



## Arrêt du 16 février 2021

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Christian Winiger, David Aschmann, juges,  
Julien Delaye, greffier.

---

Parties

**Naxoo SA**,  
représentée par Maître Hubert Orso Gilliéron, avocat,  
Froiep Legal SA,  
recourante,

contre

Pascal **Emery**,  
représenté par Maître Romain Jordan, avocat,  
Merk & Associés,  
intimé,

**Commission de la concurrence COMCO**,  
Hallwylstrasse 4, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Abus de position dominante - Sanction,  
Supermédia

**Faits :****A.**

**A.a** Naxoo SA (ci-après : la recourante), anciennement 022 Télégenève SA, est une société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but est d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications. Elle est détenue à hauteur de [...] % par la Ville de Genève et de [...] % par la société UPC Cablecom Holdings GmbH.

Elle n'est toutefois active que dans le service de base limité à la radio et à la télévision et n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à ces services (télé-réseau) ; le contenu radio-TV (programmes) est entièrement fourni par UPC Suisse Sàrl (ci-après : UPC). La recourante n'a en outre jamais fourni de services aux consommateurs dans le domaine d'Internet ou de la téléphonie, ces services étant toujours proposés par UPC. De même, elle ne fournit pas non plus de services à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique) aux consommateurs.

**A.b** Pascal Emery (ci-après : l'intimé) est titulaire de la raison individuelle Gérardtronic, Pascal Emery, laquelle a pour but les études, les recherches, les développements et les installations dans le domaine de la radiotechnique, les installations d'antennes de radio et de télévision et l'étude d'installations pour la réception et la distribution des programmes radio-TV et commerce en gros de matériel s'y rapportant. Les interlocuteurs de Gérardtronic sont ceux des télé-réseaux ou des systèmes comparables, soit des ingénieurs, électriciens, régies immobilières, architectes, entreprises générales, de la clientèle privée ou encore des installateurs radio-TV.

**B.**

Avant d'exposer plus en détails le déroulement de l'enquête et de la procédure en cours, il y a lieu de préciser quelques concepts techniques.

**B.a** Pour pouvoir bénéficier de services de télécommunications filaires, chaque unité d'habitation d'un immeuble doit être équipée de l'infrastructure nécessaire pour consommer de tels services. Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles équipent chaque unité d'habitation d'une ou plusieurs IDI (*installation de distribution d'immeubles* ; infrastructure

verticale). Il existe trois sortes d'IDI : l'IDI coaxiale, l'IDI cuivre et l'IDI fibre optique. Chaque IDI est ensuite reliée à un point d'entrée dans l'immeuble (*Building Entry Point, BEP*) situé généralement au sous-sol de l'immeuble, lui-même raccordé à une infrastructure collective (infrastructure horizontale) donnant accès au réseau. Ce raccordement se fait généralement par le biais d'une convention conclue entre le propriétaire de l'immeuble et le fournisseur d'accès au réseau, détenteur de l'infrastructure horizontale correspondante.

Chaque IDI ne peut, en principe, être raccordée qu'à un seul type d'infrastructure horizontale et ne permet donc l'accès qu'à un seul réseau filaire : l'IDI coaxiale est raccordée au télé-réseau, l'IDI cuivre au réseau DSL de Swisscom et l'IDI fibre optique au réseau du même nom. Cette restriction est due notamment à une différence entre la technologie utilisée pour transmettre les signaux : d'une part, la technologie Community Antenna Television CATV utilisée par le télé-réseau et, d'autre part, la technologie Internet Protocol Television IPTV utilisée par le réseau DSL de Swisscom et le réseau de fibre optique.

Il existe deux configurations possibles pour les IDI coaxiales : la configuration « en série » et la configuration « en étoile ». Dans une configuration « en série », les différentes unités d'habitation sont dépendantes les unes des autres et partagent toutes le même signal. Le seul moyen de bloquer le signal consiste à « plomber » la prise. La configuration « en étoile » permet de connecter ou de déconnecter chaque unité d'habitation de manière indépendante, depuis le local technique de l'immeuble, sans influencer les autres unités et sans devoir accéder à l'appartement.

L'IDI coaxiale possède un canal retour permettant le retour d'informations et l'interactivité pour les services de téléphonie, Internet, commande de vidéos à la carte, visiophonie, pilotage de fonctions, etc. Le canal retour offre ainsi une possibilité de communication entre le prestataire de services de télécommunications et le consommateur.

**B.b** Les consommateurs, qui résident dans les unités d'habitation, entrent en relation commerciale avec le prestataire de services de télécommunications de leurs choix, selon les infrastructures verticales disponibles dans l'unité d'habitation et raccordées par le propriétaire d'immeuble au réseau correspondant. Le prestataire de services de télécommunications peut également agir comme fournisseur d'accès au réseau s'il est le propriétaire de l'infrastructure horizontale. Il peut

cependant n'être qu'un opérateur dit « virtuel » et louer, à ce titre, l'accès au réseau correspondant au fournisseur d'accès.

**B.c** Traditionnellement, les prestataires de services de télécommunications offrent des services de base (télévision, radio, internet bas débit, etc.) et à valeur ajoutée (internet haut débit, télévision numérique interactive, etc.) dans le domaine de la radio/télévision, de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet. Dans l'industrie des télécommunications, on parle généralement de « triple play » lorsque ces trois services sont fournis dans le cadre d'un contrat unique ou de « dual play » lorsque seuls deux des trois services sont fournis. Chaque prestation peut également être fournie individuellement.

**B.d** Certains services de télécommunications peuvent également être captés via une plateforme satellite ou TNT (*Télévision numérique terrestre*).

**B.d.a** La réception satellitaire est possible de deux manières : par des paraboles individuelles, directement reliées sur l'appareil de réception du consommateur, ou par une parabole collective installée en toiture d'immeuble. Le signal est alors injecté dans l'IDI coaxiale et distribué dans les différentes unités d'habitation au moyen de cette dernière.

Il existe différentes possibilités d'installer, dans un immeuble, un système satellitaire collectif :

Configuration « A » :

Au niveau du local technique de l'immeuble, le signal du télé-réseau, d'une part, et le signal du satellite, d'autre part, sont mixés ensemble sur une IDI coaxiale unique. En d'autres termes, deux signaux différents sont mélangés sur un seul câble coaxial, distribué en étoile ou en série dans l'immeuble. Chaque consommateur peut alors disposer simultanément du télé-réseau et du satellite dans son appartement (cf. acte 208 réponses A1 et A2 du dossier de la Commission de la concurrence [ci-après : l'autorité inférieure ou la Comco] [ci-après : l'acte ou les actes]).

Configuration « B » :

Au niveau du local technique de l'immeuble avec distribution de l'IDI coaxiale en étoile, chaque câble coaxial partant dans chaque unité d'habitation peut être branché alternativement soit sur le télé-réseau, soit sur le satellite, mais non sur les deux en même temps. Il n'y a donc pas de mixage de deux signaux différents sur un seul câble coaxial. Chaque consommateur peut alors disposer alternativement soit du télé-réseau, soit du satellite dans son appartement, sans qu'il ne puisse lui-même passer du télé-réseau au satellite

et vice-versa. Le changement d'un système à l'autre est uniquement possible en intervenant dans le local technique de l'immeuble. La distribution de l'IDI coaxiale doit impérativement être en étoile pour cette configuration (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « C » :

Il y a deux IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. Le télé-réseau est distribué sur une des IDI coaxiales, et le satellite est distribué sur l'autre IDI coaxiale. Les signaux ne sont jamais mélangés, et les deux IDI coaxiales aboutissent séparément dans chaque appartement (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « D » :

Seul un système satellitaire collectif est distribué dans l'immeuble, qu'il n'y ait qu'une seule IDI coaxiale ou qu'il y ait plusieurs IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. L'immeuble n'est pas relié au télé-réseau, ou alors le télé-réseau n'est pas actif (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « E » :

Il s'agit d'une sorte de mélange entre les configurations A et C. Le mixage intervient dans un local technique au niveau de chaque appartement, et non pas au niveau de l'immeuble (cf. acte 208 réponses A1 et A2).

**B.d.b** La TNT porte sur la diffusion de signaux de télévision numérique par un réseau de réémetteurs hertziens terrestres. La TNT se limite à la télévision. Elle ne permet de capter que quatre chaînes de la Société suisse de radiodiffusion et télévision.

**B.e** L'intimé a développé le système Supermédia, qui permet le mixage de signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Le système Supermédia nécessite l'installation d'une antenne parabolique collective en toiture d'immeuble, reliée à une table de mixage située généralement au sous-sol, après le point d'injection du télé-réseau. Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque unité d'habitation via une IDI coaxiale unique sur une prise qui permet, en principe, à chaque occupant de recevoir et de choisir indistinctement entre les signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Le système repose ainsi sur une configuration de type « A » (cf. supra consid. B.d.a). Le système n'est pas compatible avec les IDI cuivre et fibre optique. L'intimé a toutefois indiqué [...] (cf. acte 91 réponse 6b).

