu'au-delà de l'éventuelle faillite de l'entreprise, il s'agissait encore de considé-

---

<sup>806</sup> A 693a, N 557, A 692, 26, N 82.

<sup>807</sup> A 736, N 130.

<sup>808</sup> A 689, 17.

<sup>809</sup> Cf. décision de la COMCO du 20.8.2012, 71 ss, *Altimum*.

<sup>810</sup> Cf. ch. 35 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, JO 2006/C 210/02.

<sup>811</sup> Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, point 1136.

rer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Dans le cas où ces derniers pourraient survivre à l'entreprise, une réduction au titre de la capacité contributive n'entrerait pas en ligne de compte.<sup>812</sup> La jurisprudence du Tribunal de première instance a confirmé la pratique de la Commission européenne et précisé que lorsque celle-ci inflige une amende pour infraction aux règles de la concurrence, elle n'est pas tenue de considérer comme circonstance atténuante la mauvaise santé financière du secteur en cause.<sup>813</sup>

751. À titre liminaire, il convient de relever que les sanctions proposées par le Secrétariat dans sa proposition étaient sensiblement plus élevées que les sanctions calculées ci-dessus. Malgré la diminution des sanctions par rapport à la proposition du Secrétariat, il y a lieu d'examiner si le risque de disparition des entreprises devait résulter des sanctions calculées plus haut.

752. Les diffuseurs-distributeurs ayant invoqué le risque de faillite sont [...], Glénat, OLF, [...], Servidis/Transat et AIG. [...]<sup>814</sup> Selon [...] et Glénat, la sanction retenue dans la proposition, serait en contradiction totale avec le principe de la proportionnalité car elle [...]<sup>815</sup> La marge nette réalisée par OLF sur ses activités de diffusion serait négative et donc déficitaire en 2009, 2010 et 2011, un telle sanction mènerait donc à la faillite de la société.<sup>816</sup> [...]<sup>817</sup> Servidis/Transat ont invoqué une violation du principe de la proportionnalité puisque les sanctions prévues dans la proposition de décision entraîneraient inévitablement leur faillite respective.<sup>818</sup> AIG a mis en relief que le montant de l'amende ne pourrait être que symbolique, sous peine de condamner l'entreprise.<sup>819</sup>

753. Interforum est une filiale du groupe Editis, laquelle appartient à Grupo Planeta. Selon les données du site internet Editis, Grupo Planeta a réalisé en 2008, un chiffre d'affaires de [...], dont [...] à travers une quarantaine de maisons d'édition.<sup>820</sup>

754. E5F appartient au groupe Gallimard, dont le chiffre d'affaires consolidé s'est établi à [...] en 2011.<sup>821</sup>

755. Flammarion appartient au groupe éponyme. Le chiffre d'affaires du groupe Flammarion s'est élevé en 2011 à [...].<sup>822</sup> Le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Gallimard en 2012. Avant cette date, il appartenait à RCS MediaGroup, dont le chiffre d'affaires consolidé en 2011 a été de [...].<sup>823</sup>

---

<sup>812</sup> Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, point 1138.

<sup>813</sup> arrêt du TPI du 5 octobre 2011 T-39/06, *Transcatlab*, pt 223.; arrêt du TPI du 12.12.2012 T-352/09, *Novácké chemické závody/Commission*, pts 186-190

<sup>814</sup> A 692, 21 N 63.

<sup>815</sup> A 699, N 115 ss ; A 695 N 57

<sup>816</sup> A 689, 19.

<sup>817</sup> A 693a, N 560 ss.

<sup>818</sup> A 672, 55.

<sup>819</sup> A 690, 33.

<sup>820</sup> Cf. <http://www.editis.com/content.php?lg=fr&id=51> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>821</sup> Cf. <http://www.gallimard.fr/Footer/Ressources/La-maison-d-edition> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>822</sup> Cf. [http://www.groupe-flammarion.com/content/nos\\_%20chiffres](http://www.groupe-flammarion.com/content/nos_%20chiffres) (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>823</sup> Rapport annuel 2011, 78, accessible sur le site internet du groupe <http://www.rcsmediagroup.it> (dernière consultation le 11 juin 2013).

