

WEKO naxoo-affaire-supermédia-décision-du-11122017 vom 11. Dezember 2017

WEKO, 2017-12-11, FR

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_naxoo-affaire-supermédia-décision-du-11122017

FR: WEKO naxoo-affaire-supermédia-décision-du-11122017 du 11 décembre 2017

IT: WEKO naxoo-affaire-supermédia-décision-du-11122017 del 11 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart) ;

E. 2

imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) ;

E. 3

limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart). 491. Ces trois points sont examinés en détail ci-dessous. B.4.3.3 Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart) 492. Afin de déterminer si l'interdiction visée à l'art. 7 al. 2 let. a LCart doit être retenue, les quatre conditions suivantes doivent être cumulativement remplies : 581 a. le comportement incriminé consiste en un refus d'entretenir des relations commerciales ; b. le refus porte sur un input objectivement nécessaire afin de pouvoir accéder à une concurrence efficace sur un marché connexe ou situé en aval ; c. le refus produit des effets anticoncurrentiels ; d. le refus ne peut pas être justifié par des considérations commerciales légitimes. B.4.3.3.1 Refus d'entretenir des relations commerciales a. Remarque théorique 493. Un refus d'entretenir des relations commerciales doit être démontré pour qu'un abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart puisse être retenu. En d'autres termes, un potentiel partenaire commercial doit avoir essayé de construire une relation commerciale et communiqué dans ce but avec l'entreprise en position dominante. b. En l'espèce 494. Pour la majorité des immeubles examinés dans le cadre de l'enquête, soit l'Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, les immeubles sis Route de Malagnou ainsi que celui sis Rue Abraham-Gevray, ceux-ci ont au final été raccordés au téléseuil de Naxoo, ce à quoi s'ajoute que des systèmes satellitaires y sont également présents (N 298, 299 et 300). Il en va aussi ainsi de l'immeuble sis Boulevard des Tranchées et cité par Naxoo, raccordé au téléseuil de Naxoo et équipé d'un système satellitaire. 582 Vu que ces immeubles ont au final été raccordés au téléseuil et équipés d'un système satellitaire, il y a lieu de constater que la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée pour ces immeubles. En revanche, Naxoo a toujours impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification avant de raccorder un immeuble. 583 La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss). 495. En ce qui concerne [...] Rue Cramer, celle-ci n'a jamais été raccordée au téléseuil de Naxoo. Naxoo a indiqué que le raccordement au téléseuil aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique présenté par Géatronix (N 297). Vu les

581 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 615 (n'est pas encore en force) ; DPC 2011/1, 144 N 306 ss, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (n'est pas encore en force) ; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 7 LCart N 121 ss. 582 A 198, N 16. 583 Voir par ex. annexes à l'A 23 ; A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 28. ; A 212, annexes 4 à 11.

- 107 -

explications données par Naxoo dans son courrier du 25 février 2013 (daté par erreur de 2012) et dans sa prise de position⁵⁸⁴, il est difficile de retenir d'emblée que Naxoo aurait refusé de raccorder cet immeuble en raison de la seule présence du système Supermédia ou du fait qu'un système tiers était envisagé. Vu les déclarations contradictoires de Naxoo et de M. Morales,⁵⁸⁵ ainsi que le fait qu'aucune CRI n'a au final été signée pour cet immeuble (N 277), le doute doit profiter à Naxoo et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. En revanche, Naxoo avait, ici également, impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification.⁵⁸⁶ La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss). 496. En ce qui concerne la Résidence [...], celle-ci n'a jamais été raccordée au téléseuil de Naxoo. Naxoo a indiqué que le retour sur investissement n'aurait pas été suffisant (N 301). Vu les explications données par Naxoo dans sa prise de position du 16 octobre 2017, il ne peut pas d'emblée être exclu que le refus de Naxoo de raccorder ce complexe était dû à des circonstances très particulières. Le doute doit ici également profiter à Naxoo, et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. Il n'en demeure pas moins que le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité (solution « tout Téléseuil »), Naxoo retirait son offre de relier cette résidence au téléseuil (N 280). La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

B.4.3.3.2 Conclusion intermédiaire 497. Vu ce qui précède et sur la base du dossier, la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée. Partant, toutes les conditions pour retenir un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart ne sont pas remplies. B.4.3.4 Imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) B.4.3.4.1 Remarques théoriques 498. L'art. 7 al. 2 let. c LCart porte sur l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables en tant qu'exemple de pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. L'imposition de conditions commerciales inéquitables est l'une des conséquences les plus nuisibles de la détention d'une position dominante.⁵⁸⁷ Par de telles pratiques, les entreprises puissantes sur le marché essaient de maximiser leur profit en utilisant l'absence de concurrence afin d'exploiter les acteurs situés soit en aval, soit en amont. Il convient d'évaluer si les conditions commerciales sont raisonnables par rapport aux prestations d'une entreprise dominant le marché. Cette question ne peut être résolue que dans chaque cas particulier. Des conditions commerciales sont inéquitables quand elles sont manifestement injustes eu égard aux circonstances du cas d'espèce.⁵⁸⁸

584 A 1, annexe 7; A 198, N 390 ss. 585 A 154, réponse 3a. 586 A 6, annexes 10. 587 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 151. 588 Message 1995 (note 519), 567.

- 108 -

499. Afin de retenir un abus au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 2 let. c LCart, les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies : a. le comportement examiné doit viser les prix ou d'autres conditions commerciales ; b. les prix ou les autres conditions commerciales sont imposés par l'entreprise en position dominante ; c. les prix ou les autres conditions commerciales s'avèrent inéquitable ; d. le comportement respectivement les prix ou les autres conditions commerciales inéquitable ne peuvent être justifiés par des considérations commerciales légitimes. 500. La question de savoir si le comportement examiné doit en plus entraîner une entrave à la concurrence sera examinée à l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus (N 543 ss). B.4.3.4.2 Prix ou autres conditions commerciales 501. Le libellé de l'art. 7 al. 2 let. c LCart vise tant les prix que toutes les autres conditions commerciales, sans qu'une distinction particulière ne soit nécessaire entre les deux. La notion de conditions commerciales recouvre notamment les restrictions de la liberté d'action que l'entreprise dominante impose à ses partenaires, 590 la notion étant la même pour les lettres b et c de l'art. 7 al. 2 LCart. 591 Plus généralement, la notion de conditions commerciales couvre toutes les modalités contractuelles qui ne concernent pas les prix. 592 502. Le cas d'espèce porte sur les conditions commerciales fixées par Naxoo et que celle-ci impose ou tente d'imposer aux propriétaires. Ces conditions commerciales – soit en premier lieu la CRI puis le cas échéant les Contrats de raccordement individuel ou collectif – donnent la possibilité à Naxoo de couper tout ou partie de ses services si une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo (N 246 ss). Or, le terme d'installation intérieure est très général et va au-delà du terme d'IDI coaxiale, ce à quoi s'ajoute qu'il ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.). 503. Dans sa prise de position, Naxoo conteste que la simple possibilité de résilier la CRI en cas de perturbations techniques puisse être considérée comme inéquitable. 593 Certes, mais ce n'est pas ce qui lui est reproché vu que ce n'est pas ce que prévoit l'art. 9.4 de la CRI dans sa teneur jusqu'en juillet 2015. En effet, cette disposition donne la possibilité à Naxoo de résilier la CRI si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo, et pas seulement en cas de perturbations techniques. Il s'agit là d'une distinction fondamentale que Naxoo ne peut ignorer. 504. Par ailleurs, les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales) de Naxoo prévoient qu'en échange de la modernisation, Naxoo obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de cinq ans, une option de sortie n'étant proposée que deux ans après la modernisation et contre rémunération (N 261 ss). Par ces contrats, Naxoo s'arroge contractuellement l'accès exclusif aux IDI coaxiales qui ne sont pourtant pas de sa propriété, écartant ainsi toute possibilité pour

589 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 292. 590 Message 1995 (note 519), 567. 591 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 162. 592 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 277, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 593 A 198, N 755.

- 109 -

un tiers d'accéder également aux IDI coaxiales en parallèle, même pour des services n'interférant pas avec le télé-réseau. 505. Il s'agit ainsi en l'espèce de conditions commerciales visant à monopoliser les IDI coaxiales en faveur d'un raccordement au télé-réseau seul, excluant ainsi tout raccordement au satellite ou à un autre service tiers qui nécessiterait aussi l'utilisation de l'IDI coaxiale. L'exclusion de tout accès de tiers aux

installations intérieures affecte la concurrence sur les différents marchés situés en aval et, partant, sur la consommation de services de télécommunication par les consommateurs. L'élément constitutif du comportement visant des conditions commerciales est en conséquence rempli. 506. Il est encore à noter que de telles conditions commerciales visant à restreindre ou entraver la concurrence pourraient également soulever la question d'un examen sous l'angle de l'art. 5 LCart. Un examen tant sous l'angle de l'art. 7 que de l'art. 5 LCart n'est en effet pas exclu vu que de façon générale, des cas de concours idéal d'infractions sont possibles. En l'espèce toutefois, soit les conditions commerciales ont été refusées, soit elles ont été forcées vu que les propriétaires d'immeubles n'avaient pas le choix, raison pour laquelle les faits ne seront pas examinés sous l'angle de l'accord.⁵⁹⁴

B.4.3.4.3 Imposition 507. Le TF a jugé que le critère de l'imposition possède une signification distincte, à savoir que cet élément ne découle pas de la seule existence d'une position dominante.⁵⁹⁵ Plus loin, il a précisé qu'un asservissement économique complet n'était toutefois pas nécessaire. L'art. 7 LCart protège en particulier les concurrents ou partenaires commerciaux contre des entraves abusives, imputables à des entreprises dominant le marché, dans leurs activités commerciales, ou contre des désavantages contraires à la concurrence, subis par eux ou par les consommateurs. Des prix exagérément élevés ou des conditions commerciales inéquitables peuvent cependant également être acceptés volontairement pour des raisons commerciales et, par conséquent, dans le propre intérêt du partenaire commercial. Toujours selon le TF, il n'est pas nécessaire d'élucider si, pour qu'un abus de marché soit réalisé, le consentement aux clauses commerciales inéquitables doit survenir contre la volonté du partenaire commercial, ou s'il suffit que le partenaire se soumette à ces conditions, contre son propre intérêt, uniquement en raison de la situation du marché. Une situation d'abus de marché suppose au moins que le partenaire commercial n'ait rien à opposer à la pression économique ou qu'il ne puisse pas se soustraire à cette pression, celle-ci résultant de la domination du marché.⁵⁹⁶ 508. Après avoir résumé la situation doctrinale et jurisprudentielle, le TAF a plus récemment posé le principe que pour retenir l'imposition, il suffit que l'entreprise en position dominante soit en mesure d'entraîner son partenaire commercial à adopter ses conditions commerciales inéquitables, ou que le partenaire commercial n'ait aucune possibilité

594 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 784 (n'est pas encore en force). 595 ATF 137 II 199, consid. 4.3.4, Terminierungspreise im Mobilfunk ; arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). Selon CLERC/KËLLEZI, il s'agirait toutefois de circonstances particulières entourant une réglementation sectorielle, et l'« imposition » ne constituerait donc pas un élément distinct du comportement abusif en dehors des circonstances particulières du cas ou celles découlant d'une réglementation sectorielle, CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 181. 596 ATF 137 II 199, consid. 4.3.5, Terminierungspreise im Mobilfunk.

