

GE_GERICHTE ATA/621/2018 vom 19. Juni 2018

GE Cour de justice, 2018-06-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_621_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/621/2018 du 19 juin 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/621/2018 del 19 giugno 2018

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Elle examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 LPA.

Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. d et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ). 2)

Le recours est dirigé contre « la décision du 15 février 2017 ».

En l'espèce, les questions de recevabilité souffriront de rester indécises pour les motifs qui suivent. L'audition des parties ne sera pas ordonnée, celle-ci n'étant pas nécessaire. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la recourante, les intimés n'y ont pas conclu. L'apport du contrat entre Swisscom et les SIG, et l'expertise ne seront pas ordonnées vu les considérants qui suivent et l'issue du litige. 3)

La recourante se prévaut de sa liberté économique au sens de l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

- 9/13 - A/1016/2017

Aux termes de l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). La liberté économique protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. Elle peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales (ATF 143 II 598 consid. 5.1 p. 612; 140 I 218 consid. 6.3 p. 229 et les références citées). Aux termes de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (art. 36 al. 4 Cst.).

La liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (ATF 143 I 37 consid. 8.2 p. 47; 140 I 218 consid. 6.2 p. 229). On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. Ne sont considérées comme concurrents directs au sens de cette règle

que les entreprises situées dans la circonscription territoriale à laquelle s'applique la législation en cause (ATF 143 II 598 consid. 5.1 p. 612; 132 I 97 consid. 2.1 p. 100; arrêt 2C_441/2015 du 11 janvier 2016 consid. 7.1.2). L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs et résultent du système lui-même; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 I 37 consid. 8.2 p. 47 s. et les références citées). 4)

Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 142 V 316 consid. 6.1.1 ; 138 V 176 consid. 8.2 ; Vincent MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 260 ss).

- 10/13 - A/1016/2017 5)

En l'espèce, il ressort du rapport de la Comco de 2012 que le FST de la première couche détient « la plus grande liberté dans l'utilisation du support technique dont il peut jouir exclusivement. Les limites physiques sont les seules qui le contraignent » (n. 158). « Les premiers développements concernant la fibre optique à Genève montrent que les offres en couches 1 et 2 n'appartiennent pas au même marché (...) ». Dans le cadre d'un accès à la couche 1, les revenus sont limités, pour les SIG, à la location de l'infrastructure et ne dépendent pas de la qualité/performance de la transmission de données opérée au travers de la fibre optique. (...). Lorsque Swisscom avait proposé aux SIG une offre en couche 1, les SIG n'avaient pas réagi en adaptant leur prestation préalable en couche 2, qu'elle proposait au niveau du prix ou des services, mais en lançant une offre en couche 1. Ces interactions démontraient, sans ambiguïté, que les offres couches 1 et 2 n'appartenaient pas au même marché » (n. 174).

La recourante critique les prix pratiqués par les intimés pour la couche 1 par rapport à ceux, différents, de la couche 2. Or, en confrontant les tarifs pratiqués pour les couches 1 et 2, les coûts et bénéfices de chacune des deux couches, elle compare des éléments qui ne sont pas semblables. La société exploite la couche 1, alors que les concurrents auxquels elle se compare exploitent la couche 2, moins performante notamment en termes de vitesse de transmission, quand bien même pour ce faire ils doivent utiliser la couche 1 mise à disposition par les SIG. En l'espèce, ce qui est dissemblable est traité de manière différente. La société ne peut dès lors se prévaloir d'une violation ni de sa liberté économique ni de l'égalité de traitement. 6)

La recourante invoque un monopole de fait des SIG.

a. Il y a monopole étatique lorsque l'État a seul le droit d'exercer une certaine activité économique ou de faire exercer cette activité par des tiers. Cette activité est alors soustraite aux lois du marché et ne bénéficie plus de la liberté économique. Les monopoles de fait résultent simplement de la maîtrise que la collectivité a sur certains biens (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 351 n. 1030).

b. En l'espèce, la question de savoir à quel titre les SIG interviennent n'a pas besoin d'être tranchée dès lors que les SIG ne sont pas les seuls à exercer l'activité économique concernée, ce marché ayant été rendu accessible à la recourante. Cette dernière ne peut en conséquence prétendre que les SIG en ont seuls la maîtrise puisqu'elle propose ses services sur la couche 1. 7)

La recourante conteste le prix auquel elle se dit forcée d'avoir dû conclure pour pouvoir offrir le service concerné.

a. La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la

- 11/13 - A/1016/2017 concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). Est soumise à la LCart toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1 bis LCart).

Selon l'art. 4 al. 2 LCart, par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Est en particulier réputé illicite : le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart). Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisées par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, elles sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart).

La personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut demander la suppression ou la cessation de l'entrave, la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations, la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires. Constituent en particulier une entrave à la concurrence le refus de traiter des affaires ou l'adoption de mesures discriminatoires (art. 12 LCart).

Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Comco (art. 15 al. 1 LCart).

La Comco prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité. Elle adresse des recommandations (art. 45 al. 2 LCart) et des préavis (art. 46 al. 2 LCart) aux autorités politiques, et élabore des avis (art. 47 al. 1 LCart).

Le secrétariat de la Comco peut mener des enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers. Il peut proposer des mesures pour supprimer ou empêcher des restrictions à la concurrence. La

- 12/13 - A/1016/2017 procédure d'enquête préalable n'implique pas le droit de consulter les dossiers (art. 26 LCart).

b. Aux termes des art. 5 al. 1 let. b du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et 120 al. 1 let. a LOJ, la chambre civile de la Cour de justice connaît en instance unique des litiges relevant de la LCart lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.-.

c. L'éventuelle application de, notamment, la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC - RS 784.10) qui a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international, reste réservée.

d. En l'espèce, le problème soulevé n'est pas une question de monopole de fait, mais de restrictions à la concurrence, pour laquelle la chambre de céans n'est pas compétente. Le litige porte sur le comportement des intimés, que la recourante décrit comme contraire aux règles de la concurrence. S'agissant de la valeur litigieuse, il y a lieu d'admettre, en l'état, qu'elle est supérieure à CHF 30'000.-, au vu des développements que fait la recourante au sujet de son prétendu dommage.

La recourante sera en conséquence renvoyée à mieux agir si elle s'y estime fondée.

e. Au vu de ce qui précède, il n'est pas de la compétence de la chambre de céans de se déterminer sur le bien-fondé des prix convenus entre les parties dans le contrat des 28 et 29 novembre 2016. 8)

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté en tant qu'il est recevable.

Vu son issue, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.