**C.**

**C.a** Le 8 avril 2013, l'intimé a déposé auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : le secrétariat) une dénonciation

à l'encontre de la recourante. Il lui reprochait en substance une violation de l'art. 7 de la loi sur les cartels, dès lors qu'elle disposait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refusait de raccorder au télé-réseau les immeubles équipés du système Supermédia, ce qui aurait pour effet d'exclure l'intimé du marché en Ville de Genève.

**C.b** Après avoir mené une observation du marché concernant l'accès de l'intimé à la prise IDI coaxiale, puis une enquête préalable sur le marché de l'exploitation de la prise IDI coaxiale en Ville de Genève, le secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, le 30 mars 2016, une enquête dans le but d'établir si le comportement de la recourante constituait effectivement un abus de position dominante au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée à la recourante et, notamment, à l'intimé.

**C.c** L'enquête visait, d'une part, à déterminer si la recourante occupait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau dans sa zone de desserte – soit principalement la Ville de Genève –, c'est-à-dire si la recourante était en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles. Elle visait, d'autre part, à déterminer si la recourante abusait de cette position dominante en imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et à des sociétés tierces fournissant également des services de télécommunications – notamment satellitaires –, sans qu'il n'y ait de nécessités commerciales ou techniques. L'enquête devait examiner également si et dans quelle mesure la recourante intimidait directement ou indirectement les propriétaires d'immeubles avec des conséquences négatives s'ils devaient accepter, sur leurs IDI coaxiales, l'installation de services de télécommunications supplémentaires ou différents.

**C.d** Le 4 mai 2016, le secrétariat a admis, sur requête, l'intimé à participer à l'enquête en tant que tiers au sens de l'art. 43 al. 1 let. a de la loi sur les cartels.

**C.e** Le 20 juillet 2017, le secrétariat a communiqué notamment à la recourante et à l'intimé sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, qu'elle avait abusé de sa position dominante en refusant au moins indirectement d'entretenir des relations commerciales avec les propriétaires d'immeubles. La recourante aurait également 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. La recourante aurait enfin limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers.

**C.f** Le 14 septembre 2017, l'intimé a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 20 juillet 2017. La recourante a transmis les siennes le 16 octobre 2017. L'autorité inférieure a ensuite procédé à l'audition de la recourante et de l'intimé le 27 novembre 2017.

#### **D.**

**D.a** En date du 11 décembre 2017, l'autorité inférieure a rendu une décision condamnant la recourante, en application de l'art. 49a al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e de la loi sur les cartels, au paiement d'un montant de 3'571'936 francs et mettant à sa charge les frais de procédure d'un montant total de 260'460 francs.

**D.b** En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, qu'elle avait imposé des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale et qu'elle avait empêché ou entravé fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, en particulier par satellite. Elle a estimé que la recourante avait ainsi entravé l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice et que, partant, elle avait abusé de sa position dominante. L'autorité inférieure a ainsi estimé que les conditions d'application de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e étaient remplies.

**D.c** L'autorité inférieure a enfin retenu que le comportement illicite était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés sur les marchés pertinents durant les années 2014, 2015 et 2016 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à 3'571'936 francs, à savoir [...] % du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 70.83 %.

#### **E.**

**E.a** Le 14 mai 2018, la recourante a formé recours contre la décision du 11 décembre 2017. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision de l'autorité inférieure soit annulée. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants et, plus subsidiairement encore, à ce que le montant de la sanction infligée soit réduit. A l'appui de ses conclusions, elle invoque, en substance, une violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi qu'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents.

**E.b** A titre liminaire, la recourante considère que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour trancher un litige portant sur l'accès à des infrastructures de télécommunications, cette compétence relevant exclusivement de la Commission fédérale de la communication (ci-après : la ComCom). La recourante soutient tout d'abord que la loi sur les cartels ne s'appliquerait pas, dès lors que son comportement n'a pas eu le moindre effet sur la concurrence. Elle considère ensuite que la décision attaquée viole l'art. 4 al. 2 de la loi sur les cartels en tant que la définition du marché pertinent ne reposerait sur aucun élément concret. La recourante prétend encore que la convention de raccordement d'immeuble ne contiendrait aucune exclusivité empêchant des tiers d'offrir des services de télécommunications aux habitants d'un immeuble. Cette clause permettrait simplement à la recourante de résilier la convention lorsqu'une installation « *n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par la recourante* ». Elle relève que le dossier ne contiendrait aucun exemple d'une situation où le plaignant ou un tiers aurait été exclu d'un marché en raison des conditions commerciales contestées. Elle fait enfin valoir une série de motifs justificatifs, notamment le fait que le mixage du signal du télé-réseau avec celui du satellite perturberait la voie de retour et rendrait impossible la prestation de services interactifs.

**E.c** S'agissant de la sanction, elle estime qu'il n'est pas établi dans la décision attaquée qu'un comportement illicite lui serait imputable. Ce faisant, elle rappelle que ses conditions commerciales n'ont été en vigueur qu'à compter de décembre 2009, et non depuis juin 2008. Elle souligne que la Comco ne peut tenir compte du chiffre d'affaires réalisé en relation avec la vente d'abonnements à des services multimédias dans la mesure où elle a limité le marché pertinent au raccordement des immeubles. Au surplus, elle souligne que le montant mensuel de [...] francs retenu par l'autorité inférieure n'est valable que pour les années 2015 et 2016. En 2014, le montant n'était que de [...] francs. Partant, il y aurait lieu de modifier le calcul du montant de base sur ce point. De même, l'autorité



inférieure se serait fondée sur un chiffre d'affaires théorique et n'aurait pas tenu compte de ce que la recourante procédait à des rabais pour paiement anticipé, octroyés à ses clients. L'autorité inférieure ne tiendrait, au surplus, pas compte de la volonté de dialogue affichée par la recourante et du fait que la seule présence d'une installation tierce sur l'IDI coaxiale ne représentait pas, *per se*, un cas de résiliation du raccordement au télé-réseau.

#### **F.**

Le 28 juin 2018, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle y conclut au rejet de celui-ci, sous suite de frais. A titre liminaire, elle rappelle qu'elle n'est pas intervenue pour décider d'un litige relevant de l'accès à des infrastructures de télécommunications entre deux prestataires de services, mais en application de la loi sur les cartels. Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle rejette ensuite les griefs formulés par la recourante quant à l'illicéité de son comportement. Elle rappelle que la recourante a mis en place un écosystème réglementaire lui permettant d'exiger que l'IDI coaxiale réponde à ses propres spécifications techniques et lui permettant de résilier l'accès à ses services lorsque l'IDI coaxiale n'est pas utilisée exclusivement pour ceux-ci. Elle considère enfin avoir démontré l'existence d'un comportement illicite imputable à la recourante et avoir correctement établi le montant de la sanction.

#### **G.**

En date du 26 juillet 2018, l'intimé a requis que sa qualité de partie soit reconnue dans la présente procédure et qu'il soit invité à se déterminer sur le recours. Par écritures du 14 septembre 2018, la recourante a conclu au rejet de la requête de l'intimé.

Par décision incidente du 29 juillet 2019, le Tribunal administratif fédéral a admis la requête de l'intimé tendant à ce que sa qualité de partie soit reconnue.

#### **H.**

Par mémoire de réponse du 18 novembre 2019, l'intimé a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. Il rappelle que son système Supermédia repose sur le concept d'une utilisation simultanée de l'installation intérieure des immeubles en mixant le signal du télé-réseau avec le signal du satellite sur une seule IDI coaxiale. Ce système n'aurait jamais connu un seul problème technique de compatibilité ou d'interférence. Il souligne que les arguments de la recourante relative à la

compétence de l'autorité inférieure seraient tardifs et que la loi sur les télécommunications ne trouverait pas application en l'espèce. Il réfute que les conditions commerciales de la recourante n'aient déployé aucun effet, dès lors qu'elles visaient justement à empêcher l'accès à l'IDI coaxiale par des tiers. Il rappelle que le raccordement au télé-réseau n'est pas substituable aux prestations fournies par les IDI cuivre ou fibre optique et que l'autorité inférieure a correctement délimité le marché pertinent et constaté l'existence d'une position dominante de la recourante sur ce marché. Il relève que l'exclusion de tout accès aux installations intérieures affecte la concurrence sur les différents marchés et que l'enquête a démontré que les propriétaires se trouvaient contraints d'accepter les conditions commerciales de la recourante. A titre subsidiaire, il invoque la violation de l'art. 7 al. 2 let. a de la loi sur les cartels et considère que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, il n'existait pas de doute raisonnable quant au refus d'entretenir des relations commerciales. A l'appui de ses griefs, il sollicite la mise en place d'une expertise visant à démontrer que son système n'avait jamais connu de problème de compatibilité ou d'interférence avec le télé-réseau.