- 110 -

raisonnable d'y échapper.⁵⁹⁷ Il n'est toutefois pas nécessaire de prouver que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29 et 30 CO.⁵⁹⁸ 599 509. Les exigences quant à la contrainte exercée par l'entreprise dominante ne doivent pas être trop élevées. Il suffit de démontrer que l'entreprise dominante fait pression, même de manière implicite, sur le partenaire commercial. Par ailleurs, il suffit que l'entreprise dominante ait tenté d'imposer des conditions commerciales inéquitables durant

les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial ait renoncé à conclure le contrat pour cette raison.⁶⁰⁰ A préciser encore que le fait que les partenaires commerciaux continuent à conclure avec l'entreprise dominante pour poursuivre leur activité ne permet pas d'exclure le caractère excessif des conditions commerciales. ⁵¹⁰. Dans le cas d'espèce, les propriétaires d'immeubles se doivent de proposer la possibilité de recevoir le télé-réseau à leurs locataires ou futurs propriétaires afin – comme l'indique Naxoo à juste titre – de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix entre différentes alternatives⁶⁰¹ et de garantir une vraie plus-value aux biens immobiliers⁶⁰². Les spécificités du marché en Ville de Genève (N 34 ss) rendent indispensable de pouvoir offrir la possibilité de choisir le télé-réseau, même si en fin de compte le locataire ou le futur propriétaire choisit des services auprès d'un autre prestataire (N 466). Naxoo disposant d'une position dominante en Ville de Genève sur le marché du raccordement au télé-réseau, les propriétaires n'ont d'autre choix que de contracter avec Naxoo afin d'être en mesure de proposer cette possibilité de recevoir le télé-réseau à leurs locataires ou futurs propriétaires, et se voient ainsi contraints d'accepter les conditions commerciales de Naxoo. L'enquête a démontré que si les propriétaires refusaient, ils se trouvaient généralement contraints de se tourner vers une solution TNT (N 297 et 300) ou de construire une seconde IDI coaxiale (N 299 et 300), alors qu'une telle construction n'est pas toujours nécessaire (N 368). La menace de ne pas raccorder l'immeuble au télé-réseau en l'absence de signature d'une CRI – et donc en l'absence d'exclusivité sur l'installation intérieure de l'immeuble – est ainsi le moyen de pression principal utilisé par Naxoo, au minimum de manière implicite. Le fait que des propriétaires acceptent les conditions commerciales de Naxoo n'y change rien.⁶⁰³ ⁵¹¹. Dans sa prise de position, Naxoo avance qu'à partir du moment où la partie cocontractante peut résister mais décide de ne pas le faire et d'entamer des relations contractuelles avec l'entreprise en position dominante, cette dernière ne se comporterait pas de manière abusive vu qu'il manque le lien de causalité nécessaire.⁶⁰⁴ En l'occurrence, les propriétaires qui résisteraient se trouveraient dans l'impossibilité de proposer la possibilité de recevoir le télé-réseau à leurs locataires ou futurs propriétaires, alors que cela n'est pas dans leur intérêt selon les propres déclarations de Naxoo.⁶⁰⁵ Or, l'imposition provient de cette nécessité, qui découle de la position dominante de Naxoo. La remarque de Naxoo n'est ainsi pas pertinente vu qu'en l'espèce, il n'est pas égal pour le cocontractant d'entamer des relations contractuelles ou non avec l'entreprise en position dominante, mais cela est nécessaire pour

597 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 s. et les références citées, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 598 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations, CO ; RS 220). 599 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 600 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force) ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 179 et 183. 601 A 198, N 729. 602 A 53, annexe 3. 603 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 791 et la référence citée (n'est pas encore en force) ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 183. 604 A 198, N 458 ss. 605 A 198, N 729 ; A 53, annexe 3.

- 111 -

le cocontractant, vu que c'est dans son intérêt en premier lieu, ainsi que dans l'intérêt des locataires ou futurs propriétaires en second lieu. En l'espèce par ailleurs, le seul partenaire

possible du cocontractant est l'entreprise en position dominante, soit Naxoo. 512. Partant, la condition de l'imposition est également donnée. B.4.3.4.4 Caractère inéquitable des conditions commerciales 513. Déterminer de façon générale si une condition commerciale est inéquitable ou non est impossible. Cela doit être examiné à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Il ne doit pas être tenu compte uniquement de la gravité de l'atteinte à la libre concurrence du partenaire commercial lors de l'examen du caractère inéquitable de conditions commerciales, mais également des entraves éventuelles imposées à des sociétés tierces.⁶⁰⁶ Conformément au principe de proportionnalité, il faut que les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté de concurrence des partenaires commerciaux, voire d'entreprises concurrentes, soient dans un rapport raisonnable.⁶⁰⁷ 514. A préciser que le caractère inéquitable des conditions commerciales est aggravé lorsque celles-ci constituent en plus une entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché. Lorsque les conditions commerciales en cause affectent à la fois les partenaires commerciaux et les concurrents de l'entreprise dominante, celle-ci a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché.⁶⁰⁸ 515. Il sera démontré ci-dessous que les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables non seulement par rapport aux propriétaires d'immeubles, mais également par rapport aux sociétés tierces ou encore aux consommateurs. 516. Premièrement, les propriétaires d'immeubles ne sont pas libres de contracter avec une société tierce comme Gérardtronic en plus de Naxoo pour le télé-réseau, cela afin d'offrir une plus-value à leurs biens immobiliers et des services supplémentaires aux consommateurs. Les conditions commerciales – par lesquelles Naxoo s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou qui laissent entendre que Naxoo ne raccordera pas l'immeuble au télé-réseau si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo – sont ainsi inéquitables déjà pour les propriétaires d'immeubles, qui se voient notablement limités dans le choix de services pourtant techniquement compatibles entre eux (N 368). 517. Deuxièmement, les sociétés tierces, comme Gérardtronic, se voient entravées dans leurs possibilités d'entrer sur le marché et d'exercer leur activité commerciale. Cette entrave intervient sans raison vu qu'un système tiers peut cohabiter avec le télé-réseau suivant la configuration des installations (N 368). En conséquence et ici également, les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables pour les sociétés tierces. 518. Finalement, les consommateurs se trouvent limités sans raison dans leur choix de services de télécommunication, en tant que conséquence de l'entrave pour les sociétés tierces à l'accès aux installations intérieures.

⁶⁰⁶ Message 1995 (note 519), 567 ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 166 ss ; voir aussi arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 278, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). ⁶⁰⁷ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 176 ; arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 279 et les références citées, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). ⁶⁰⁸ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 178 et les références citées.

- 112 -

519. Ainsi et en vertu de ce qui précède, il doit être retenu qu'avec ses conditions commerciales, Naxoo vise à s'accaparer des installations intérieures des immeubles vu l'exclusivité qu'elle cherche à obtenir. Cela réduit également le choix des consommateurs. En outre, Naxoo ne limite pas son comportement à ce qui est raisonnablement indispensable

à son activité économique, vu qu'elle est déjà en position dominante sur le marché du raccordement au téléseuil et puissante dans la fourniture de l'offre de base triple play (N 386 ss et N 464). Les intérêts de Naxoo et l'atteinte à la liberté des partenaires commerciaux (propriétaires d'immeubles) ainsi que des entreprises tierces (installateurs de systèmes satellitaires notamment) ne sont pas dans un rapport raisonnable et proportionné en l'espèce. La coexistence du téléseuil d'UPC avec le système Supermédia dans certaines configurations (N 363) montre pourtant qu'il est possible d'exercer une activité économique dans le domaine du téléseuil sans toutefois imposer des conditions commerciales inévitables et disproportionnées, ce que Naxoo a d'ailleurs également démontré, mais bien trop tardivement (N 365 ss). En conséquence pour Naxoo, la condition du caractère inévitable est donnée. B.4.3.4.5 Absence de considérations commerciales légitimes a. Remarques théoriques 520. Le comportement d'une entreprise en position dominante est uniquement illicite s'il n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes (legitimate business reasons).⁶⁰⁹ Dans ce cadre, une distinction doit être opérée entre les motifs justificatifs objectifs et les motifs justificatifs d'efficacité.⁶¹⁰ La pratique de la COMCO s'appuie par ailleurs sur la pratique de la Commission européenne.⁶¹¹ 521. Les motifs justificatifs objectifs portent en premier lieu sur des motifs d'ordre économique (« principes commerciaux »⁶¹²). Ceux-ci sont donnés si le comportement en question est objectivement nécessaire.⁶¹³ Une entreprise en position dominante agit en principe d'une manière objectivement justifiable si elle ne se comporte pas différemment d'une entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché.⁶¹⁴ 522. Les motifs justificatifs d'efficacité entrent ensuite également en considération en tant que motifs justificatifs.⁶¹⁵ Ceux-ci sont uniquement donnés si le principe de proportionnalité est respecté. Cela signifie notamment qu'il n'existe aucune autre possibilité d'adopter un comportement différent et moins susceptible de fausser la concurrence (principe de l'indispensabilité).⁶¹⁶

⁶⁰⁹ DPC 2010/1, 167 N 325, Swisscom ADSL (n'est pas encore en force). ⁶¹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 65 ss. ⁶¹¹ Voir DPC 2011/1, 165 N 408, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (n'est pas encore en force). ⁶¹² Message 1995 (note 519), 564. ⁶¹³ Voir Communication de la Commission européenne - Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ci-après : Communication relative à l'art. 82 du traité CE), N 28 ss. ⁶¹⁴ Voir décision de la REKO/WEF, DPC 2004/3, 884 s. consid. 4.5., Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG ; voir aussi DPC 2008/4, 579 N 174 s., Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 50. ⁶¹⁵ Voir DPC 2004/3, 798 ss, N 69 ss, Ticketcorner ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 30 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 63 ss. ⁶¹⁶ Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 69 ss et 135 ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 28 ss.

