Le droit de distribution exclusif de livres et la concurrence avec la vente en ligne

Auteur : Marion Chautard

Date : 19 février 2022

TF, 21.12.2021, 2C_43/2020*

Les accords conclus par une entreprise peuvent constituer des accords illicites cloisonnant un certain marché même s'il existe en parallèle des canaux de vente en ligne (p. ex. Amazon), lorsque ceux-ci ne constituent pas une alternative crédible d'approvisionnement pour ses clients.

Faits

Dargaud (Suisse) SA appartient à la société française Dargaud FR, elle-même détenue par la société Media Participations Paris SA, qui chapeaute les différentes entités du groupe commercial Media Participations (ci-après: le groupe MP). Ce dernier rassemble plusieurs sociétés actives dans le milieu de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français.

Dargaud (Suisse) SA diffuse et distribue en priorité les livres d'éditeurs appartenant au groupe MP, mais elle offre également ses services à d'autres. Entre 2005 et 2011, elle obtient le **droit exclusif de diffuser et de distribuer en Suisse plusieurs dizaines d'éditeurs externes** au groupe MP.

Suite à une enquête de la Commission de la concurrence (COMCO), Dargaud (Suisse) SA est condamnée au paiement d'une sanction de CHF 1'650'000.- en application des art. 49a al. 1, 5 al. 4 et 5 al. 1 LCart. De plus, la COMCO lui interdit d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres rédigés en français par tout détaillant actif en Suisse, et la condamne au paiement à titre solidaire de CHF 760'150.- de frais de procédure. Sur recours de l'intéressée, le Tribunal administratif fédéral réduit à CHF 825'000.- la sanction prononcée à son encontre.

Dargaud (Suisse) SA forme un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, qui est appelé à déterminer si les accords litigieux constituent des accords verticaux de distribution illicites, notamment au regard des canaux de vente en ligne subsistant en parallèle.

Droit

En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services (en l'espèce, celui de la distribution de livres en français « en gros » ou *wholesale*) lorsqu'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. L'art. 5 al. 4 LCart précise que « sont (…) **présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace** (…) **les contrats de distribution attribuant des territoires**, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues ».

Le Tribunal fédéral examine si les accords conclus entre la recourante et les éditeurs remplissent les trois conditions posées par l'art. 5 al. 4 LCart, soit (1) s'il existe un accord vertical de distribution (2) attribuant un territoire et (3) mettant en place une protection territoriale absolue.

Le Tribunal fédéral rappelle qu'il y a **accord vertical de distribution** lorsque des **entreprises occupant des échelons du marché différents** s'entendent sur des modalités de distribution de

biens dans le cadre d'un contrat de distribution.

Il faut ensuite que ledit accord contienne une clause d'attribution de territoire se référant à une surface délimitée ou délimitable. Finalement, une protection territoriale absolue implique l'**interdiction de tout type de vente, active** (qui implique l'usage, par un distributeur, de moyens ciblés dans le but d'obtenir des clients) **ou passive** (qui consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées).

La recourante relève que les **entreprises de vente en ligne telles qu'Amazon** constituent des **concurrentes importantes** sur le marché de la distribution du livre en français. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral note que l'activité d'Amazon constitue de la **vente passive**. En effet, selon la doctrine suisse, seule l'exploitation d'un site internet clairement destiné à un territoire ou à un groupe cible situé en dehors du territoire attribué au distributeur peut équivaloir à de la vente active sur ce territoire – ce qui ne correspond pas à l'activité d'Amazon. Cette qualification correspond au demeurant à la pratique de la Commission européenne, dont le législateur suisse souhaite s'inspirer. Cela étant, le Tribunal fédéral relève dans un deuxième temps que **l'offre d'entreprises de vente en ligne telles qu'Amazon s'adresse au marché de détail et non au marché du livre « en gros »**. Au regard des prix pratiqués par Amazon et de l'absence de droit de lui retourner les livres, l'approvisionnement auprès de cette entreprise **ne constitue pas, pour les revendeurs de livres suisses, une alternative crédible** à l'achat auprès de la recourante. Dans ces circonstances, quoi qu'en dise la recourante, elle a pu participer à des accords verticaux remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart en lien avec la diffusion et la distribution d'ouvrages en français**, malgré l'existence parallèle d'un canal de vente de livres par internet** durant la période sous enquête.