#### **I.**

Par requête du 20 janvier 2020, la recourante a conclu d'abord à l'irrecevabilité partielle de la réponse de l'intimé, au motif qu'elle comportait une partie « contexte » qui ne correspondait ni à une partie en fait, ni à une partie en droit. Le Tribunal administratif fédéral l'a rejeté par décision incidente du 29 janvier 2020.

#### **J.**

Le 28 février 2020, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 14 mai 2018, ainsi que les griefs formulés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur la partie « contexte », qui ne relèverait, dans une lecture systématique et littérale du texte, ni des faits, ni du droit. Elle relève que la réponse de l'autorité inférieure, tout comme la décision attaquée, présenterait une version partielle des faits et du droit, représentant ainsi « *un parfait exemple d'instruction à charge, loin de la maxime d'office et inquisitoire* ». Elle se plaint de ce que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de l'importance, pour la recourante, d'être en mesure d'acheminer un signal de qualité à ses abonnés, de celle de l'entretien des installations, de celle de la responsabilité en cas de perturbation des signaux et de celle du partage des coûts d'une installation qu'elle a financée. Elle se réfère à l'expertise privée produite dans le cadre de la procédure de première instance, laquelle démontrerait que le système Supermédia serait

incompatible avec l'offre de services « triple play » de la recourante. Elle propose l'audition de l'expert privé ayant procédé aux analyses techniques produites. Elle rejette au surplus l'argument de l'intimé selon lequel l'art. 7 al. 2 let. a de la loi sur les cartels serait applicable à titre subsidiaire et renvoie, en substance, aux griefs déjà formulés dans son recours.

#### **K.**

Par duplique du 29 avril 2020, l'autorité inférieure a maintenu l'ensemble de ses conclusions. Elle rappelle que l'art. 7 de la loi sur les cartels porte sur l'entrave d'entreprises dans l'accès à la concurrence ou à son exercice, ce qui ne signifierait pas encore que ces entreprises doivent avoir été totalement empêchées d'accéder à la concurrence ou à son exercice. En effet, il suffirait que les pratiques d'entrave limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises. La volonté de l'entreprise dominante de freiner la concurrence suffirait. Elle rappelle que les éléments de l'art. 7 al. 2 de la loi sur les cartels doivent être considérés comme des infractions de mise en danger, de sorte que l'examen et la preuve de conséquences ou d'effets négatifs concrets sur le marché ne sont pas nécessaires pour retenir l'illicéité du comportement. Il suffirait que le comportement puisse avoir des effets négatifs. Elle précise que la question de savoir si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour dans le cas de l'installation d'un système satellitaire collectif avec mixage, au niveau du local technique de l'immeuble, du signal du téléseuil et du signal du satellite sur une IDI coaxiale unique n'est pas décisive, puisqu'une telle incompatibilité ne serait problématique que pour un tiers des immeubles en Ville de Genève, lesquels sont configurés en série et non en étoile. La configuration en étoile permettant aux signaux de la recourante de parvenir aux usagers de manière indépendante, le choix d'un usager de consommer du satellite n'affecterait pas les autres usagers désireux de consommer les offres de la recourante. Ainsi, la portée des clauses commerciales illicites de la convention de raccordement d'immeuble dépasserait largement le principe de nécessité et de proportionnalité. Au surplus, elle persiste et complète les griefs développés dans la décision attaquée et dans sa réponse.

#### **L.**

Par duplique du 15 mai 2020, l'intimé a persisté dans l'ensemble de ses conclusions et appuie de manière générale les considérants de la décision attaquée. Il souligne que le système Supermédia ne perturbe pas le canal retour et réitère les griefs déjà formulés dans sa réponse.

**M.**

Par écritures du 7 juillet 2020, la recourante a fait part de ses observations sur la duplique de l'autorité inférieure. Confirmant les conclusions de son recours, elle y indique maintenir les griefs formés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur la partie « contexte » et regrette que l'instruction de la cause par l'autorité inférieure relève d'une instruction à charge, doublée d'un parti pris à son égard. Elle souligne à cet égard les nombreuses affirmations infondées de l'autorité inférieure. Elle rappelle également que le dossier comporte suffisamment d'éléments démontrant les perturbations causées par la cohabitation de ses services « triple play » avec le système Supermédia et que l'intimé a modifié la configuration de ses installations en 2016 pour tenir compte de ces problèmes. Elle réitère enfin les griefs déjà formulés dans ses précédentes écritures.

**N.**

Par courrier du 31 août 2020, l'autorité inférieure a maintenu en substance les conclusions et griefs formulés dans ses précédentes écritures.

**O.**

Par courrier du 9 septembre 2020, l'intimé a maintenu les conclusions et griefs formulés dans ses précédentes écritures, précisant au surplus qu'UPC et l'entreprise [...] avait récemment procédé à la mise en service du système Supermédia dans plusieurs immeubles de la commune de Lancy.

**P.**

Par déterminations du 28 septembre 2020, la recourante conteste la position de l'autorité inférieure et la pertinence de l'expérience avec l'entreprise [...]. Elle persiste au surplus dans les griefs et conclusions formulés dans ses précédentes écritures.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

**Droit :****1.**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

## **2.**

Dans sa réponse au recours du 18 novembre 2019, l'intimé fait valoir que certains griefs soulevés par la recourante (not. ch. 118 de la réponse de l'intimé) ne seraient pas suffisamment étayés. Il conteste ainsi implicitement leur recevabilité.

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). Les parties devant motiver leur recours et collaborer à l'établissement des faits, il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non-invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; arrêt du TAF B-1845/2015 du 7 mars 2016 consid. 2). Il n'est pas non plus lié par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3<sup>e</sup> éd. 2011, p. 300 s. n° 2.2.6.5). Il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été allégués, ou confirmer la décision attaquée quant à son résultat avec une autre motivation que celle adoptée par l'instance inférieure (substitution de motifs ; cf. ATAF 2007/41 consid. 2).

En l'occurrence, la recourante soulève et discute les différents griefs sur lesquels elle fonde son recours. Elle expose ses arguments juridiques et discute de l'établissement des faits. Au surplus, comme le relève à juste titre l'intimé dans son mémoire de réponse (ch. 121), le principe de l'application du droit d'office prévaut en procédure administrative. On ne saisit dès lors pas en quoi il y aurait lieu de remettre en cause la recevabilité de certains griefs soulevés par la recourante.

## **3.**

Dans sa réplique, puis dans ses observations ultérieures, la recourante a maintenu les griefs formés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur sa partie « contexte ».

Par requête du 20 janvier 2020, la recourante avait en effet conclu à l'irrecevabilité partielle de la réponse de l'intimé du 18 novembre 2019, au

motif que cette dernière comportait une partie « contexte » qui ne correspondrait ni à une partie en fait, ni à une partie en droit et qu'elle ne ferait que relater des déclarations unilatérales ou des renvois vagues et génériques à la décision attaquée.

Le Tribunal a toutefois rejeté la requête de la recourante par décision incidente du 29 janvier 2020.

**3.1** Si le recours n'est pas d'emblée irrecevable ou infondé, l'autorité de recours en donne connaissance sans délai à l'autorité qui a pris la décision attaquée et, le cas échéant, aux parties adverses du recourant ou à d'autres intéressés, en leur impartissant un délai pour présenter leur réponse ; elle invite en même temps l'autorité inférieure à produire son dossier (art. 57 al. 1 PA).

Le mémoire de recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire ; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains (art. 52 al. 1 PA). S'agissant du mémoire de réponse, la loi sur la procédure administrative ne contient aucune indication quant à son contenu ou à sa forme, de sorte qu'il y a lieu d'y appliquer par analogie l'art. 52 al. 1 PA. L'autorité inférieure et, le cas échéant, les parties adverses peuvent y détailler leurs arguments factuels et juridiques et formuler leurs propres observations et offres de preuve. Elles sont toutefois liées par l'objet du litige et ne peuvent l'étendre (cf. FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS, VwVG Praxiskommentar, 2<sup>e</sup> éd. 2016, art. 57 PA p. 1192 s. N 20).

En l'espèce, la réponse du 18 novembre 2019 de l'intimé indique notamment ses conclusions, répond aux arguments de droit et de fait de la recourante et expose les observations et déclarations de l'intimé. S'il est vrai qu'elle comporte une partie « contexte », une partie « faits » et une partie « droit », il n'en demeure pas moins qu'elle expose avec une clarté suffisante les arguments de fait et de droit de l'intimé. Au surplus, il y a lieu de relever que les propos de la recourante selon lesquels il ne s'agirait que de « *déclarations unilatérales ou [de] renvois vagues et génériques à la décision de [l'autorité inférieure] [...] sans aucune systématique dans l'existence ou l'offre de preuve* » constituent déjà une forme de déterminations.

La recourante a d'ailleurs transmis sa réplique dans laquelle elle répond notamment en détail aux arguments de faits et de droit avancés par

l'intimé. On ne saisit dès lors pas en quoi la réponse du 28 novembre 2019 de l'intimé ne satisfait pas aux exigences de forme et de contenu de la procédure administrative.