- 113 -

523. En matière de refus d'entretenir des relations commerciales, il doit en particulier être examiné si ces refus sont nécessaires à l'entreprise dominante afin de protéger les investissements ou garantir l'incitation à innover.⁶¹⁷ 524. A préciser finalement que si le refus est inspiré par un motif anticoncurrentiel, le fait qu'il vise aussi un objectif légitime ne suffit pas nécessairement à le justifier.⁶¹⁸ b. Examen des motifs justificatifs objectifs 525. L'examen des motifs justificatifs objectifs porte avant tout sur des facteurs techniques.⁶¹⁹

526. En l'espèce, les potentiels motifs justificatifs objectifs avancés par Naxoo ont varié depuis l'observation de marché, et cela jusqu'aux auditions devant la COMCO. 527. Au début de l'observation de marché, Naxoo a dans un premier temps fait valoir des problèmes liés aux abonnements individuels des usagers, en avançant une impossibilité pour elle de plomber (le cas échéant) la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé à celui de Naxoo.⁶²⁰ La plupart des immeubles sont généralement configurés en étoile (N 52), ce qui permet selon Naxoo de connecter au télé-réseau ou déconnecter du télé-réseau une UH de manière indépendante, sans même intervenir dans l'UH elle-même.⁶²¹ Ainsi, en configuration B par exemple (N 73), Naxoo était en mesure de déconnecter une UH de façon indépendante, sans plomber physiquement la prise du consommateur. Par ailleurs, il ressort des schémas au dossier que la prise présente chez le consommateur contient plusieurs « trous », et que le signal du satellite n'utilise pas le même « trou » que le télé-réseau.⁶²² Il n'aurait ainsi pas été insurmontable pour Naxoo de prévoir un moyen technique simple permettant uniquement de plomber le « trou » principalement utilisé par le télé-réseau, et non celui utilisé par le satellite. Cela aurait été possible en configuration A sans voie de retour par exemple (N 72 et 351 s.). Finalement, quand bien même il serait impossible de plomber une partie de la prise ou de déconnecter une UH individuellement à cause d'une configuration du réseau en série, il existe très vraisemblablement d'autres moyens moins dommageables afin de résoudre cette question sans qu'il ne soit nécessaire de suspendre immédiatement le raccordement au télé-réseau de tout un immeuble. Il n'y a donc ici aucun motif justificatif objectif valable de la part de Naxoo. 528. Dans un deuxième temps, Naxoo a invoqué la maintenance technique au début de l'observation de marché. Selon elle, l'insertion du système Supermédia entre la boîte d'injection et la prise poserait non seulement des problèmes de diagnostics aux équipes techniques de Naxoo, mais également d'attribution des responsabilités entre Gérardronic et Naxoo.⁶²³ Ce grief n'est pas pertinent. En effet et pour une situation technique identique, UPC n'exclut pas d'emblée toute cohabitation avec un système tiers, comme y procède pourtant Naxoo. A cela s'ajoute que selon une déclaration de Naxoo de juin 2013, « la seule possibilité [...] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système Gérardronic au-delà du point de mélange ». ⁶²⁴ C'est bien ce qu'a fait

617 Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 132 ss ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 89 s. ; Commission UE, COMP/C-3/37.792 du 24.3.2004, Microsoft, N 709 ss. 618 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 53. 619 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 685 (n'est pas encore en force). 620 A 5, réponse 2, p. 3. 621 A 115, réponse 48a ; A 222, réponse 1. 622 A 1, annexe 3. 623 A 5, réponse 2, pp. 3 s. 624 A 5, réponse 2, p. 4.

- 114 -

UPC en mai 2005 par simple courrier, mais pas Naxoo.⁶²⁵ Celle-ci s'est bien plutôt contentée de gagner du temps, pour finalement ne pas trouver de solution en matière d'attribution de responsabilité (N 302 à 311). Retenir un motif justificatif objectif dans une telle situation reviendrait à tolérer le comportement anticoncurrentiel de Naxoo. Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre. 529. Le Secrétariat ayant informé Naxoo que les motifs justificatifs avancés jusqu'alors n'en constituaient pas,⁶²⁶ Naxoo a alors invoqué pour la première fois en octobre 2013 des potentiels problèmes

techniques dus à un éventuel futur chevauchement des gammes de fréquences utilisées par le téléseuil et la gamme de fréquences utilisée par les systèmes tiers. Selon Naxoo, « les gammes de fréquences utilisées par les deux systèmes sont déjà trop proches, de sorte qu'il n'est pas possible d'exclure, aujourd'hui déjà, des perturbations sur les systèmes dues à leur coexistence sur un même support ».627 Or, Naxoo a fini par admettre lors de son audition qu'il n'y avait en réalité pas eu de chevauchement des bandes de fréquences pendant la période de l'enquête,628 ce qui est confirmé par son expertise privée (N 342). En conséquence et ici également, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu. 530. Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo avance un nouveau motif justificatif potentiel, appuyé par son expertise privée. En effet selon elle, le couplage de signaux DVB-C (téléseuil) et DVB-S (satellite) sur une même IDI coaxiale engendrerait l'impossibilité pour les consommateurs de bénéficier des services Internet et téléphonie de Naxoo (pas de triple play possible), et l'impossibilité correspondante pour Naxoo d'offrir ces services.629 Naxoo se contredit toutefois doublement à ce sujet lors de son audition. D'une part, Naxoo indique que la voie de retour, qui est « le chemin de l'utilisateur », fonctionne,630 alors qu'elle indiquait précédemment et qu'elle l'indique encore dans la suite de son audition qu'il n'y a pas de voie de retour en cas de mixage.631 D'autre part, Naxoo indique que le problème c'est qu'il n'y a pas de réponse à la requête du client puisque la réponse ne peut pas être transmise sur la bande de fréquence Internet occupée par le satellite.632 Or, elle venait de mentionner qu'il n'y a pas eu de chevauchement des fréquences tant pendant l'enquête qu'actuellement, et que c'est la voie de retour qui ne fonctionne pas.633 Plus loin lors de son audition, Naxoo déclarera encore que c'est en fait le boîtier de mélange SPAUN qui engendrerait la disparition de la voie retour.634 Cela laisse à penser que Naxoo ne connaît pas l'origine réelle des problèmes, et que rien n'indique que ces problèmes sont effectivement issus du mixage entre le téléseuil et le satellite. 531. Le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'avait jamais été invoqué en tant que tel par Naxoo avant sa prise de position, et il en va de même d'un éventuel problème qui proviendrait du boîtier de mélange SPAUN (N 77)635 – boîtier et terme mentionnés pour la première fois lors de l'audition. Naxoo avait bien mentionné la qualité de transmission des données sur la « voix de retour » en vrac parmi d'autres potentiels motifs dans un courrier du 17 octobre 2013,636 mais elle l'a fait en ignorant la source réelle du

625 A 1, annexe 5 ; voir aussi A 10. 626 Par exemple A 7. 627 A 12, pp. 2 ss. 628 A 222, réponse 3, p. 4 et réponse 4, p. 5. 629 A 198, N 18, 53 ou encore 455 parmi d'autres. 630 A 222, réponse de [...] début de la p. 5 sur questions du Président en fin de p. 4. 631 A 222, réponse 3.2 en p. 4 de [...] et réponse 4 en p. 5 de [...]. 632 A 222, réponse 4 en p. 5 de [...]. 633 A 222, pp. 4 s. 634 A 222, réponse 5, pp. 6 et 7. 635 A 222, réponse 5, p. 7. 636 A 12, p. 3.

- 115 -

problème, et en ignorant si le système Supermédia en était bien la cause. Naxoo l'admettra d'ailleurs à deux reprises, une fois lors de son audition (« On a imaginé les problèmes théoriques que cela pouvait poser. Quand les techniciens ont eu accès aux immeubles [le

E. 5

décembre 2017 (« il s'est avéré difficile de mettre en relation les problèmes signalés aux équipes techniques de naxoo avec la présence du système Supermédia dans un immeuble.

Ce n'est qu'au cours des derniers mois, voire des semaines écoulées, que le lien a pu être établi, notamment grâce aux vérifications effectuées sur la base de la liste d'immeubles disposant du Supermédia »)638. Or, une entreprise ne saurait être admise à invoquer en quelque sorte préventivement, en vrac et de façon purement théorique toutes sortes de motifs non vérifiés, cela afin qu'elle puisse justifier un comportement anticoncurrentiel en se basant des années après sur le fait que, pratiquement par hasard, un des motifs invoqués en vrac et à titre purement théorique se soit au final révélé vaguement correct. 532. En l'espèce, le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'entrerait de toute manière en ligne de compte que pour une configuration bien particulière. La question peut toutefois rester ouverte vu que, d'une part, rien n'indique que le système Supermédia est effectivement la cause de la perturbation ou de la disparition de la voie de retour et que, d'autre part, l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.). 533. En conclusion et en vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu pour des conditions commerciales inéquitablement ayant une portée aussi générale. Il convient toutefois d'examiner encore l'existence d'éventuels motifs justificatifs d'efficacité. c. Examen des motifs justificatifs d'efficacité 534. Valent pour motifs justificatifs d'efficacité les motifs justificatifs qui sont propres à compenser, voire même à supplanter les coûts sociaux de l'entrave à la concurrence.639 En matière de motifs justificatifs d'efficacité, la pratique de la COMCO demande à ce qu'un certain nombre de conditions soient cumulativement données.640 535. En ce qui concerne la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité, Naxoo motive le retrait de son offre en indiquant par exemple dans un courrier du 20 mai 2008 : « Votre décision de choisir le système commuté [...] nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et la mise en place d'un tel projet [soit un projet ne prévoyant que le télé-réseau] ».641 Toutefois, Naxoo ne peut pas d'un côté refuser de relier un complexe immobilier entier au télé-réseau en raison de la volonté du propriétaire d'installer également un système satellitaire collectif, et de l'autre côté se plaindre de l'absence de retour sur investissement alors que celui-ci serait précisément obtenu en reliant le complexe au télé-réseau. En effet, les services de Naxoo auraient été consommés de toute manière par le biais de contrats de raccordement individuel ou collectif, vu qu'en réalité, aucun propriétaire n'installerait cumulativement le télé-réseau et un système satellitaire collectif si ces deux services étaient parfaitement substituables dans l'optique des propriétaires. Il faut également garder à l'esprit que l'IDI coaxiale est entièrement financée par le propriétaire, qui en acquiert

637 A 222, réponse 4, p. 5 in fine. 638 A 225, Titre 2, p. 2. 639 Voir sur le tout BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 133 s. ; Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 694 (n'est pas encore en force). 640 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 695 (n'est pas encore en force) ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 68 ; voir aussi Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 30. 641 A 91, annexe 20, p. 1.