756. Selon différentes sources, notamment son partenaire qu'est Disney, le groupe Glénat a réalisé un chiffre d'affaires de plus de [...] en 2010.<sup>824</sup>

757. Diffulivre appartient [...] au groupe Hachette. Ce dernier, selon les indications de son portail internet a réalisé un chiffre d'affaires de [...] en 2012.<sup>825</sup>

758. Même si elle n'a pas invoqué d'incapacité contributive, il peut être relevé que Dargaud appartient au groupe Médias-Participations dont le chiffre d'affaires publié sur son portail internet s'est élevé à [...] en 2011.<sup>826</sup>

759. Relativement au chiffre d'affaires de leur société-mère ou du groupe dont elles sont les filiales à [...], les amendes calculées plus haut représentent respectivement les proportions suivantes :<sup>827</sup>

- Interforum : [...] (2008), [...] (2011) ;
- E5F : [...] (2011, groupe Gallimard uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré<sup>828</sup>) ;
- Flammarion : [...] (2011, groupe Flammarion uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré<sup>829</sup>)
- Glénat : [...]
- Diffulivre : [...]

760. Pour plusieurs diffuseurs-distributeurs, les profits nets cumulés sur la période visée par l'enquête sont également importants par rapport au montant des sanctions respectives, selon les données fournies par les parties elles-mêmes :

- Interforum : [...] de francs suisses ;
- E5F : [...] de francs suisses ;
- Flammarion : [...] de francs suisses ;
- Glénat : [...] francs suisses ;
- OLF : [...] de francs suisses ;
- Diffulivre : [...] de francs suisses ;
- Dargaud : [...] de francs suisses.

761. La considération des critères qui précèdent permet d'exclure une réduction du montant des sanctions respectives de [...], E5F, [...], Glénat, OLF, [...] et [...] en raison de leur capacité contributive. En effet, les sanctions telles que calculées plus haut ne sauraient être la cause de l'éventuelle faillite de l'une ou plusieurs de ces entreprises qui font toutes partie

---

<sup>824</sup> Cf. <http://corporate.disney.fr/2010/06/01/disney-et-les-editions-glenat-signent-le-retour-de-mickey-et-donald-en-librairie/> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>825</sup> Cf. <http://www.hachette.com> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>826</sup> Cf. <http://www.media-participations.com> (dernière consultation le 11 juin 2013).

<sup>827</sup> Entre parenthèses, l'année du dernier chiffre d'affaires disponible a été indiquée.

<sup>828</sup> Ce chiffre tient compte de la concentration entre Gallimard et Flammarion réalisée en 2012. Les chiffres d'affaires des deux entités en 2011 ont été additionnés pour obtenir l'approximation en question.

<sup>829</sup> Cf. note de bas de page précédente.

d'un groupe réalisant un chiffre d'affaires important. Au surplus, la question supplémentaire de la possibilité du sauvetage des actifs par une restructuration peut rester ouverte pour ces entreprises.

762. La situation des diffuseurs-distributeurs que sont Servidis, Transat et AIG commande une analyse plus approfondie sous l'angle de la proportionnalité. En effet, la capacité contributive de ces entités n'est pas soutenue par un volume d'affaires de la dimension d'un groupe en arrière-plan comparable aux diffuseurs-distributeurs examinés plus haut. Transat et AIG sont entièrement indépendantes et Servidis est détenue à raison de 50 % par une personne physique, Michel-Edouard Slatkine.<sup>830</sup> Les profits réalisés sur la période visée par l'enquête par ces entreprises sont nettement inférieurs aux montants respectifs des sanctions pour ces entreprises. Le ratio s'élève pour Servidis à [...], pour Transat à [...] et pour AIG, [...]. Ainsi, les profits réalisés sur la période visée par l'enquête ne permettent pas non plus d'exclure que la marche des affaires de ces entreprises ne soit affectée par un risque de faillite dû au montant des sanctions.

763. Dans ces circonstances, il convient d'examiner plus avant les fonds propres de ces entreprises, afin d'exclure un risque de surendettement suffisamment établi. Dans ce sens, tels que les documents comptables fournis par les entreprises l'ont attesté à suffisance, les fonds propres de Servidis s'élèvent à [...], ceux de Transat à [...] et ceux d'AIG à [...] à la fin 2011. Ces sommes ne tiennent pas compte des réserves. Partant, il y a lieu de réduire les sanctions pour ces 3 entreprises à un montant leur permettant de faire face à court terme à l'imposition d'une sanction pour les comportements illicites commis durant la période visée par l'enquête et de les arrêter aux montants suivants :

- Servidis : [...];
- Transat : [...];
- AIG : [...].

764. Les sanctions pour ces entreprises s'établissent à un plafond inférieur de [...] francs suisses aux fonds propres attestés pour la fin de l'exercice 2011, ce qui est approprié en l'espèce compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le paiement de ces montants à eux seuls ne met ainsi pas en danger l'activité des entreprises concernées, lesquelles ont au surplus la possibilité de proposer un plan de paiement échelonné pour régler la sanction.