**3.2** Par surabondance, d'un point de vue systématique, il y a lieu de relever que l'art. 221 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272), qui impose des exigences plus élevées que l'art. 52 al. 1 PA, ne précise pas strictement et de manière générale quelle forme particulière devraient revêtir les allégations de fait et les offres de preuve des parties (cf. arrêt du TF 5A\_213/2015 du 11 décembre 2017 consid. 4.1.3.5). Ainsi, l'art. 221 CPC ne prévoit pas un nombre maximal de mots ou de phrases par allégation, pas plus qu'il ne précise que chaque allégué devrait contenir un seul fait ou que les faits devraient impérativement être rangés en phrases numérotées (cf. arrêt 5A\_213/2015 précité consid. 4.1.3.5). On ne saisit ainsi pas en quoi les exigences évoquées par la recourante – qui dépassent *a priori* déjà le cadre fixé par l'art. 221 CPC – devraient s'appliquer dans une procédure administrative moins formaliste que la procédure civile.

**3.3** Au surplus, la recourante ne développe pas en quoi il y aurait lieu de modifier la décision incidente du 29 janvier 2020. Il peut donc y être renvoyé pour le surplus.

Mal fondé, le grief doit, sans autres, être rejeté.

#### **4.**

La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) – partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) – a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

**4.1** Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) (art. 4 al. 2 LCart). Sont en particulier réputés illicites (art. 7 al. 2 LCart), le refus d'entretenir

des relations commerciales (let. a), la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (let. b), le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (let. c), la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé (let. d), la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (let. e) ou le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (let. f). L'entreprise qui se livre notamment à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

**4.2** Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1<sup>re</sup> phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1<sup>re</sup> phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1<sup>re</sup> phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1<sup>re</sup> phrase LCart).



**4.3** Dans sa décision du 11 décembre 2017, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de 3'571'936 francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du raccordement au téléréseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209 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, ainsi qu'en limitant les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers. En substance, elle a considéré que les conditions commerciales de la recourante 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 accéder à l'IDI coaxiale. Ce faisant, la recourante aurait empêché ou fortement entravé certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, en particulier par satellite.

La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 7 LCart en particulier, dès lors que ses conditions commerciales n'auraient pas entravé l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice et n'auraient pas désavantager ses partenaires commerciaux.

## **5.**

A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

**5.1** Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises.

**5.1.1** Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 *Swisscom ADSL* du 14

septembre 2015 consid. 27 et B-2977/2007 *Publigroupe* du 27 avril 2010 consid. 4.1).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante est une société anonyme ayant son siège à Genève et dont le but est d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications. Elle est détenue à hauteur de [...] % par la Ville de Genève et à [...] % par la société UPC Cablecom Holdings GmbH.

Lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres, que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 *SIX Group* du 18 décembre 2018 consid. 39 ss [arrêt attaqué devant le TF], B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 29 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 4.1 ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 2 LCart n° 30-35 ; JENS LEHNE, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 LCart n° 27-29 ; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En l'espèce, la participation à hauteur de [...] % de la société UPC Cablecom Holdings GmbH ne suffit pas à créer un contrôle effectif de cette dernière par le groupe.

Au surplus, la loi sur les cartels tend à ce que les activités économiques étatiques soient aussi soumises aux règles de la concurrence (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.2.5 ; ég. Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [ci-après : Message LCart 1995], FF 1995 I 472, p.534 s.). Elle s'applique ainsi tant aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public (ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.2.5) En l'espèce, la participation de la Ville de Genève dans le capital-actions de la recourante ne change donc rien.

Il s'ensuit que la recourante constitue une entité indépendante aux yeux de la loi sur les cartels, ce que personne ne conteste.

**5.1.2** La loi sur les cartels s'applique aux entreprises qui sont puissantes sur le marché, qui participent à un accord en matière de concurrence ou à une concentration d'entreprise (art. 2 al. 1 LCart). Ces deux dernières variantes ne s'appliquent pas. L'enquête portait en effet sur l'existence d'un abus de position dominante de la recourante en lien avec l'imposition de conditions commerciales inéquitables et la limitation des débouchés et du développement technologique.

La recourante se plaint de ce que la situation échapperait au champ d'application de la loi sur les cartels. Elle fait valoir qu'il n'existerait pas de technologie comparable à celle de l'intimée en Suisse, de sorte qu'aucun acteur du marché ne pourrait en théorie être affecté par ses conditions commerciales, que la technologie de l'intimé serait confidentielle aussi bien au niveau régional que Suisse, que ses conditions commerciales ne limiteraient pas la possibilité pour des concurrents de raccorder des immeubles ou de prêter leurs services aux habitants des immeubles et que ses conditions ne portent que sur une fraction infime de l'ensemble des immeubles établis sur le territoire genevois ou suisse. En d'autres termes, elle fait valoir qu'elle n'est pas puissante sur le marché.

A ce stade, il s'agit uniquement de vérifier si la recourante est puissante sur le marché au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. La loi sur les cartels ne contient aucune précision sur cette notion. Le terme n'est pas non plus utilisé à l'art. 7 LCart. Cette disposition ne se réfère en effet pas à la notion de puissance sur le marché, mais à celle de position dominante, qui est, à son tour, précisée à l'art. 4 al. 2 LCart.

La version allemande de l'art. 2 al. 1 LCart se réfère, quant à elle, à la notion d'entreprises « [...], die [...] *Marktmacht ausüben* [...] », que l'on pourrait traduire plus justement par entreprises « *qui exercent un pouvoir de marché* ». La notion de puissance sur le marché de la version française se rapproche ainsi nettement plus de la notion de position dominante de l'art. 4 al. 2 LCart que la simple notion d'exercice d'un pouvoir de marché que l'on retrouve dans le texte allemand et qui ne fait pas – ou peu – référence à un aspect quantitatif. La version italienne « *impresa di [...] dominato il mercato* » n'est, quant à elle, d'aucun secours, dès lors qu'elle renvoie directement à la notion de position dominante de l'art. 4 al. 2 LCart. Force est ainsi de constater que les trois versions linguistiques divergent substantiellement quant au degré d'influence sur le marché requis par l'art. 2 al. 1 LCart.

La doctrine se réfère parfois à la notion d'influence significative sur le marché, qu'elle situe entre une influence normale sur le marché – que pratiquement tous les entreprises détiennent – et une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart (cf. LEHNE, op. cit., art. 2 LCart n° 34 ; BERNHARD RUBIN/ MATTHIAS COURVOISIER, Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 2 LCart n° 26 ; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2e éd. 2005, n° 251, ci-après : Kartellrecht).

Toutefois, l'existence d'une position dominante est une condition préalable au comportement illicite visé à l'art. 7 LCart. Elle nécessite la délimitation du marché pertinent, laquelle ne peut être effectuée que sur la base d'une analyse approfondie de la situation sur le marché. Même les petites entreprises peuvent, avec les biens ou services qu'elles produisent ou distribuent, détenir une position dominante sur un marché de niche. Lors de l'ouverture de l'enquête préalable, il est généralement exclu que le secrétariat ait déjà une connaissance suffisante du marché en cause et de la position de l'entreprise concernée sur ce marché. La délimitation du marché pertinent fait ainsi déjà partie de la procédure d'enquête au sens large et ne constitue pas une mesure qui la précède.

Il suit de là que, contrairement aux textes français et italien de l'art. 2 al. 1 LCart, aucun critère quantitatif spécifique ne peut être retenu au stade de l'examen du champ d'application matériel de la loi (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 34). Cette façon de faire est conforme au demeurant à l'intention du législateur d'assurer l'application la plus large possible de la loi sur les cartels, afin de fournir un cadre d'examen uniforme à tous les acteurs du marché et pour toutes les formes de comportement économique (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 534). De simples indices d'un éventuel comportement anticoncurrentiel, fondés sur une évaluation sommaire, suffisent pour que les autorités de la concurrence ouvrent et mènent une enquête. En effet, la clarification de l'état de fait nécessaire à la réalisation des conditions d'une infraction relève précisément de l'objet de l'enquête (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 21).

Il suffit de là que la notion d'entreprises « puissantes sur le marché » de l'art. 2 al. 1 LCart constitue tout au plus une clause bagatelle, dont l'aspect quantitatif est présumé donné, dès lors que l'autorité de la concurrence décide d'ouvrir une enquête visant à établir si le comportement de l'entreprise en cause constitue une restriction à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

La recourante perd ainsi de vue que les arguments qu'elle avance ont trait au degré de l'influence qu'elle est susceptible d'exercer sur le marché. Ils relèvent donc de l'examen des conditions d'application des art. 4 al. 2 et 7 LCart. Elle renvoie d'ailleurs, dans son mémoire de recours, à ses observations sur l'art. 7 LCart pour motiver ce grief. Il y sera donc revenu ultérieurement.