- 116 -

la propriété. Partant, lors de la construction de nouveaux immeubles (voir tous les cas exposés aux N 296 ss), la question d'une éventuelle modernisation de l'IDI coaxiale est sans objet vu que cette dernière est neuve. Quant aux autres investissements effectués par Naxoo, ceux-ci portent selon toute vraisemblance sur des éléments nécessaires au

fonctionnement du téléseu, et qui sont donc essentiels pour Naxoo indépendamment de la présence ou non d'un système tiers sur l'IDI coaxiale. A relever encore que le raccordement d'un immeuble au Réseau Naxoo, même si aucune UH ne devait au final bénéficier de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif), n'est pas dénué d'intérêt pour Naxoo dans la mesure où elle peut par ce biais emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures, et ainsi relier plus directement l'immeuble voisin que s'il avait fallu passer d'un immeuble à l'autre par la voie publique.⁶⁴² 536. Parlant de la Résidence [...], Naxoo indique dans sa prise de position que s'agissant du nécessaire amortissement de l'investissement réalisé en cas de raccordement au téléseu, le Secrétariat perdrait de vue que les propriétaires et consommateurs demeurent libres de conclure ou pas un contrat de raccordement collectif ou individuel. Ainsi, le seul raccordement ne générerait aucun revenu pour Naxoo, mais bien la conclusion d'abonnements.⁶⁴³ Certes, mais la réflexion de Naxoo est valable indépendamment de la présence ou non d'un système tiers, d'autant plus que la résidence était aussi raccordée au réseau Swisscom. Naxoo ajoute encore à juste titre que « [C]'est donc afin de permettre aux habitants de la résidence de disposer d'un véritable choix que le propriétaire avait intérêt à proposer diverses alternatives. C'est du reste ce souci qui incite les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle (câble, cuivre, fibre optique) dans leurs immeubles ». ⁶⁴⁴ Naxoo résume ici parfaitement l'objet de l'enquête, à savoir que c'est effectivement afin de permettre aux habitants d'un immeuble de disposer d'un véritable choix que le propriétaire a intérêt à proposer diverses alternatives, et c'est ce qui incite ce dernier à intégrer diverses technologies en parallèle. Un système satellitaire comme le système Supermédia est une de ces alternatives, alternative que Naxoo s'est attelée à écarter. ⁵³⁷. L'argument de Naxoo de l'absence de retour sur investissement si l'option « téléseu uniquement » n'est pas choisie est donc sans fondement. Naxoo cherche à faire changer les propriétaires d'avis en leur faisant comprendre que s'ils n'excluent pas d'emblée tout tiers au téléseu de l'IDI coaxiale, elle ne reliera pas les immeubles au téléseu. Le courrier du 20 mai 2008 est d'ailleurs sans équivoque à ce sujet, vu qu'il s'empresse d'ajouter que « nous [Naxoo] sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si la copropriété souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Téléseu ». ⁶⁴⁵ En conclusion sur ce point, la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité ne peut être retenue. ⁵³⁸. Il résulte également de ce qui précède que le comportement de Naxoo ne réalise pas des gains d'efficacité. En effet, on ne voit pas en quoi le fait pour Naxoo d'essayer d'écarter un tiers d'un réseau qui ne lui appartient pas (l'IDI coaxiale) et qui permet d'accéder à des services seulement partiellement concurrents à ceux de Naxoo viserait des améliorations techniques de la qualité des biens ou une réduction du coût de production ou de distribution, alors qu'une cohabitation du téléseu avec un système tiers est possible dans un certain nombre de cas (N 368). Pour cette raison déjà, il n'y aurait pas lieu d'examiner les autres conditions des gains d'efficacité, vu que celles-ci doivent être cumulativement remplies. ⁵³⁹. On peut toutefois relever que le comportement indispensable à la réalisation des gains d'efficacité n'est pas non plus donné. Pendant la période visée par l'enquête, les Contrats de modernisation des IDI coaxiales donnaient à Naxoo la possibilité de s'opposer à

642 A 115, p. 23. 643 A 198, N 729. 644 A 198, N 729. 645 A 91, annexe 20, p. 2.

ce qu'un tiers utilise les IDI coaxiales dont elle aurait financé la modernisation (N 259 et les références au dossier citées). Or, il ne s'agit pas de la pratique la moins anticoncurrentielle possible. En effet, une solution moins anticoncurrentielle serait que les propriétaires d'immeubles restent libres d'utiliser leurs IDI coaxiales à d'autres fins que la seule transmission des signaux du téléseu, moyennant toutefois indemnisation de Naxoo pour les investissements réalisés. Naxoo a certes entrepris une modification contractuelle allant dans ce sens, mais en 2016, après l'ouverture de l'enquête par la COMCO.646 A cela s'ajoute encore que Naxoo a démontré elle-même qu'un comportement plus nuancé et constructif était possible (N 367). Partant, la seconde condition n'est pas non plus remplie et il n'y a pas lieu de poursuivre l'examen. 540. A titre de remarque finale, il est encore relevé qu'il est possible que des immeubles soient raccordés au Réseau Naxoo par une CRI sans qu'aucune UH ne bénéficie de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif, voir N 234). Dans un tel cas, aucune incompatibilité technique ne peut se produire sur l'IDI coaxiale entre le signal du téléseu et le signal satellitaire. Partant, exclure d'office tout tiers des installations intérieures à l'art. 9.4 de la CRI, sous prétexte d'assurer la qualité de réception du signal du téléseu et la prévention des interférences, est un argument spécieux vu qu'au stade de la signature de la CRI, rien n'indique qu'une UH sera bien connectée au téléseu par la suite. Une CRI n'a donc aucune raison de se prononcer déjà sur l'état des installations intérieures, si ce n'est dans le but de consolider une position dominante sur le marché du raccordement au téléseu. 541. En vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif d'efficacité ne saurait être retenu. La condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est ainsi remplie. d. Conclusion 542. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie l'application des conditions commerciales inéquitables de Naxoo aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée. B.4.3.4.6 La question de l'entrave à la concurrence 543. A l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus, il y a encore lieu de déterminer si l'imposition de conditions commerciales inéquitables doit en plus entraîner une entrave à la concurrence. 544. Il peut premièrement être relevé que le TAF ne considère pas l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables.647 La doctrine va dans le même sens, et considère plutôt l'entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché comme une aggravation du caractère inéquitable des conditions commerciales.648 Partant, il n'y a pas lieu de retenir en l'espèce l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables. 545. Toutefois, il est constaté que le comportement de Naxoo visant à imposer strictement ses conditions commerciales (N 272 ss) entraînait des entraves à la concurrence. Plus précisément, l'imposition des conditions commerciales permettait à Naxoo d'entraver ou d'empêcher les tiers ayant également besoin de l'IDI coaxiale d'accéder au marché si les

646 A 115, pp. 35 s. et annexe 35, art. 7.2. 647 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 648 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 292 et 319 ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 178.

propriétaires se résignaient à signer la CRI. En outre, les pratiques de Naxoo sont assimilables à un comportement visant à forclure le marché (N 451 s.). Or, d'une pratique de forclusion découle au moins une entrave à la concurrence effective, si ce n'est une suppression de la concurrence effective, tant sur le marché en amont que sur les marchés en aval. Dans le cas d'espèce, Naxoo entravait ou empêchait ainsi le développement de tout autre système nécessitant l'IDI coaxiale, ce qui restreignait voire éliminait l'offre télévisuelle par satellite sur les marchés du contenu situés en aval, laquelle est en concurrence avec le segment TV des offres de Naxoo (N 89).⁶⁴⁹ Ceci affectait négativement la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval et permettait à Naxoo de protéger sa position, respectivement d'éviter l'érosion de sa clientèle au profit du satellite. ⁵⁴⁶ Naxoo indique dans sa prise de position que lorsque l'effet anticoncurrentiel d'une pratique est examiné, il convient d'examiner le critère de l'equally efficient competitor. La logique derrière ce critère selon Naxoo serait qu'un comportement dirigé contre une entreprise inefficace est inoffensif du point de vue des consommateurs. Or selon Naxoo, non seulement la solution technique du système Supermédia et son installation par Gérardronic souffriraient de défaillances techniques et ne répondraient pas aux standards de la branche, mais encore le système souffrirait d'une absence quasi totale de marketing effectuée par Gérardronic, ce qui expliquerait le quasi-anonymat de ce dernier en Ville de Genève.⁶⁵⁰ ⁵⁴⁷ En ce qui concerne premièrement la question de l'equally efficient competitor test, un tel test n'est pertinent que si la structure de coûts des acteurs économiques est comparable. En l'espèce, une telle comparabilité n'est déjà pas donnée vu les très grandes différences de taille, de chiffre d'affaires et également de prestations fournies entre Naxoo et Gérardronic. A cela s'ajoute que Naxoo est en position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau, et qu'elle est au moins puissante dans la fourniture d'offres triple play. Elle est la seule entreprise qui dispose et exploite un télé-réseau sur son territoire d'activité. Or, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace.⁶⁵¹ C'est la raison pour laquelle un equally efficient competitor test n'est pas adapté au cas d'espèce. Par ailleurs, le critère du concurrent aussi efficace n'est qu'un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante.⁶⁵² Concernant deuxièmement la question du marketing, Naxoo omet ici le fait que les consommateurs ne sont pas directement les partenaires potentiels à l'échange pour Gérardronic (N 419 ss), ce qui peut expliquer également une certaine absence de marketing ouvert et « visible » pour les consommateurs finaux. Par ailleurs et contrairement à ce qu'affirme Naxoo, le dossier contient bien du matériel marketing de Gérardronic destiné aux professionnels de la branche ou encore aux promoteurs immobiliers ou aux propriétaires, à savoir les principaux clients potentiels de Gérardronic.⁶⁵³ Finalement, les qualificatifs d'inefficacité et d'insuccès commercial utilisés par Naxoo pour décrire l'activité de Gérardronic – bien que non avérés – doivent dans tous les cas être mis en relation avec le travail de sape de Naxoo envers Gérardronic entrepris depuis de nombreuses années (N 588). ⁵⁴⁸ Vu ce qui précède, le comportement de Naxoo produisait des effets anticoncurrentiels puisqu'il restreignait voire éliminait la concurrence exercée par le satellite sur le segment TV des offres de Naxoo, sur les marchés du contenu situés en aval. Partant et même si elle n'est pas nécessaire à part entière, la condition de l'entrave à la concurrence est également donnée et aggrave le caractère inéquitable des conditions commerciales.

649 A 5, réponse 5 ; A 17, réponse 2. 650 A 198, N 686 ss. 651 Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 59, Post Danmark A/S/Konkurrenseradet. 652 Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 61, Post Danmark A/S /Konkurrenseradet. 653 Par ex. A 1, annexes 3 ; A 91, annexes 10, 11 et 15.