Il faut encore **interpréter** les contrats conclus par la recourante pour déterminer s'ils constituent des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Il ressort du texte de ces contrats qu'il s'agit d'**accords verticaux de distribution** attribuant un **territoire à titre exclusif** – les deux premières conditions de l'art. 5 al. 4 LCart sont ainsi remplies. Concernant la troisième condition, le Tribunal fédéral note que seule une partie des contrats confère une **protection territoriale absolue** à la recourante en tendant à empêcher que d'autres distributeurs de livres actifs au niveau *wholesale* n'effectuent des ventes à destination du territoire suisse. En effet, ces accords contiennent une clause par laquelle les éditeurs s'engagent à " *prendr* [e] *toutes mesures utiles / mettre tout en œuvre afin que l'exclusivité* [de la recourante] *soit respectée* ". Conformément à l'art. 18 CO, cette formulation montre que les parties ont bel et bien voulu conclure des accords verticaux visant à cloisonner le marché, illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Le Tribunal fédéral souligne néanmoins que cela ne vaut que pour les contrats contenant une telle clause, tandis que pour les autres, le Tribunal administratif fédéral a versé dans l'arbitraire et violé la présomption d'innocence.

Finalement, concernant les mesures prononcées selon les art. 30 et 49a LCart, le Tribunal fédéral estime qu'une sanction financière est pleinement justifiée. Toutefois, étant donné que seule une partie des accords passés par la recourante sont illicites, il convient de revoir à la baisse le montant à payer, qui doit refléter la gravité de la violation (cf. art. 49a LCart). La part de frais et dépens de la procédure mis à la charge de la recourante doit également être réduite.

Finalement, le Tribunal fédéral confirme également l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français.

Partant, le Tribunal fédéral admet partiellement le recours et renvoie la cause au Tribunal administratif fédéral afin qu'il corrige les montants de la sanction et des frais dus par la recourante.

Note

En sus des contrats passés directement avec des éditeurs externes au groupe MP, Dargaud (Suisse) SA s'est vu déléguer l'exécution en Suisse de contrats passés entre sa **société sœur** française Media Diffusion et certains éditeurs externes. En principe, les différentes entités d'un même groupe sont considérées comme une seule et même entreprise en droit de la concurrence, dans la mesure où elles ne sont pas dans un rapport de concurrence les unes avec les autres. Par conséquent, les accords entre sociétés d'un groupe ne sont généralement pas susceptibles d'entraver la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et échappent ainsi à l'application de la LCart (« **privilège de groupe** »).

En l'espèce toutefois, Dargaud (Suisse) SA s'est vu déléguer l'exécution de contrats passés entre sa société sœur et des **tiers**. **On ne saurait exclure la possibilité d'appliquer la LCart dans de telles circonstances**. Il est cependant impossible d'établir une violation de la loi en lien avec les contrats pertinents *in casu*, dans la mesure où l'arrêt du Tribunal administratif fédéral ne détaille pas leur contenu.

Le « privilège de groupe » susmentionné permettait généralement à un groupe commercial de refuser d'approvisionner ses clients suisses aux prix et conditions commerciales en vigueur à l'étranger et de les renvoyer vers les sociétés de distribution correspondantes en Suisse, afin qu'ils achètent aux conditions et au prix (plus élevés) pratiqués dans ce pays. À noter que ces pratiques sont désormais réglementées de façon plus stricte : afin de lutter contre l' « îlot de cherté » suisse, **depuis le 1er janvier 2022, l'art. 7 al. 2 let. g LCart interdit aux entreprises suisses dominantes d'empêcher les acheteurs suisses de se procurer à l'étranger des biens ou des services aux prix et conditions usuelles**.