Ainsi, dès lors que l'autorité inférieure prétend que la recourante aurait abusé de sa position dominante en imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et en limitant ainsi les débouchés et le développement technologique, il y a lieu d'admettre qu'elle exerce un certain pouvoir de marché au sens de l'art. 2 al. 1 LCart.

**5.1.3** Enfin, la loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart ; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p.535 s). En l'occurrence, le comportement litigieux déploie ses effets en Suisse ; la recourante ne le conteste pas.

**5.2** Il suit de là que les conditions d'application personnelles, matérielles et locales de la loi sur les cartels sont remplies.

## **6.**

La recourante se plaint, à titre liminaire, de ce que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour statuer sur la plainte de l'intimé et pour rendre une décision dans le cas d'espèce.

**6.1** La recourante fait valoir que la ComCom détiendrait une compétence exclusive pour décider d'éventuels litiges portant sur les modalités d'accès aux infrastructures de télécommunications. En ce sens, elle estime que les art. 11 et 11a de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) seraient des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

L'autorité inférieure rappelle que l'objet du litige ne porte pas sur l'accès à des infrastructures de télécommunications (infrastructure horizontale) s'agissant d'un prestataire de services spécifique, comme le laisserait penser la recourante, mais qu'il porte sur les pratiques abusives de la recourante, à savoir l'imposition de conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et les limitations aux débouchés et au développement technologique que cela implique. Elle souligne que la loi sur les télécommunications ne fonde pas une réglementation étatique et

autonome du marché ou des prix, mais qu'elle constitue une réglementation sectorielle qui présuppose et complète d'autres réglementations générales de l'ordre économique, telles que la loi sur les cartels. Elle relève ainsi que la loi sur les cartels s'appliquerait parallèlement à la loi sur les télécommunications, de sorte que cette dernière ne constituerait pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart.

L'intimé se plaint de ce que le grief avancé par la recourante serait tardif. Il importerait en effet que les contestations relatives à la composition et à la compétence des autorités soient définitivement tranchées aussitôt que possible pour permettre la poursuite de la procédure. Dans tous les cas, le grief serait infondé, dès lors qu'il serait largement admis que la loi sur les télécommunications ne ferait pas obstacle à l'application de la loi sur les cartels. Enfin, cette loi ne s'appliquerait dans tous les cas pas au cas d'espèce.

**6.2** Selon l'art. 3 al. 1 LCart, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

**6.2.1** Lors de la révision de la loi sur les cartels de 1995, le législateur a plaidé pour une application restrictive de la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 537). Cette volonté est par ailleurs conforme aux fondements constitutionnels de l'économie (art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.) ; une exclusion d'un domaine de la concurrence n'est ainsi admissible que sur la base d'une législation claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, la loi sur les cartels s'applique tant que demeure un peu de libre concurrence. Par conséquent, les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart sont celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné ; tel est le cas lorsqu'un ou plusieurs paramètres économiques essentiels sont limités de manière si substantielle qu'il ne reste plus qu'une place insignifiante pour la libre concurrence (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.3 ; ATF 141 II 66 *Hors-Liste-Medikamente* consid. 2.2.3). Une prescription réservée peut émaner non seulement d'une autorité fédérale, mais encore d'une autorité cantonale, voire communale ; encore faut-il, dans ce cas, que la réglementation en cause relève de la compétence du canton ou de la commune et ne soit pas contraire au droit supérieur ; elle doit en

particulier être conforme à la liberté économique (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst., ainsi que l'art. 94 al. 4 Cst. ; cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.3.4). Le remplacement de la concurrence par un régime de marché ou de prix n'est pas la seule possibilité dont dispose le législateur pour intervenir au niveau économique. Il peut conférer des droits spéciaux à des entreprises de droit public ou de droit privé chargées de l'exécution de tâches publiques (art. 3 al. 1 let. b LCart ; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 539 s.). La disposition ne signifie toutefois pas que le secteur dans lequel la concurrence est partiellement neutralisée échappe entièrement à la loi sur les cartels. Les entreprises concernées doivent donc se conformer aux principes de la concurrence dans la mesure où leur domaine d'exception n'est pas concerné (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 540).

**6.2.2** En l'occurrence, la loi sur les télécommunications a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunications variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international (art. 1 al. 1 LTC). A cet effet, elle doit en particulier permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunications (art. 1 al. 2 let. c LTC). La loi sur les télécommunications ne fonde toutefois pas une réglementation étatique et autonome du marché ou des prix. Elle constitue uniquement une réglementation sectorielle qui présuppose et complète d'autres réglementations générales et sectorielles de l'ordre économique (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 3.4 ; arrêt du TF 2A.503/2000 et 2A.505/2000 [causes jointes] *Commcare II* du 3 octobre 2001 consid. 6c ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 39). La loi sur les cartels et la loi sur les télécommunications sont donc fondamentalement d'importance égale, raison pour laquelle l'application de la loi sur les cartels dans le domaine des télécommunications n'est pas exclue en soi (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 39).

**6.2.3** Selon l'art. 11 al. 1 LTC, les fournisseurs de services de télécommunications occupant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir aux autres fournisseurs, à des conditions transparentes et non discriminatoires et à des prix orientés en fonction des coûts, l'accès à leurs ressources et à leurs services. Il n'y a toutefois pas d'obligation de garantir l'accès en matière de diffusion de programmes de radio et de télévision (art. 11 al. 4 LTC). Si les fournisseurs n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la ComCom, à la demande de l'une des parties, fixe les conditions de l'accès sur proposition de l'office (art. 11a al. 1 1<sup>re</sup> phrase LTC).

En l'espèce, la recourante est inscrite depuis le 1er avril 2007 auprès de l'Office fédéral de la communication OFCOM (ci-après : l'OFCOM) en tant que fournisseur de services de télécommunications. Il suit de là qu'un fournisseur de service qui se verrait refuser par la recourante l'accès à une infrastructure visée par la loi sur les télécommunications pourrait, *a priori*, saisir la ComCom en application de l'art. 11a LTC. Toutefois, le comportement reproché à la recourante ne consiste, en tout état de cause, pas dans le refus de l'accès aux infrastructures ou dans l'imposition de conditions commerciales à un autre fournisseur de services de télécommunications, mais aux propriétaires d'immeubles.

**6.2.4** Au surplus, la ComCom veille à ce que le service universel soit assuré pour l'ensemble de la population et dans tout le pays. A cet effet, elle octroie périodiquement une ou plusieurs concessions relatives (art. 14 a. 1 LTC). En l'espèce, durant la période de l'enquête, Swisscom a été désignée comme concessionnaire du service universel, de sorte que la recourante ne saurait en tirer quelques droits spéciaux (cf. <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/informations-de-l-ofcom/communiqués-de-presse.msg-id-13239.html>, consulté le 6 avril 2020).

**6.2.5** C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure relève que son intervention reposait sur l'existence d'indices quant à l'existence de pratiques contraires à l'art. 7 LCart et ne portait pas sur un litige individuel entre la recourante et l'intimé portant sur les modalités d'accès à des infrastructures de télécommunications ; la décision attaquée n'impose, par ailleurs, aucune mesure à la recourante portant sur un tel accès.

Il suit de là que les art. 11 et 11a LTC n'excluent pas la compétence de l'autorité inférieure dans le domaine des télécommunications et encore moins dans le cas d'espèce et ne constituent donc pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart. Au surplus, la recourante ne s'est vu octroyée aucun droit spécial au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LCart.

Point n'est donc besoin d'examiner si le grief formulé par la recourante serait tardif.

Un tel constat ne dit encore rien de la prise en compte dans l'interprétation des dispositions de la loi sur les cartels des exigences spécifiques de la loi sur les télécommunications (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 40), laquelle devra être examinée sous l'angle de l'art. 7 LCart.



Mal fondé, le grief doit être rejeté.

## 7.

La recourante invoque plusieurs griefs formels qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Elle se plaint en particulier d'une violation de son droit d'être entendu (cf. consid. 7.1) et fait grief à l'autorité inférieure d'avoir violé la maxime inquisitoire (cf. consid. 7.2) ainsi que la maxime d'office (cf. consid. 7.3).

**7.1** La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Elle allègue que la décision n'est pas suffisamment motivée et qu'elle laisse ouvert des points essentiels s'agissant de la définition du marché pertinent et de l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle. Elle en déduit n'avoir pas pu saisir l'objet des griefs formés par l'autorité inférieure.

**7.1.1** Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 6.1 ; arrêts du TAF B-506/2010 *Gaba* du 19 décembre 2013 consid. 4 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>e</sup> éd. 2013 n° 488 ss).

Il comporte aussi l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6 et 134 I 83 consid. 4.1). L'autorité n'est toutefois ni tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 143 III 65 consid. 5.2, 136 I 229 consid. 5.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond.

Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., n° 548).

**7.1.2** En tant que la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu en lien avec la délimitation du marché pertinent et l'examen de la concurrence actuelle et potentielle, elle se limite à l'affirmer, mais ne motive pas en quoi elle n'a pas pu comprendre et contester utilement la décision attaquée.