- 119 -

B.4.3.4.7 Casuistique pertinente pour le cas d'espèce a. Le cas « Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich » 549. Le cas Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich récemment jugé par le TAF⁶⁵⁴ portait sur une clause de la société Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich SA (ci-après : AGH SA) relative à la billetterie. Cette clause prévoyait que lors de la prise de location du Hallenstadion, l'organisateur de l'événement en question devait commercialiser au minimum 50 % des billets au travers de la société Ticketcorner SA. Cette clause résultait d'un accord de coopération relatif à la billetterie conclu entre AGH SA et Ticketcorner SA. 550. Le TAF a en particulier retenu qu'il existait suffisamment d'indices permettant de retenir des pratiques illicites d'AGH SA au sens de l'art. 7 LCart, notamment en matière d'imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.⁶⁵⁵ 551. En ce qui concerne Ticketcorner SA en revanche, il est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas d'imposition par Ticketcorner SA de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, vu que la clause relative à la billetterie n'était pas intégrée (directement) dans le contrat conclu entre l'organisateur et Ticketcorner SA en tant que condition commerciale proprement dite. Le comportement de Ticketcorner SA constitue toutefois une imposition envers des partenaires commerciaux qui tombe sous la clause générale au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.⁶⁵⁶ 552. Le cas Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich présente des similitudes avec la présente enquête. En effet et en l'espèce, Naxoo se réserve l'accès aux IDI coaxiales dans les conditions commerciales qu'il soumet aux propriétaires, alors qu'un certain nombre d'entre eux souhaiteraient également raccorder leurs immeubles au satellite. Le choix des consommateurs s'en retrouve au final limité. Le cas Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich fait l'objet de recours devant le TF. b. Le cas « Van den Bergh Foods Ltd » 553. Dans le cas Van den Bergh Foods Ltd⁶⁵⁷ – qui portait notamment sur une condition commerciale inéquitable, respectivement une clause d'exclusivité inéquitable –, la CJCE a jugé que lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met des congélateurs gratuitement à disposition des détaillants et en assure sans frais la maintenance, à condition que les détaillants n'y entreposent que des glaces dudit producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expansion sur le marché en cause plus difficile pour les concurrents de l'entreprise dominante ; elle nuit également aux intérêts des détaillants qui ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente ; enfin, le choix de produits offerts aux consommateurs s'en trouve restreint. 554. La CJCE ajoute encore une remarque générale importante, à savoir que si la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il lui incombe, indépendamment des causes d'une telle

654 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 655 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 274 à 291, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 656 Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 429 à 441,

Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (n'est pas encore en force). 657 TPI, arrêt Van den Bergh Foods Ltd du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4662, confirmé par CJCE, arrêt Unilever Besfoods c/ Commission du 28.9.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091.

- 120 -

position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun.⁶⁵⁸ 555. Ce cas est très proche de la situation d'espèce si l'on remplace le producteur de glaces par Naxoo et les détaillants par les propriétaires d'immeubles. Bien que Naxoo ne mette pas l'IDI coaxiale à disposition (les congélateurs), elle en assure gratuitement la modernisation en concluant des Contrats de modernisation des IDI coaxiales, à condition qu'aucun tiers à Naxoo ne puisse accéder aux IDI coaxiales pendant une certaine durée. Naxoo incite ainsi les propriétaires d'immeubles à ne s'approvisionner qu'exclusivement auprès d'elle (soit en raccordement au télé-réseau) pendant plusieurs années. Comme jugé par la CJCE, une telle clause nuit aux concurrents (par ex. Géatronique) de l'entreprise dominante, aux intérêts des détaillants (les propriétaires d'immeubles) et finalement aux consommateurs qui se retrouvent avec un choix restreint de produits. c. Le cas « BPB Industries et British Gypsum » 556. Dans ce cas qui portait également sur une condition commerciale inéquitable, la Commission européenne a jugé que la conclusion de contrats de fourniture exclusive avec un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché constitue une entrave à l'accès d'autres fournisseurs au marché. Plus précisément, elle a notamment jugé que « le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive de cette position [...] ». ⁶⁵⁹ B.4.3.4.8 Conclusion intermédiaire 557. Vu les développements qui précèdent, les conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 499) sont remplies. Il est ainsi prouvé que Naxoo abuse de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart aux propriétaires d'immeubles et par là même aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Les conditions commerciales de Naxoo visent à pousser les propriétaires à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers dans l'accès à l'IDI coaxiale. Elles excluent ainsi le marché du raccordement au satellite au profit du raccordement au télé-réseau, affectant la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval. Ces conditions commerciales constituent par ailleurs des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. B.4.3.5 Limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart) B.4.3.5.1 Remarques théoriques 558. L'art. 7 al. 2 let. e LCart – qui porte sur la limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique –, vise les pratiques d'entraves et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci.⁶⁶⁰ A préciser que dans le cas d'espèce, le

⁶⁵⁸ TPI, arrêt Van den Bergh Foods Ltd du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4720 N 158. ⁶⁵⁹ TPI, arrêt BPB Industries et British Gypsum c/ Commission du 1.4.1993, aff.

T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, N 66 à 68. 660 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 234 s.

- 121 -

comportement qui est reproché à Naxoo porte uniquement sur la limitation du développement technologique et des débouchés. Naxoo indique dans sa prise de position que l'art. 7 al. 2 let. e LCart revêtirait un caractère subsidiaire et qu'une partie de la doctrine estime qu'elle doit être interprétée de manière restrictive, en ce sens que seuls les comportements qui rendent les produits ou prestations de concurrents moins attractifs sont interdits.⁶⁶¹ En l'espèce, le fait que Naxoo ait rendu Gérardtronic et son système Supermédia moins attractifs transparait pour le moins du dossier (voir par ex. N 272 ss, 292 ss ou encore courrier aux propriétaires annexé à l'A 49).⁵⁵⁹ Afin de déterminer s'il y a abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies : a. Le comportement incriminé limite artificiellement l'accès au marché ;⁶⁶² b. Le comportement incriminé affecte la capacité concurrentielle des concurrents ; c. Le comportement incriminé n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes.⁶⁶³ B.4.3.5.2 Limitation artificielle de l'accès au marché 560. Le comportement d'une entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents. Le caractère artificiel de la limitation découle du fait qu'elle ne résulte pas de l'évolution du marché, mais d'une stratégie de l'entreprise dominante visant à s'octroyer ou à consolider un avantage concurrentiel. L'entreprise dominante peut soit limiter sa propre production, ses propres débouchés ou son propre développement technologique, soit imposer à d'autres entreprises d'adopter de telles mesures limitatives.⁶⁶⁴ 561. A préciser que par « limitation des débouchés » au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart, on entend en particulier les comportements d'une entreprise en position dominante qui visent à réduire la portée marketing de la concurrence et ainsi à restreindre artificiellement l'accès de cette dernière au marché.⁶⁶⁵ Sont ainsi concernés tant la limitation des débouchés propres que les effets sur les débouchés de concurrents.⁶⁶⁶ 562. Dans le cas d'espèce et par ses clauses contractuelles, Naxoo vise à obtenir l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures et ainsi à exclure tout tiers ayant également besoin d'accéder aux installations intérieures pour fournir ses services, par exemple Gérardtronic avec son système Supermédia. Or, un système satellitaire entre partiellement en concurrence avec les offres de Naxoo, et pourrait entraîner certains clients ou potentiels clients de Naxoo à se tourner vers un système satellitaire, au détriment des prestations de Naxoo, en particulier de son offre de base focalisée sur la TV. En agissant de la sorte, Naxoo écarte les tiers qui proposent des systèmes concurrents au télé-réseau de Naxoo sur le segment TV (N 89), des systèmes supplémentaires au télé-réseau ou encore des technologies innovantes. Naxoo indique dans sa prise de position que Gérardtronic ne saurait

⁶⁶¹ A 198, N 795. ⁶⁶² CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 235. ⁶⁶³ DPC 1999/2, 204 N 37 à 41, Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG ; voir aussi CR Concurrence- CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 241. ⁶⁶⁴ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 235 et les références citées. ⁶⁶⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 418 et 441. ⁶⁶⁶ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2e édition, Berne 2005, N 688.

- 122 -

être considéré comme un equally efficient competitor.⁶⁶⁷ A ce sujet, il peut être renvoyé au N 546. 563. Pour prendre exemple du système Supermédia, celui-ci permet non seulement grâce à une antenne parabolique collective installée en toiture de distribuer le signal satellitaire dans l'ensemble d'un immeuble, mais également de mixer les signaux du télé-réseau et du satellite afin de permettre l'utilisation des deux services en parallèle. Selon un rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES à Genève, le système Supermédia permettrait au consommateur de bénéficier de toutes les fonctionnalités du télé-réseau (télévision, téléphone et Internet, soit le triple play), tout en offrant la possibilité de profiter également d'un système satellitaire (environ 3'500 chaînes), répondant ainsi aux besoins d'une très grande frange de la population. En matière purement télévisuelle, l'offre en nombre de chaînes serait largement supérieure via le satellite par rapport aux opérateurs traditionnels.⁶⁶⁸ 564. Dans sa prise de position, Naxoo avance que le rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES est incomplet et partial.⁶⁶⁹ Naxoo n'indique toutefois aucun élément qui permettrait d'affirmer que le rapport serait incomplet. De plus, le rapport considéré comme « partial » par Naxoo est daté d'octobre 2015, soit avant que l'enquête ne soit ouverte et bien avant que M. Morales n'ait connaissance du questionnaire du Secrétariat du 30 juin 2016.⁶⁷⁰ Bien qu'on ne saurait être aussi catégorique que le rapport précité en ce qui concerne la pleine compatibilité du système Supermédia avec les services triple play de Naxoo, la présente décision a toutefois démontré qu'une cohabitation est possible pour certaines configurations (N 368 s.). 565. La condition de la limitation artificielle de l'accès au marché est ainsi donnée. B.4.3.5.3 Atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents 566. Il y a atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents ou de potentiels concurrents lorsque cette capacité concurrentielle s'en trouve affectée négativement. 567. Dans le cas d'espèce, il y a atteinte à la capacité concurrentielle de tiers vu que le comportement de Naxoo vise à empêcher, sur les IDI coaxiales en Ville de Genève, le développement de systèmes tiers en mesure de concurrencer Naxoo sur les marchés du contenu situés en aval, et notamment sur le segment télévisuel (N 89). Or, la Ville de Genève est essentiellement constituée d'immeubles de plusieurs logements (N 34), dont une grande majorité est pourvue d'une antenne parabolique collective (N 165). Partant, la Ville de Genève représente un marché avec des débouchés importants pour Gérardtronic ou pour tout autre tiers utilisant les IDI coaxiales, que cela soit pour un système satellitaire collectif ou d'autres services. En outre, Gérardtronic a indiqué que depuis le 1er janvier 2016, l'entreprise n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.⁶⁷¹ Par conséquent, la capacité concurrentielle de Gérardtronic est négativement affectée par le comportement de Naxoo (N 315),⁶⁷² et il ne peut être exclu que d'autres tiers aient également vu leur capacité concurrentielle affectée.