### **Durée de la procédure**

765. Selon Flammarion, la longueur de la procédure aurait créé une incertitude juridique et économique.

766. À l'aune de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral dans l'affaire *Publigroupe*,<sup>831</sup> la durée de la présente procédure, au regard du fait qu'elle porte en outre sur l'ensemble d'une branche économique, ne saurait être considérée comme une circonstance atténuante.

### **Autres motifs**

767. Servidis/Transat ont invoqué avoir largement contribué à une baisse de prix sérieuse en baissant de manière régulière et spontanée leurs tabelles qui faisaient déjà partie des plus basses. Les deux sociétés n'auraient pris aucune mesure de rétorsion ou d'incitation à l'égard des libraires ce qui devrait être reconnu comme circonstance atténuante.<sup>832</sup> En outre,

---

<sup>830</sup> A 672, 9.

<sup>831</sup> Arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, *Publigroupe/COMCO*

<sup>832</sup> A 672, 57.

il devrait être tenu compte du fait que le marché du livre ne serait pas essentiel d'un point de vue économique et constituerait un sujet politique.<sup>833</sup> Ces points ne sont pas davantage motivés. Les griefs invoqués par Servidis/Transat ne peuvent pas non plus être pris en compte comme circonstances atténuantes. En ce qui concerne l'aspect politique, il a été exposé plus haut qu'il n'avait nullement influencé le volet des approvisionnements. L'importance économique quant à elle ne doit pas être sous-estimée. En l'espèce, plus de 95 % du marché a vu la concurrence supprimée par les comportements illicites des diffuseurs-distributeurs.

768. AIG a invoqué que seule une partie des accords passés avec les éditeurs pourrait poser problème, concrètement les contrats contenant une clause d'exclusivité renforcée qui ne représenteraient toutefois que [...] du chiffre d'affaires lié à l'activité de diffusion réalisé par AIG mais que ces derniers seraient justifiables.<sup>834</sup> Comme il a été démontré, tous les accords de distribution conclus par AIG ont prohibé les ventes passives, si bien qu'une telle distinction n'est pas non plus commandée à ce titre.

### **B.6.5.5 Limite légale**

769. La sanction maximale ne peut en aucun cas dépasser le 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse durant les trois dernières années. Les montants des sanctions ne dépassent pas la limite légale déterminée (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 LCart). Partant, la limite légale ne modifie pas les montants des sanctions.

### **B.6.5.6 Conclusions intermédiaires**

770. En raison des considérations qui précèdent, les sanctions suivantes sont considérées comme appropriées (arrondies au franc inférieur) :

	<b>Sanction</b>	
Interforum	<b>Fr.</b>	[...]
E5F	<b>Fr.</b>	[...]
Flammarion	<b>Fr.</b>	[...]
Glénat	<b>Fr.</b>	[...]
OLF	<b>Fr.</b>	[...]
Diffulivre	<b>Fr.</b>	[...]
Servidis	<b>Fr.</b>	[...]
Transat	<b>Fr.</b>	[...]
Dargaud	<b>Fr.</b>	[...]
AIG	<b>Fr.</b>	[...]

---

<sup>833</sup> A 672, 57.

<sup>834</sup> A 690, 30.

## B.7 Frais

771. Conformément à l'art. 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision.

772. Dans les procédures d'enquêtes, n'ont pas à verser des émoluments les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 lit. a Ordonnance sur les émoluments LCart). En revanche, les parties concernées ont à verser des émoluments, lorsque l'on procède à l'enquête et qu'il en ressort qu'il existe une restriction illicite à la concurrence ou si les parties se sont conformées à la loi.<sup>835</sup> Dans le cas présent, les parties sanctionnées par la présente décision sont tenues de s'acquitter d'un émolument.

773. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire.

774. En l'espèce, l'enquête a été ouverte sur la base de l'art. 7 LCart. Il convient de laisser à la charge de la Confédération les frais relatifs à cette période, clairement identifiée temporellement, de l'enquête.

775. Les frais concernant la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart s'élèvent, quant à eux, à 988'200 francs suisses. Ces frais sont répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées. Partant, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés doivent chacun, mais sous responsabilité solidaire, payer un treizième des frais occasionnés par la procédure, soit pour chacun un montant de 76'015 francs suisses, au total un montant de 760'150 francs suisses. Trois treizièmes des frais de la procédure, soit 228'050, sont à la charge de la Confédération.