Or, de manière générale, la décision du 11 décembre 2017 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. Enfin, l'autorité inférieure discute largement des motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision. On ne saisit dès lors pas en quoi la recourante n'aurait pas pu se rendre compte de la portée de la décision et l'attaquer en connaissance de cause, ce qu'attestent par ailleurs les différents griefs soulevés par cette dernière dans ses différentes écritures.

Dans ces conditions, il n'incombe pas au tribunal, en présence de critiques purement appellatoires, d'examiner plus avant ce grief formel (cf. PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in : Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2<sup>e</sup> éd. 2016, art. 12 PA n° 59).

Sur ce point, il ne peut ainsi pas être reproché à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit d'être entendu de la recourante.

**7.2** La recourante s'en prend encore à la façon dont l'autorité inférieure a mené l'instruction, en soutenant que cette dernière n'aurait pas constaté les faits d'office et aurait substitué son pouvoir d'appréciation à l'établissement des faits. Elle se plaint enfin d'une violation de la maxime d'office.

**7.2.1** A cet égard, il y a lieu de préciser que la procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités

compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier (cf. arrêt du TAF B-4014/2013 *Servidis* du 30 octobre 2019 consid. 4.4.1).

La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 186 ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n° 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés. Ainsi, la maxime inquisitoire ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître (cf. arrêt B-4014/2013 *Servidis* précité consid. 4.4.1).

En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du TF 1C\_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1).

**7.2.2** En l'espèce, l'autorité inférieure et le secrétariat ont recueilli d'office dans le cadre de l'enquête préalable menée du 29 janvier 2015 au 20 janvier 2016 et après l'ouverture de l'enquête, des informations auprès des principaux fournisseurs de services de télécommunications actifs en Ville de Genève et auprès de nombreuses régies immobilières, représentant les propriétaires d'immeubles.

En particulier, le secrétariat a envoyé le 22 avril 2016 des questionnaires à sept fournisseurs de services de télécommunications, portant sur la situation concurrentielle sur le marché du télé-réseau en région genevoise ainsi que sur le marché de l'exploitation de l'IDI coaxiale située en aval. Il a encore envoyé, le 30 juin 2016, des questionnaires à 23 régies immobilières genevoises et personnes responsables d'immeubles dotés du système Supermédia ou ayant installé le système Supermédia. Ces questionnaires portaient notamment sur ledit système et l'accès des

immeubles concernés aux différentes infrastructures et aux différents services multimédias. Le 13 juillet 2016, le secrétariat a envoyé des questionnaires complémentaires aux parties ainsi qu'à d'autres entreprises ayant travaillé avec le système Supermédia, notamment la société [...] visant, en particulier, à obtenir des précisions sur les différentes conventions et conditions appliquées par la recourante et le système Supermédia. Le 20 juillet 2017, le secrétariat a transmis aux parties sa proposition de décision, dans laquelle il présente l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Les parties ont pu ensuite communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. L'autorité inférieure a, par la suite, encore procédé à l'audition des parties et a rendu, le 11 décembre 2017, sa décision, laquelle expose elle-aussi l'état de fait constaté et les considérants juridiques que l'autorité inférieure tient pour pertinents.

**7.2.3** Sur le vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que l'autorité inférieure ait méconnu son devoir d'établir les faits d'office ni omis de porter au dossier les pièces produites par la recourante. Il s'ensuit que l'autorité inférieure n'a pas violé la maxime inquisitoire.

Autre est la question de savoir si, dans le cadre de l'application de la maxime inquisitoire, l'autorité inférieure a constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète, ce qui sera examiné ci-après.

**7.3** La maxime d'office – qu'on oppose à la maxime de disposition – traite de la maîtrise de l'objet du litige. Selon la maxime de disposition, les parties déterminent notamment l'objet du litige et son déroulement. A l'inverse, lorsque s'applique la maxime d'office, l'objet du litige relève de la compétence de l'autorité, qui est ainsi tenue d'appliquer à l'état de fait constaté la règle juridique qu'elle tient pour pertinente (cf. ATAF 2007/41 consid. 2 ; arrêt du TAF A-79/2011 du 15 décembre 2011 consid. 2). En l'occurrence, la procédure d'enquête en droit des cartels est largement régie par la maxime d'office (art. 26 al. 1 LCart ; cf. ALAIN GIRARD, *L'enquête préalable en droit de la concurrence*, 2018, p. 265 ; VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, 2012, p. 177).

En l'espèce, on ne saisit toutefois pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé la maxime d'office. La recourante ne développant nullement en quoi tel aurait été le cas ; dites critiques, purement appellatoires, n'ont pas à être analysées plus avant.

**7.4** Mal fondés, l'ensemble des griefs formels soulevés par la recourante doivent par conséquent être rejetés.

## **8.**

L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le comportement de la recourante réalisait, entre juin 2008 et juin 2015, les conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart, qu'il entravait l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou qu'il désavantageait les partenaires commerciaux, et que la recourante avait, partant, abusé de sa position dominante sur le marché.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante dominait le marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 7 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour pratiques illicites.

**8.1** Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss) ; elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.3 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 8.2.3 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 167 ss ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart n° 23). L'accord du 17 mai 2013 entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1) le suppose aussi implicitement dans le troisième considérant, puisque « *les systèmes d'application des règles de la concurrence de la Suisse et de l'Union reposent sur les mêmes principes et prévoient des règles similaires* » (cf. ég. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.3).

L'art. 4 al. 2 LCart présente ainsi des points de convergence avec l'art. 102 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après : TFUE), lequel a la teneur suivante :

*« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante*

*sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

En relation avec la définition de la position dominante, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes, le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 23). La Commission européenne a notamment édicté une communication exposant les principes sur lesquels se fonde le concept de marché en cause (ch. 1 de la communication de la Commission du 15 octobre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372/5 du 9 décembre 1997).

**8.2** Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux.

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, laquelle est relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (cf. supra consid. 7.2.1).

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF B-4669/2013 *Editions des 5 frontières* du 30 octobre 2019 consid. 11.3.1, A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuves légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il

devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3 ; arrêt du TAF B-3938/2013 *Dargaud* du 30 octobre 2019 consid. 6.4).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49 al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2 ; arrêt du TF 2C\_1017/2014 *Koch Group* du 9 octobre 2017 consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2 ; arrêt B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 6.4). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C\_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B\_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B\_118/2009 et 6B\_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié ; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude ; *volle Überzeugung*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*) (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 *Baubeschläge Siegenia* du 23 septembre 2014 consid. 4.3.4 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 156 ss ; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance

s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2 ; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 159 ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. 1, 2e éd. 2016, n° 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4 ; HOHL, op. cit., vol. 1, n° 1971 ss).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF B-4669/2013 *Editions des 5 frontières* précité consid. 11.3.1, A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5).

## 9.

Une position dominante ne peut exister qu'en relation avec un marché déterminé. Il y a ainsi lieu, dans un premier temps, de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 229 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 256 ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in : DIKE Kommentar, Kartellgesetz, 2018, art. 4 al. 2 LCart n° 88 ; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5e éd. 2012, n° 696).

**9.1** A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence – laquelle relève de l'appréciation des faits – requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 8.2 ; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4 ; arrêt B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 11.1). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation de la position dominante, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; arrêts B-831/2011 *Six*



*Group* précité consid. 230 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 230 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 257). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 115 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

**9.2** Il s'agit donc d'abord de déterminer le marché de produits pertinent.

**9.2.1** L'autorité inférieure a délimité le produit au raccordement au téléseu (cf. ch. 427 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, de considérer le satellite comme substituable au téléseu. Elle souligne que les propriétaires d'immeubles ne décident pas sur la base de ce que souhaite un résident particulier, mais en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des habitants souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mèneraient ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidant dans leurs immeubles ou qui y résideront, et seraient donc obligés de proposer plusieurs solutions en parallèle. Au surplus, lorsque les propriétaires décideraient d'installer un système mixant le téléseu avec le satellite, c'est bien qu'ils souhaiteraient également raccorder l'IDI coaxiale au téléseu. En outre, l'offre du raccordement au téléseu serait très largement répandue et apparaîtrait comme incontournable pour la majorité des consommateurs. Il serait donc rationnel que les propriétaires cherchent à raccorder leurs biens immobiliers au téléseu, vu qu'une partie non négligeable des résidents – voire la majorité des résidents – souhaiteront consommer des prestations via le téléseu. A cela s'ajouterait que le contenu de l'offre satellitaire divergerait substantiellement de l'offre du téléseu pour des

raisons techniques, de sorte que les propriétaires ne pourraient pas objectivement considérer le satellite comme substituable au téléseu. L'autorité inférieure a également renoncé à considérer le raccordement via l'IDI cuivre ou fibre optique, notamment en raison du fait que la grande majorité des immeubles était équipée d'une IDI cuivre, pour des raisons historiques et techniques, et que les propriétaires ne se satisfaisaient pas d'une seule IDI dans les bâtiments contenant plusieurs unités d'habitation. Elle rappelle que les modèles d'affaires de la recourante et des autres sociétés utilisant les IDI cuivre ou fibre optique diffèrent significativement : la recourante contracte essentiellement avec les propriétaires par l'intermédiaire de contrats collectifs et la taxe de raccordement de base est généralement intégrée dans le loyer ou les charges locatives ; les entreprises utilisant les IDI cuivre ou fibre optique contractent directement avec les consommateurs, sans que les propriétaires d'immeubles n'interviennent directement dans les relations contractuelles. Enfin, les prestataires de services via l'IDI cuivre ou fibre optique ne peuvent exercer une pression suffisante de nature à discipliner le comportement de la recourante, vu que les prestataires de services via les IDI cuivre ou fibre optique établissent des relations contractuelles directement avec les consommateurs, et non pas avec les propriétaires.

La recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure ne peut se fonder sur une approche reposant sur l'agrégation des produits. Au contraire, elle devait conduire une analyse en fonction de la substituabilité des produits. Elle prétend que la définition du marché en cause serait incomplète et ne reposerait sur aucune analyse précise des conditions de substituabilité autant du côté de l'offre en matière de services de télécommunications que de la demande des consommateurs. En particulier, la recourante dément le caractère incontournable du téléseu et souligne que l'autorité inférieure n'aurait pas démontré quel serait le comportement d'un consommateur qui se verrait proposer un logement pourvu d'un autre mode de réception de services de télécommunications sans que le téléseu soit présent. Elle rappelle que même en présence de contrats collectifs signés avec les propriétaires d'immeubles, les consommateurs sont libres de résilier leur abonnement, de sorte que leur situation économique serait identique à celle qui serait la leur dans le cadre d'un contrat conclu avec un autre fournisseur de services de télécommunications. Elle soutient que le fait que le téléseu ne puisse acheminer les services que d'un fournisseur plaiderait en défaveur de la thèse soutenue par l'autorité inférieure, en ce sens qu'un propriétaire d'immeuble privilégierait ainsi plus facilement un raccordement IDI cuivre ou fibre optique permettant d'offrir plusieurs alternatives aux

consommateurs. Elle soutient que le marché de produit doit être défini comme étant celui des services de télécommunications, lequel comprend aussi bien la télévision, la téléphonie et l'accès à Internet à haut débit, l'infrastructure technique permettant d'acheminer ces services important peu. Elle souligne que de multiples fournisseurs de services se font concurrence, ces derniers pouvant prêter leurs services soit par le biais d'une infrastructure détenue en propre (sous réserve de l'IDI), soit par le biais d'une infrastructure louée ou d'un mélange des deux. Elle relève ainsi que, faute de télé-réseau dans un immeuble, les consommateurs disposent néanmoins d'un large choix de fournisseurs de services concurrents. Elle souligne qu'il n'existe aucune nécessité de disposer de plusieurs IDI en parallèle dans un même immeuble et que le fait que les immeubles comportent plusieurs IDI en parallèle ne permettrait pas de conclure au caractère indispensable ou incontournable de l'IDI coaxiale pour les propriétaires d'immeubles, de sorte que le marché de produit devrait s'étendre à tout le moins aux infrastructures nécessitant l'installation d'un réseau fixe. Elle souligne ainsi l'existence d'une vive concurrence entre les différentes infrastructures ce qu'une comparaison des chiffres relatifs aux raccordements disponibles en Suisse entre 2008 et 2016 démontrerait.

L'intimé soutient que la recourante mélangerait le point de vue des propriétaires d'immeubles et celui des consommateurs et qu'elle aurait confirmé durant la procédure d'enquête que les propriétaires devaient offrir plusieurs alternatives aux consommateurs. Pour cette raison déjà, les différentes infrastructures ne seraient pas substituables entre elles. L'autorité inférieure aurait ainsi correctement délimité le marché de produit à la seule infrastructure fournie par la recourante, à savoir le télé-réseau.

**9.2.2** Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange étaient, du côté de la demande, les propriétaires d'immeubles, lesquels demandent le raccordement au télé-réseau de leurs immeubles, et, du côté de l'offre, la recourante qui fournit ce raccordement sur son territoire d'activité. La recourante ne conteste pas que les propriétaires d'immeubles sont, s'agissant du raccordement d'un immeuble à un réseau de télécommunications, des partenaires incontournables. Elle relève toutefois que le comportement des consommateurs ne peut être ignoré, de même que celui des autres prestataires de services de télécommunications. Ces derniers entrent, eux aussi, en relation avec les propriétaires d'immeubles pour le raccordement de leur infrastructure à l'IDI cuivre ou fibre optique. En ce sens, elle soutient donc que les autres prestataires de services de

télécommunications seraient des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre.

Compte tenu des spécificités liées aux infrastructures de télécommunications, les partenaires potentiels de l'échange sont – du côté de la demande – les propriétaires d'immeubles déjà construits ou les futurs propriétaires d'immeubles en construction – dont l'activité ne consiste pas à consommer directement des services de télécommunications, mais à mettre à disposition des résidents de chaque unité d'habitation de l'immeuble l'infrastructure nécessaire pour consommer de tels services. Ces rôles se confondent lorsque le propriétaire d'un immeuble composé d'une seule unité d'habitation y réside (i.e. maison individuelle ou villa).

Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles équipent chaque unité d'habitation d'une ou plusieurs IDI individuelles (coaxiale, cuivre ou fibre optique ; cf. ch. 40 ss de la décision attaquée). Chaque IDI est ensuite raccordée à l'infrastructure collective (infrastructure horizontale) par le biais d'une convention de raccordement entre le propriétaire de l'immeuble et le détenteur de l'infrastructure horizontale (cf. ch. 43 et 57 de la décision attaquée ; ch. 106 s. du mémoire de recours). Il ressort de la décision attaquée et des informations communiquées par les parties que chaque IDI dispose en principe de sa propre infrastructure horizontale spécifique et ne permet l'accès qu'à un réseau filaire: l'IDI coaxiale est raccordée au télé-réseau (cf. ch. 40 ss de la décision attaquée), l'IDI cuivre au réseau DSL de Swisscom (cf. ch. 144 de la décision attaquée) et l'IDI fibre optique au réseau du même nom (cf. ch. 144 de la décision attaquée). Cette restriction est due notamment à la technologie utilisée pour transmettre les signaux (cf. ch. 13 de la décision attaquée). Certains services de télécommunications peuvent également être captés via une plateforme satellite. Le signal est alors injecté soit dans l'IDI coaxiale (antenne collective) ou soit directement sur l'appareil de réception du consommateur (antenne individuelle) (cf. ch. 14 de la décision attaquée). Il ressort également du dossier que, en raison de considérations techniques, historiques et économiques, les infrastructures horizontales ne peuvent généralement pas être dédoublées, en ce sens qu'il n'existe, en principe, pour chaque immeuble situé en Suisse, qu'un seul fournisseur d'accès au télé-réseau (cf. ch. 41 s. de la décision attaquée) et qu'un seul fournisseur d'accès au réseau DSL et/ou au réseau optique (cf. ch. 53 ss et 56 ss de la décision attaquée). Une telle conclusion est confirmée par la possibilité qu'ont les prestataires de services de télécommunications de louer l'accès à l'infrastructure existante et notamment, s'agissant de la fibre optique, l'accès à des brins disponibles et non exclusivement attribués au détenteur

de l'infrastructure ; la recourante le confirme (cf. ch. 268 du mémoire de recours). Il suit de là que, lorsqu'un propriétaire d'immeuble souhaite raccorder celui-ci à une infrastructure horizontale spécifique, il n'a d'autres choix que de passer par le fournisseur d'accès actif dans le secteur. En l'espèce, la recourante est le seul fournisseur d'accès au télé-réseau dans son secteur d'activité (cf. ch. 41 de la décision attaquée). Elle est ainsi le seul partenaire potentiel de l'échange du côté de l'offre dans son secteur d'activité pour le raccordement d'un immeuble au télé-réseau, de la même manière qu'un autre fournisseur d'accès (p. ex. les Services industriels de Genève) serait le seul partenaire potentiel de l'échange pour le raccordement de ce même immeuble à une autre infrastructure horizontale (p. ex. au réseau de fibres optiques).

Quant aux consommateurs, ils entrent en relation contractuelle directement avec le prestataire de services de télécommunications de leur choix, selon les infrastructures verticales disponibles dans leur unité d'habitation et selon que le propriétaire de l'immeuble ait raccordé ou non celles-ci à l'infrastructure horizontale correspondante (cf. ch. 186 ss du mémoire de recours). Le prestataire de services de télécommunications peut également être détenteur de l'infrastructure horizontale. Il peut aussi louer l'accès au réseau correspondant (cf. ch. 188 du mémoire de recours).

Il suit de là que, dans l'optique des propriétaires d'immeubles, les prestataires de services de télécommunications ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange. Les propriétaires devant en effet d'abord raccorder leur immeuble, ils se tournent vers le fournisseur d'accès au réseau, détenteur de l'infrastructure horizontale.