667 A 198, N 800. 668 A 154, Rapport annexé, N 3 ; A 166, réponse 9 ; A 159, réponses 9 et 10. 669 A 198, N 802. 670 A 154. 671 A 91, réponses B3 et B4. 672 Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

- 123 -

568. De façon plus générale en ce qui concerne les entraves à la concurrence, il peut être renvoyé aux considérants développés plus haut (N 543 ss). 569. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'il doit être démontré en quoi le comportement incriminé résulte en une

atteinte durable et tangible de la concurrence en tant que telle, et non uniquement de certains concurrents. Le droit de la concurrence protégerait la concurrence en tant que telle et non les concurrents. De plus, Naxoo conteste à nouveau que Gérardtronic soit un equally efficient competitor.⁶⁷³ En l'espèce, Naxoo omet de tenir compte du fait que la présente enquête repose sur les conventions et contrats de Naxoo (N 233 ss), ainsi que sur la stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques de ces conventions et contrats (N 272 ss). Le fait qu'une entreprise soit touchée en particulier dans le cas présent n'y change rien, c'est bien les conventions et contrats de Naxoo et leur mise en œuvre qui constituent les comportements reprochés. Or, ces conventions et contrats s'appliquent à tout acteur économique confronté à Naxoo, que cela soit en tant que partenaire ou concurrent. Finalement, en ce qui concerne l'equally efficient competitor, il est renvoyé au N 546. 570. La condition de l'atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents est ainsi également donnée. B.4.3.5.4 Absence de considérations commerciales légitimes 571. Pour ce point, il est renvoyé aux considérants portant sur l'absence de considérations commerciales légitimes développés plus haut (N 520 ss). 572. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie la limitation par Naxoo des débouchés ou du développement technologique sur l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée. B.4.3.5.5 Conclusion intermédiaire 573. Vu les développements qui précèdent, les trois conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart (N 559) sont remplies. Partant, il est prouvé que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé des tiers comme Gérardtronic dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en l'espèce par satellite. Cela constitue une pratique illicite entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. B.4.4 Résultat 574. Les mesures prises par Naxoo ces dernières années – comme le refus de raccorder les immeubles au téléseuil en l'absence de la signature d'une CRI permettant d'exclure tout tiers des installations intérieures, l'envoi de courriers alarmants aux propriétaires ou aux futurs propriétaires, ou encore des contrats de modernisation visant à s'assurer et à maintenir l'exploitation exclusive des IDI coaxiales – amènent à la constatation que Naxoo a tenté activement d'obtenir l'usage exclusif de l'IDI coaxiale en abusant de sa position dominante sur son territoire d'activité. 575. En vertu de tout ce qui précède, il est retenu que Naxoo a abusé de sa position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. c et let. e LCart, ce qui constitue des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice, et désavantageant les partenaires commerciaux au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. 673 A 98, N 805 s.

- 124 -

C Mesures 576. En vertu de l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO décide des mesures à ordonner ou de l'approbation d'un accord amiable. Les mesures au sens de cette disposition portent tant sur des injonctions visant à éliminer les restrictions à la concurrence que sur des sanctions monétaires. C.1 Injonction portant sur des mesures 577. En présence de restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures par lesquelles elle fixe aux parties concernées des obligations contraignantes portant sur un comportement donné (obligation) ou sur une abstention (interdiction). De telles décisions formatrices doivent toujours être conformes au principe de proportionnalité, raison pour laquelle les mesures doivent être adaptées à la nature et à l'intensité des infractions à la concurrence.⁶⁷⁴

578. En l'espèce, vu l'évolution rapide des technologies et des marchés liés notamment à la réception, à la diffusion ou encore à la fourniture de services de télécommunications, la COMCO n'ordonne pas de mesures à la charge de Naxoo. C.2 Sanction 579. Du fait de leur ratio legis, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – en particulier celles introduites avec la révision 2003 portant sur des sanctions directes aux infractions les plus graves au droit des cartels – ont pour but d'assurer la mise en œuvre effective du droit des cartels et d'en renforcer l'effet préventif.⁶⁷⁵ Des sanctions directes ne peuvent être prononcées que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence. De plus, la sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, ne présuppose pas de faute, c'est-à-dire qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement enfreignant le droit pénal.⁶⁷⁶ C.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart 580. Les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart doivent être donnés pour qu'une sanction puisse être mise à la charge des parties à la procédure. C.2.1.1 L'entreprise 581. Les restrictions illicites à la concurrence auxquelles l'art. 49a al. 1 LCart fait référence doivent être commises par une « entreprise ». Pour la notion d'entreprise, il est renvoyé à l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart.⁶⁷⁷ En l'espèce, il est renvoyé aux N 395 ss concernant la qualification de Naxoo en tant qu'entreprise. C.2.1.2 Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart 582. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est sanctionnée.

674 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279), art. 30 LCart N 58 s. 675 Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 (ci-après : Message 2001), en particulier 1912, 1922 ss et 1929 ; BILGER (note 284), p. 92. 676 Message 2001 (note 675), 1922. 677 Entre autres : JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3e édition, Zurich 2011, art. 49a LCart N 6.

- 125 -

583. Il est déduit de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart qu'une sanction présuppose des pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'art. 7 LCart. 584. Afin d'éviter toute redondance, il peut être renvoyé aux considérants qui précèdent en ce qui concerne les pratiques illicites, en particulier aux N 395 ss (entreprise), 446 ss (position dominante) et 482 ss (pratiques illicites). Plus généralement, il est constaté que les éléments constitutifs sont donnés en l'espèce. 585. Naxoo indique dans sa prise de position du 16 octobre 2017 que l'enquête ayant été ouverte le 30 mars 2016, elle ne peut être sanctionnée pour des faits survenus avant le 30 mars 2011 ou si une éventuelle position dominante – contestée par Naxoo – aurait cessé d'exister avant cette date. Elle invoque à cet effet l'art. 49a al. 3 let. b LCart.⁶⁷⁸ L'interprétation de Naxoo est toutefois contraire à la lettre de la loi. La disposition précitée indique en effet seulement qu'aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête. Elle ne porte pas sur la prescription des faits comme l'avance Naxoo. En l'espèce, la restriction à la concurrence de Naxoo s'est étendue bien au-delà du 30 mars 2011 (N 609 s.), et l'argument de Naxoo tombe à faux. C.2.2 Imputabilité 586. Selon la pratique de la COMCO ainsi que des tribunaux, il doit au moins pouvoir être reproché à l'entreprise concernée – en plus de la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction et de l'illicéité du comportement – d'avoir agi par négligence, et donc d'avoir violé objectivement un devoir de diligence au sens des faits reprochés. Un manque objectif

de diligence est en particulier donné si une entreprise déploie un certain comportement tout en ayant conscience que celui-ci pourrait potentiellement être contraire au droit de la concurrence.⁶⁷⁹ Un manque objectif de diligence au sens d'une faute au niveau de l'organisation est déterminant.⁶⁸⁰ 587. Dans le cas d'espèce, Naxoo a mis en place une politique commerciale dont elle devait connaître les effets restrictifs de concurrence au plus tard suite au courrier du Secrétariat du 6 août 2013, qui lui indiquait que les trois solutions qu'elle proposait n'étaient pas aptes à résoudre le problème de l'exploitation en parallèle avec Gérardtronic de l'IDI coaxiale.⁶⁸¹ 588. Le comportement de Naxoo était conscient et délibéré, comme illustré par les aspects suivants : - le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss) ; - quelques semaines plus tard, le 20 mai 2008, Naxoo retirait son offre de relier au téléseu la Résidence [...] en raison de la présence du système Supermédia, le but étant que le propriétaire écarte le système tiers au profit du téléseu (N 280) ; - fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275) ;

678 A 198, N 842. 679 Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2.1, Publigroupe/COMCO. 680 Voir ATF 139 I 72, consid. non publié 12.2.2 (= DPC 2013/1, 135 consid. 12.2.2) et les références citées, Publigroupe SA et al./COMCO ; le récent cas Nikon/COMCO résume bien la question de l'imputabilité, arrêt du TAF, DPC 2016/3, 863 consid. 8.2.2 et les références citées. 681 A 7.

- 126 -

- malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,⁶⁸² Naxoo a indiqué les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, à savoir ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277) ; - le 7 mars 2014, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du téléseu en raison de l'absence de signature de sa CRI, à savoir de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279) ; - le courriel du 23 avril 2015 adressé à Naxoo par le directeur de la société DSAT est également évocateur (N 288 s.), en particulier à la lumière du fait qu'une enquête préalable avait été ouverte à l'encontre de Naxoo le 29 janvier 2015. 589. Les éléments ci-dessus démontrent que le comportement de Naxoo constitue – à tout le moins – une violation objective du devoir de diligence. L'illicéité du comportement de Naxoo peut donc bien être imputée à Naxoo. 590. En résumé, il doit être retenu que, par son comportement, Naxoo a rempli les éléments constitutifs de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart durant la période s'étendant de juin 2008 à fin juin 2015 (N 610), et doit donc être sanctionnée. C.2.3 Calcul de la sanction 591. La conséquence juridique d'une violation de la loi au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'une sanction pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise – pour autant qu'il soit calculable⁶⁸³ – est dûment pris en compte pour le calcul du montant.⁶⁸⁴ 592. Les critères concrets de calcul du montant de la sanction ainsi que les détails du calcul sont exposés dans l'OS LCart⁶⁸⁵ (voir art. 1 let. a OS LCart). En principe, la fixation du montant de la sanction dépend du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui tient compte du principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart) ainsi que du principe de l'égalité de traitement.⁶⁸⁶ La COMCO détermine le montant effectif de la sanction selon les

circonstances concrètes du cas d'espèce, mais la sanction doit être adaptée individuellement et dans les limites de la loi à chaque entreprise ayant pris part à l'infraction.⁶⁸⁷ C.2.3.1 Calcul concret de la sanction 593. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, dans les limites du cadre de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte. Pour le calcul concret du montant de la sanction, l'OS LCart part en premier lieu d'un montant de base, qui est dans un deuxième temps adapté à la durée des pratiques illicites, avant que ne soient prises en considération dans un troisième temps les circonstances aggravantes et atténuantes.