---

<sup>835</sup> Arrêt du TF, DPC 2002/3, 546, consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

## B.8 Résultat

776. Sur la base de l'analyse qui précède, la COMCO parvient au résultat suivant :

- La LCart s'applique pleinement à la présente enquête, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ne devant être prise en compte.
- Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été parties à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue et ayant visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.
- Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart dans la mesure où ils cloisonnent la distribution sur le territoire suisse.
- L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart.
- L'indication de la notion de prix de vente public ou de toute autre notion équivalente sur les factures adressées aux détaillants ainsi que l'étiquetage du prix de revente issu de la table en cas de défaut d'indication de la part des détaillants commandant la prestation d'étiquetage a réduit la pression disciplinante, déjà faible, générée par les détaillants. La COMCO s'attend à ce qu'une telle indication et cet étiquetage par défaut soient abandonnés à l'avenir.

777. De plus, à titre subsidiaire, sous l'hypothèse d'un renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, la COMCO parvient au résultat suivant :

- Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif.
- Il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des systèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête.
- Subsidiairement, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont affecté notablement la concurrence. Ces systèmes de distribution sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart.

## C Dispositif

Au vu de ce qui précède, la COMCO :

1. Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart :
  - 1.1. Albert le Grand S.A. pour un montant de [...].
  - 1.2. Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] ;
  - 1.3. Diffulivre S.A. pour un montant de [...] ;
  - 1.4. Diffusion Transat SA pour un montant de [...] ;
  - 1.5. Editions Glenat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] ;
  - 1.6. Interforum Suisse SA pour un montant de [...] ;
  - 1.7. Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] ;
  - 1.8. Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] ;
  - 1.9. OLF SA pour un montant de [...] ;
  - 1.10. Servidis SA pour un montant de [...] ;
2. Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse ;
3. Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure ;
4. Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération ;
5. Notifie la présente décision à :

Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA, Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA, la Librairie du Lac (Olivier Ducommun), A l'ombre des jeunes filles en fleurs, A. Marschall, Airgate Shop, Archigraphy, Au Chien Bleu, Aux Beaux-Arts Perrier, Aux Galeries, Ayer-Demierre, Bauer Renens, Billod, Cadev, Le Cep Librairie chrétienne, Crobar, Cursus, Des Livres et Moi, Du Boulevard, Du Château, Du Vieux-Comté, Ellipse, Espace Noir, Ex Nihilo, FNAC Suisse, Focale - Association pour la photographie, FOR YOU TOO/4U2 books, France Loisirs Suisse, Gigon Librairie, Graphic Shop du Scribe, Histoire d'être, Interlude, ISPA, L' Aile, L'Olivier, Librairie la Bulle (FR), La Bulle (VS), La Fontaine

(EPFL), La Fontaine (Vevey), La Librairie, La Liseuse, La Maison de la Bible, La Meridienne, La Tache d'Encre, La Vouivre, Le Cabestan, Le Parnasse, Les Yeux Fertiles, Librairie arabe l'Olivier, Librairie Art et Histoire, Librairie Basta Nouvelles, Librairie Belphégor, Librairie C'est écrit, Librairie Cumulus, Librairie de Crans, Librairie du Coin, Librairie du Midi, Librairie Fahrenheit 451, Librairie Forum, Librairie Galerie Impressions, Librairie La Proue, Librairie Le Haricot Magique, Librairie Le Petit Prince, Librairie Le Sycomore, Librairie Le Vente des Routes, Librairie Librophoros, Librairie Lîlâ, Librairie Passiflore, Librairie Point-Virgule, Librairie Raspoutine, Librairie Repères, Librairie Tome1, Librairie-Papeterie Cantin, Librairie-Papeterie des Franches-Montagnes, Librairie-Papeterie du Pierre-Pertuis, Librerit, Livraria Camões, Marine Pro, Melisa, Musée Barbier-Mueller, Notre-Dame de Fatima, Nouvelle Librairie Descombes, Nouvelles Pages, Editions du Parvis, Payot, Radio Reveil, Reperes, Saint-Augustin (Fribourg), Saint-Augustin (St-Maurice), Saint-Paul (Librairie), Schilliger Garden-Center, Thalia Bücher, Tschan, Librairie Universitaire de la Palud, Villard, Vivishop, Voltaire, Watchprint.

## **Commission de la concurrence**

Prof. Dr Vincent Martenet  
Président

Dr Rafael Corazza  
Directeur

## **Voie de droit**

La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par un recours interjeté auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St Gall. Le recours doit être motivé et déposé en deux exemplaires. Il doit indiquer les griefs, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée doit être jointe au recours.