682 A 2. 683 <www.comco.admin.ch> sous Documentation > Communications/Notes explicatives > Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), p. 1. 684 Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.1, Gaba. 685 Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart ; RS 251.5). 686 PETER REINERT, in : Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), Berne 2007, art. 49a LCart N 14 ; DPC 2006/4, 661 N 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 687 DPC 2009/3, 212 s. N 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

- 127 -

C.2.3.1.1 Montant de base 594. Le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'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). Ce montant a pour but de confisquer la rente cartellaire.⁶⁸⁸ 595. A préciser que l'art. 3 OS LCart porte bien sur le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents, et non sur le chiffre d'affaires réalisé grâce au comportement anticoncurrentiel. La disposition ne fait pas de différenciation s'agissant du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents. En conséquence, il n'y a pas lieu de déterminer quelle part de ce chiffre d'affaires a été réalisée grâce à un comportement anticoncurrentiel, et si corrélativement une partie du chiffre d'affaires n'est pas liée avec un comportement anticoncurrentiel. Une telle différenciation ne ressort pas non plus du sens et du but de la disposition.⁶⁸⁹ a. Limite supérieure du montant de base 596. La limite supérieure du montant de base se monte selon l'art. 3 OS LCart à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices. 597. Il y a donc premièrement lieu de déterminer les marchés pertinents qui doivent être retenus pour le calcul. Les marchés pertinents sont ceux qui ont été concrètement affectés par la restriction à la concurrence. En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent également ceux de produits ou services qui, « en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés » (art. 11 al. 3 let. a OCCE), peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. La substituabilité étend naturellement le marché au-delà des produits de l'entreprise ou des entreprises strictement concernées par l'affaire ; cette extension donne en conséquence une marge d'appréciation à l'autorité sanctionnatrice.⁶⁹⁰ 598. En l'espèce, le marché pertinent qui est retenu par la COMCO dans le cadre de sa marge d'appréciation est le marché du raccordement au télé-réseau. En effet, c'est en particulier à partir de ce marché que se produisent les conséquences économiques des pratiques illicites de Naxoo. A relever que la presse genevoise indique également que la source de revenus de Naxoo est « le réseau, présent dans les foyers genevois, à travers lequel Naxoo commercialise un abonnement mensuel de base à CHF 29.95 ». ⁶⁹¹ 599. Le nombre de prises payantes (y

compris locaux commerciaux) pour les années 2014 à 2016 doit ainsi être multiplié par le montant de CHF 25.55 HT, soit le montant hors TVA et hors droits d'auteur payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base.⁶⁹² La TVA et les droits d'auteur sont déduits par application analogique de l'art. 4 al. 1 OCCE. A préciser que le montant mensuel de CHF 25.55 HT est dû par chaque UH raccordée au Réseau Naxoo, que ce soit par le biais d'un Contrat de raccordement collectif ou d'un Contrat de raccordement individuel⁶⁹³ :

688 Voir aussi DPC 2012/2, 404 s. N 1083 table 3 ainsi que 407 s. N 1097 table 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (n'est pas encore en force) ; DPC 2016/2, 384 N 326 et 332, Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA) (n'est pas encore en force). 689 Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 645 consid. 722 s., Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL (n'est pas encore en force). 690 ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 49a LCart N 25 ; DPC 2009/2, 143, Sécateurs et cisailles. 691 A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016. 692 A 115, réponse 19. 693 A 115, pp. 10 s.

- 128 -

Chiffre d'affaires en CHF sur le marché pertinent 2014 2015 2016 Nbr de prises payantes⁶⁹⁴ [...] [...] [...] Montant mensuel / annuel HT par UH CHF 25.55 / CHF 306.60 CHF 25.55 / CHF 306.60 CHF 25.55 / CHF 306.60 Montants totaux par années CHF [...] CHF [...] CHF [...] Total pour les 3 années CHF [...]

600. La limite supérieure du montant de base se monte ainsi en l'espèce à CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. [...]. 601. Dans sa prise de position, Naxoo requalifie le marché pertinent en raccordement d'immeubles au télé-réseau pour ensuite indiquer qu'elle ne perçoit aucune rémunération sur ce marché.⁶⁹⁵ Certes, mais on ne voit pas en quoi cette réflexion liée à une requalification unilatérale changerait le calcul de la COMCO. Plus loin, Naxoo indique que ses chiffres d'affaires 2014 à 2016 pour le raccordement au Réseau Naxoo sont inférieurs⁶⁹⁶ à ceux retenus par la COMCO,⁶⁹⁷ sans toutefois expliquer cet écart ou les raisons pour lesquelles le calcul de la COMCO serait incorrect. b. Prise en compte du type et de la gravité de l'infraction 602. Selon l'art. 3 OS LCart, le montant de base doit être calculé selon la gravité et le type d'infraction. Il doit ainsi être déterminé de quel niveau de gravité l'infraction est à qualifier. Les critères objectifs figurent au premier plan.⁶⁹⁸ 603. En principe, la gravité de l'infraction doit être examinée au cas par cas et en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Selon la jurisprudence du TAF, aucune implémentation schématique du montant de base ne doit intervenir dans le cadre de la sanction. Une gradation selon la gravité et le risque potentiel des pratiques illicites individuelles d'entrave et d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart est généralement difficilement praticable.⁶⁹⁹ 604. En tenant compte des circonstances juridiques et économiques précitées, des faits relatifs au cas concret ainsi que de l'abandon in dubio pro reo de la lettre a de l'art. 7 al. 2 LCart par la COMCO dans la décision finale par rapport à la proposition du Secrétariat du 20 juillet 2017, il est justifié de fixer le montant de base de la sanction à [3] % du chiffre d'affaires réalisé par Naxoo sur le marché pertinent au cours des trois derniers exercices, ce

694 A 189 ; A 115, réponse 14. 695 A 198, N 862. 696 A 189, p. 3, Tableau 11. 697 A 189, N 863 s. 698 A savoir des critères qui ne sont pas basés sur la responsabilité pour faute, voir DPC 2010/4, 760 N 386 et les références citées, Baubeschlüsse für Fenster und Türen ; voir

aussi CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zurich 2007, 230. 699 Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 365 consid. 8.3.4, Publigroupe/COMCO.

- 129 -

qui correspond à une gravité d'infraction moyenne inférieure. Les restrictions à la concurrence ont certes été limitées à la Ville de Genève, et ont touché principalement un seul acteur, soit Gérardtronic. Toutefois, le comportement illicite de Naxoo est voulu et durable. A cela s'ajoute que la Ville de Genève est composée d'un pourcentage très élevé de bâtiments qui contiennent plusieurs logements (N 34), et que la grande majorité des immeubles disposent de paraboles collectives installées en toiture (N 63), condition nécessaire pour l'installation d'un système satellitaire collectif. Par conséquent, la Ville de Genève représente un débouché important pour des fournisseurs de systèmes satellitaires collectifs comme Gérardtronic. 605. L'énergie déployée par Naxoo sur la durée pour écarter un acteur économique gênant permet d'exclure une gravité d'infraction faible. En effet, Naxoo a tenté sciemment d'empêcher le développement de systèmes tiers comme la technologie Supermédia en cherchant à s'octroyer contractuellement l'exclusivité de l'utilisation des IDI coaxiales. A cela s'ajoute que le courriel du directeur de la société DSAT SA envoyé à Naxoo le 23 avril 2015 (N 288 s.) ainsi que les déclarations de M. Morales (N 290 s.) démontrent la volonté de Naxoo de saborder toute relation commerciale qui impliquerait M. Emery. D'ailleurs, les dirigeants de Naxoo avaient déjà été condamnés par le TF en date du 17 avril 2008 pour concurrence déloyale (N 292 ss). Ainsi, avant même le comportement problématique du point de vue du droit des cartels, Naxoo avait déjà tenté de faire trébucher Gérardtronic. Par conséquent, il n'est pas possible de qualifier la gravité de l'infraction comme faible, et Naxoo ne peut être suivie sur ce point, 700 étant précisé que les considérations de Naxoo dans sa prise de position se basent sur une gravité d'infraction qui a depuis été requalifiée à la baisse dans la décision finale. 606. En conclusion, le montant de base s'élève ainsi à CHF [...]. C.2.3.1.2 Durée de l'infraction 607. Selon l'art. 4 OS LCart, si la pratique anticoncurrentielle a duré de un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire. 701 608. Dans ce cadre, la majoration tient du pouvoir d'appréciation de la COMCO, et dépend de la nature et teneur de la restriction à la concurrence ainsi que son impact au fil du temps. Dans sa jurisprudence récente en matière d'atteinte à la concurrence, le TAF est parti du principe qu'une atteinte qui dure plus de cinq années a en règle générale une incidence uniforme, respectivement périodique sur la ligne du temps. 702 Par conséquent dans de tels cas, une majoration linéaire de la sanction est indiquée. Cela correspond à une majoration par palier de 0.8333 % 703 par mois entamé, dès le moment où le comportement anticoncurrentiel est exercé. 609. En l'espèce, les faits (chronologiques) suivants peuvent être mis en évidence dans le cadre de l'examen de la durée de l'infraction :

- un jugement du Tribunal de première instance genevois du 14 janvier 2014 retient dans sa partie en fait que « Depuis le début de la commercialisation du système Supermédia en 2001, [Naxoo] a toujours refusé les propositions de collaboration de Gérardtronic qui

700 A 198, N 868 ss. 701 Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), pp. 3 s. 702 Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 690 consid. 755 ss, Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL (n'est pas encore en force). 703 Correspond à un douzième de 10 %.

- 130 -

souhaitait raccorder son système Supermédia au réseau du câble installé et exploité par [Naxoo] dans les immeubles situés en ville de Genève » ;704 - le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss) ; - le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité, Naxoo retirait son offre de relier au téléseu la Résidence [...] (N 280) ; - fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275) ; - malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,705 Naxoo a fait savoir les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, respectivement ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277) ; - le 7 mars 2014 et alors que l'intervention du Secrétariat durait depuis plus de 9 mois, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du téléseu en raison de l'absence de signature de sa CRI, respectivement de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279) ; - l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo a une teneur problématique depuis en tout cas décembre 2009, et cela jusqu'en juillet 2015 approximativement (N 251 ss) ; - Gérardtronic indique que depuis le 1er janvier 2016, elle n'aurait plus réalisé de recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI en Ville de Genève.706 La liste des installations Supermédia fournie par Gérardtronic mentionne quant à elle une dernière installation réalisée en 2013.707 610. Sur la base de ce qui précède, il est retenu que Naxoo a débuté son comportement illicite au plus tard dès début juin 2008. Quant à la fin de la période, il est retenu que le comportement illicite de Naxoo s'est étendu jusqu'à fin juin 2015, vu la nouvelle teneur de l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo approximativement dès juillet 2015.708 En résumé, il sera retenu que le comportement illicite de Naxoo a débuté en juin 2008, et qu'il s'est étendu jusqu'à juin 2015 y compris. Cela correspond à 7 années et 1 mois. Selon la pratique, le montant de base sera ainsi majoré de 70.83 %, soit à CHF [...].

C.2.3.1.3 Circonstances aggravantes et atténuantes 611. La dernière étape consiste à tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes au sens des art. 5 et 6 OS LCart, étant précisé que les différentes circonstances mentionnées par l'ordonnance ne sont pas exhaustives.709 a. Circonstances aggravantes 612. En présence de circonstances aggravantes, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré, notamment lorsque l'entreprise : a contrevenu de manière répétée à la LCart (let. a) ; a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé

704 A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 5. 705 A 2. 706 A 91, réponse B4. 707 A 91, annexe 4. 708 A 163, réponse 4. 709 CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 690), art. 49a LCart N 42 ; Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), pp. 4 ss.

- 131 -

selon une détermination objective (let. b) ; a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (let. c) (art. 5 al. 1 OS LCart). Contraventions répétées 613. Il y a contraventions répétées au sens de l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart premièrement lorsque les autorités de la concurrence ont déjà constaté à l'occasion d'une décision antérieure entrée en force une violation du droit des cartels par l'entreprise faisant l'objet de la nouvelle procédure, à savoir qu'il y a quasiment une « récidive ». Il y a également contraventions répétées si plusieurs comportements sont à juger ensemble dans le cadre d'une unique procédure – en d'autres termes s'il y a une pluralité d'actions.710 614. En l'espèce, la COMCO estime que Naxoo ne s'est pas rendue coupable

de plusieurs comportements différents au point où il faudrait retenir une circonstance aggravante. En particulier et contrairement à ce qui a été retenu dans l'affaire Sport im Pay-TV, le comportement de Naxoo ne pourrait pas être examiné dans le cadre de plusieurs procédures indépendantes, même si un comportement peut remplir plusieurs variantes d'infraction à l'art. 7 LCart (N 490).⁷¹¹ En effet, c'est principalement l'adoption de clauses contractuelles problématiques et la stricte mise en œuvre de celles-ci qui constituent le comportement problématique de Naxoo, sans que l'on puisse retenir par là une pluralité d'actions différentes au point de retenir une circonstance aggravante. Partant, aucune circonstance aggravante ne sera retenue à ce titre. Gain particulièrement élevé 615. Un « gain normal » obtenu grâce au comportement illicite est déjà inclus dans le montant de base. En revanche, si la rente cartellaire illicite est supérieure au gain normal, il doit en être tenu compte conformément aux art. 2 al. 1 et 5 al. 1 let. b OS LCart. Le cas échéant, le montant de la sanction doit être augmenté dans tous les cas de manière à ce qu'il dépasse le montant du gain illicite tiré de l'infraction.⁷¹² 616. L'enquête n'a pas démontré que Naxoo aurait réalisé un gain particulièrement élevé par le biais de l'infraction (voir aussi N 621 ss). Aucune augmentation de la sanction ne se justifie ainsi à ce titre. Refus de coopérer 617. Le refus de coopérer avec l'autorité ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent des circonstances aggravantes. Est notamment considéré comme une tentative d'obstruction particulièrement grave le fait de détruire des pièces à conviction.⁷¹³ 618. En l'espèce, Naxoo a coopéré avec les autorités de la concurrence dans la mesure de ce qu'il était permis d'attendre d'elle. Aucune circonstance aggravante ne peut ainsi être retenue à ce titre.

710 Voir DPC 2010/4, 763 N 412, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (n'est pas encore en force) ; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279), art. 49a LCart N 67. 711 Affaire Sport im Pay-TV (note 572), N 887 (n'est pas encore en force). 712 Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 5. 713 Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 5.

- 132 -

b. Circonstances atténuantes La cessation du comportement illicite 619. Le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du Secrétariat, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). 620. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'elle a confirmé à de réitérées reprises que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas, per se, un motif de résiliation de la CRI.⁷¹⁴ La COMCO relève toutefois que Naxoo n'a concrètement modifié la clause 9.4 de la CRI qu'en juillet 2015 (N 251 ss), soit plus de deux ans après la première intervention du Secrétariat le 31 mai 2013, ce à quoi s'ajoute que la nouvelle teneur laisse dans une certaine mesure la possibilité à Naxoo de déterminer si une IDI coaxiale est conforme à ses propres spécifications techniques (voir à ce sujet N 253). La modification de la CRI n'est ainsi concrètement intervenue qu'après l'ouverture de l'enquête préalable. Partant, aucune circonstance atténuante ne doit être retenue à ce titre (art. 6 al. 1 OS LCart). L'absence de profit 621. Pour les cas exceptionnels dans lesquels aucun profit n'a été obtenu, l'autorité de la concurrence peut en tenir compte en tant que circonstance atténuante, sur la base de l'art. 2 al. 1 LCart.⁷¹⁵ Toutefois, un gain particulièrement faible – par opposition au gain particulièrement élevé de l'art. 5 al. 1 let. b OS LCart – ne conduit pas à une réduction de la sanction, une telle réduction n'étant envisageable que si l'opération est « blanche », à savoir qu'elle n'a généré aucun profit.⁷¹⁶ 622. En l'espèce, la

COMCO retient que Naxoo a très vraisemblablement réalisé un gain relativement faible grâce à ses agissements, bien qu'il soit dans tous les cas difficile à chiffrer. Naxoo n'a ainsi vraisemblablement pas augmenté substantiellement ses profits grâce à ses agissements, mais a surtout nui au profit de tiers tout en consolidant ses parts de marché. En conséquence et à ce titre, la COMCO ne retient pas de circonstance atténuante. C.2.3.2 Sanction maximale 623. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Comme cela ressort notamment du Message du Conseil fédéral portant sur la LCart de 2003,717 on entend les trois derniers exercices clos avant l'adoption de la décision.718 Le chiffre d'affaires au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est calculé selon les critères du calcul du chiffre en matière de concentrations d'entreprises ; les art. 4 et 5 OCCE s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne représente pas le point de départ du calcul concret du montant de la sanction ; c'est bien plutôt à l'issue du calcul concret du montant de la sanction, à la lumière des autres critères mentionnés dans la LCart et l'OS LCart, qu'il convient de vérifier si le montant maximal de la sanction n'est pas dépassé (art. 7 OS LCart) ; le cas échéant, une réduction correspondante doit intervenir.

714 A 198, N 890, qui renvoie à l'A 52. 715 Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 1. 716 CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 690), art. 49a LCart N 55 ; DPC 2009/3, 196 N 134, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 717 Message 2001 (note 675), 1925. 718 Voir DPC 2011/1, 191 N 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (n'est pas encore en force) ; DPC 2016/2, 384 N 326, Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA) (n'est pas encore en force).

- 133 -

624. Dans le cas d'espèce, les exercices 2014, 2015 et 2016 sont pertinents. Naxoo a réalisé en Suisse les chiffres d'affaires suivants pour ces trois exercices : Chiffre d'affaires en CHF 2014 2015 2016 [...]719 [...]720 [...]721 Total pour les années 2014 à 2016 : CHF [...]

625. Il résulte des chiffres qui précèdent une sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart de CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. Il est constaté que la sanction maximale au sens des art. 49a al. 1 LCart et 7 OS LCart n'est pas dépassée par le montant de la sanction retenu, soit CHF [...]. C.2.3.3 Examen de la proportionnalité 626. Finalement et au regard du principe de proportionnalité, une sanction doit aussi être supportable pour l'entreprise concernée.722 627. En l'espèce, la sanction prononcée est supportable pour une entreprise qui considère elle-même que sa santé financière est bonne,723 ce à quoi s'ajoute que la sanction finale n'atteint pas le montant de la sanction maximale possible (N 625). C.2.4 Résultat 628. Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Naxoo pour un montant de base de [3] % : Montant de base (facteur [3] %) CHF [...] Majoration en raison de la durée + 70.83 % Résultat intermédiaire CHF [...] Circ. aggravantes / atténuantes - Résultat intermédiaire CHF [...] Proportionnalité - Sanction CHF [3'571'936.-]

629. En vertu des considérations qui précèdent et en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce ainsi que des circonstances aggravantes et atténuantes, la

719 A 189, p. 4. 720 A 189, comptes annexés. 721 A 189, comptes annexés. 722 Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.2, Gaba ; pour un examen détaillé, voir DPC 2009/3, 218 N 150 et les références citées, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 723 A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016.

- 134 -

COMCO retient qu'une sanction administrative d'un montant de CHF [3'571'936.-] est adaptée à la violation de l'art. 49a al. 1 LCart par Naxoo. 630. Cette sanction est mise à la charge de la société Naxoo SA.

- 135 -

D Frais 631. Selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart⁷²⁴, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. 632. La procédure d'enquête au sens des art. 27 ss LCart est assujettie aux émoluments, si l'établissement des faits conclut à l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, ou si les parties acquiescent. Il y a également acquiescement si une ou plusieurs entreprises – ayant déclenché une procédure en raison de leur comportement entravant potentiellement la concurrence – cessent le comportement incriminé et que la procédure prend fin car devenue sans objet.⁷²⁵ Dans le cas d'espèce, l'entreprise visée par l'enquête est en conséquence tenue de s'acquitter des émoluments. 633. Selon l'art. 4 OEmol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre CHF 100.- et CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument. 634. Sur la base des classes de salaire des employés chargés de l'affaire d'espèce, le tarif horaire varie entre CHF 130.- et CHF 290.-. Le temps consacré porte sur [1'262] heures. En conséquence, le montant des émoluments est de CHF [260'460.-]. 635. En l'espèce, la destinataire visée par l'enquête au sens du droit des cartels est Naxoo, raison pour laquelle les frais sont mis à sa charge.

⁷²⁴ Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (OEmol-LCart ; RS 251.2).
⁷²⁵ ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1 (= DPC 2002/3, 546 s.), BKW FMB Energie AG ; art. 3 al. 2 let. b et c OEmol-LCart a contrario.

- 136 -

E Résultat 636. Se fondant sur les faits de la cause et en vertu des considérants qui précèdent, la COMCO arrive à la conclusion que Naxoo détient une position dominante sur le marché suivant, au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 4 al. 2 LCart (section B.4.2) : - marché du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209 Imposition de conditions commerciales inéquitables (section B.4.3.4) 637. Il a été démontré que Naxoo a abusé de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Les conditions commerciales de Naxoo visaient à pousser les propriétaires d'immeubles à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers à Naxoo à accéder à l'IDI coaxiale. Ces impositions ou tentatives d'impositions ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris. Limitation des débouchés ou du développement technologique (section B.4.3.5) 638. L'examen a démontré que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en particulier par satellite. Ces limitations ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris. Mesures et frais (sections C et D) 639. Il

n'est pas ordonné de mesures à charge de Naxoo. 640. Une sanction administrative au sens de l'art. 49a al. 1 LCart d'un montant de CHF [3'571'936.-] est mise à la charge de Naxoo, qui doit également prendre en charge les frais de la procédure.

- 137 -

F Dispositif En vertu de l'état de fait et des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence :

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