Dans l'optique de la recourante – en tant que fournisseur d'accès à une infrastructure, et non en tant que prestataire de services de télécommunications –, les consommateurs ne sont pas non plus des partenaires potentiels de l'échange. Elle doit d'abord raccorder l'immeuble à son réseau et donc entrer en relation commerciale avec son propriétaire avant de pouvoir envisager de prêter ses services de télécommunications aux résidents de l'immeuble (cf. ch. 106 du mémoire de recours).

S'il est vrai que la finalité de la recourante, en tant que fournisseur d'accès à une infrastructure horizontale, est de prêter des services de télécommunications aux consommateurs, soit en étant elle-même directement prestataire de tels services, soit en louant l'accès à son infrastructure à des prestataires virtuels, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait en déduire que les consommateurs sont, en matière de

raccordement d'un immeuble au téléseuil, des partenaires potentiels de l'échange.

Il peut arriver que les rôles se confondent, c'est-à-dire que le propriétaire soit également consommateur ou que le fournisseur d'accès soit également prestataire de services. Ce n'est toutefois pas en sa qualité de consommateur que le propriétaire d'immeuble requiert son raccordement à une infrastructure et ce n'est pas en qualité de prestataire de services que le fournisseur d'accès raccorde un immeuble à l'infrastructure horizontale.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché du raccordement d'un immeuble à une infrastructure horizontale, c'est-à-dire entre les propriétaires d'immeubles, d'un côté, et les fournisseurs d'accès à l'infrastructure correspondante de l'autre. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le comportement des consommateurs ou des prestataires de services de télécommunications seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

**9.2.3** Reste à déterminer les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité de la demande.

**9.2.3.1** A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3 ; arrêt B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 272). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid.

272 ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCK, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 LCart n° 150 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 65 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 67).

**9.2.3.2** Le raccordement des immeubles au télé réseau de la recourante représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision attaquée ; la recourante ne le conteste pas. Reste donc à examiner si, comme elle le prétend, il y a lieu de considérer le raccordement des immeubles au réseau DSL de Swisscom ou au réseau FTTH (*Fiber-to-the-Home*) comme faisant partie de la demande et de l'offre, et s'il existe d'autres infrastructures substituables par le biais, par exemple, d'antennes paraboliques ou mobiles.

A titre liminaire, le Tribunal précise que l'analyse qui suit porte sur la période couverte par l'enquête de l'autorité inférieure, soit entre 2008 et 2016 approximativement. Il n'y a pas lieu d'examiner la situation qui prévaut en matière de raccordement aux infrastructures et de services de télécommunications à l'heure actuelle. Le secteur évoluant rapidement, les conclusions à laquelle l'autorité inférieure est arrivée et que le Tribunal doit revoir dans le cadre de la présente procédure de recours ne reflètent pas nécessairement la situation du marché en 2021.

En raison des spécificités du secteur des télécommunications, il y a lieu de distinguer le marché du raccordement à une infrastructure collective permettant l'accès à un réseau filaire (p. ex. télé réseau, réseau DSL ou FTTH) ou mobile (p. ex. satellitaire ou 4G) et le marché des services qui peuvent être fournis sur le réseau en question (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 280). Ces deux marchés sont toutefois étroitement liés (cf. Rapport complémentaire du Conseil fédéral « Evaluation du marché des télécommunications » du 28 mars 2012, p. 19, disponible sur <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/dossiers-du-conseil-federal/rapport-2014-sur-les-telecommunications.html>, consulté le 8 avril 2020). En effet, il ne peut y avoir substituabilité entre les différentes infrastructures que si les services proposés sont substituables. C'est d'ailleurs la thèse soutenue

par la recourante : dès lors que les services de télécommunications seraient substituables, qu'elle que soit l'infrastructure considérée, le caractère indispensable du télé-réseau ne serait pas donné et les réseaux notamment cuivré ou optique, mais aussi satellitaire et mobile, seraient substituables (cf. ch. 185 ss du mémoire de recours). Il sied ainsi, dans un premier temps, de déterminer si les services fournis par les différentes infrastructures sont substituables du point de vue des consommateurs. Ce n'est que dans un deuxième temps, si les services sont substituables, qu'il y aura lieu de vérifier si cette substituabilité se répercute sur le marché du raccordement aux infrastructures collectives.

**9.2.3.3** Sur le marché des services de télécommunications, les partenaires potentiels de l'échange sont, du côté de la demande, les consommateurs et, du côté de l'offre, les différents prestataires de services de télécommunications, qu'ils soient aussi propriétaires de l'infrastructure correspondante ou simplement locataires (cf. supra consid. 9.2.1). Il ressort du dossier que le télé-réseau de la recourante permet d'offrir, d'une part, des services de télévision numérique interactive (p. ex. *video on demand VOD* ou *replay*) et, d'autre part, des services de téléphonie fixe et un accès à Internet (cf. ch. 40 de la décision attaquée). Dans l'industrie des télécommunications, on parle de « triple play » lorsque ces trois services sont fournis dans le cadre d'un contrat unique ou de « dual play » lorsque seuls deux des trois services sont fournis (cf. ch. 215 du mémoire de recours). Dès lors que le télé-réseau permet l'accès à ces trois services, il y a lieu de vérifier si les différentes infrastructures sont substituables, du point de vue des consommateurs, puis des propriétaires d'immeubles, pour chacun de ces trois services.

**9.2.3.4** Force est d'admettre que des services relevant de l'offre « triple play » (télévision numérique interactive, téléphonie fixe, Internet haut ou très haut débit) peuvent être fournis ensemble (offre « triple play » ou « dual play ») ou séparément tant par le biais de l'IDI coaxiale et du télé-réseau, que par le biais de l'IDI cuivre et du réseau DSL de Swisscom ou que par le biais de l'IDI fibre optique et le réseau FTTH (cf. ch. 30 de la décision attaquée ; ch. 71 du mémoire de recours) ; personne ne le conteste.

Du point de vue des consommateurs, comme le relève à juste titre la recourante, les services fournis par le télé-réseau, par le réseau DSL de Swisscom et par le réseau FTTH sont, en tout point, substituables. Reste toutefois à déterminer si cette substituabilité se répercute aussi, du point de vue des propriétaires d'immeubles, au niveau du marché du



raccordement à une infrastructure collective permettant l'accès à un réseau filaire.

La recourante fait valoir que, dès lors que les services pouvant être fournis sur les trois IDI (coaxiale, cuivre et fibre optique) sont substituables du point de vue des consommateurs, les propriétaires d'immeubles peuvent se permettre d'opérer un choix et de n'installer qu'une seule IDI par unité d'habitation, de sorte que les trois IDI seraient également substituables du point de vue des propriétaires d'immeubles. Elle s'appuie notamment sur la baisse du nombre de raccordements observée durant la période de l'enquête, laquelle démontrerait une substituabilité suffisante entre les infrastructures.

En l'occurrence, il y a lieu de rappeler que le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés de biens et de services les conditions de réalisation d'une concurrence efficace (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 477). Ce faisant, la concurrence oriente notamment l'offre selon les préférences du consommateur (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 477). Elle doit ainsi inciter les entreprises à optimiser l'utilisation des ressources, à adapter produits et production aux conditions externes et à innover au niveau des produits et des procédés de production (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). Il y a donc concurrence efficace lorsque, sur un marché donné, ces fonctions fondamentales ne sont pas faussées (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). Une politique de concurrence efficace doit ainsi empêcher les pratiques qui tentent de tenir les concurrents potentiels à l'écart d'un marché (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515).

En l'espèce, il ressort de la décision attaquée que les propriétaires d'immeubles prennent seuls la décision quant à l'installation des différentes IDI en fonction des besoins, intérêts et attentes des consommateurs. Ils ne décident ainsi pas sur la base de ce que souhaite consommer un résident en particulier, mais plutôt en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des résidents actuels et futurs souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mèneraient ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidant dans leurs immeubles ou qui y résideront. La recourante critique cette approche agrégée.

En réalité, il y convient de rappeler que, en privilégiant une IDI plutôt qu'une autre, les propriétaires d'immeubles interviennent dans le processus concurrentiel existant entre les prestataires de services de télécommunications, d'une part, et les consommateurs, d'autre part. En

effet, en opérant un choix en faveur d'une IDI plutôt que d'une autre, les propriétaires d'immeubles limitent également le choix pour le consommateur du prestataire de services avec lequel il peut contracter. Même s'il subsiste, notamment par le biais de l'IDI cuivre ou fibre optique, plusieurs prestataires différents, ceux-ci ne seront pas nécessairement le ou les prestataires avec lequel le consommateur aurait voulu contracter.

On rappellera que l'installation d'une ou plusieurs IDI dans une unité d'habitation sert uniquement à prester dans cette unité des services de télécommunications. Une IDI, en tant que tel, n'a pas d'autre but, la recourante ne le suggère d'ailleurs pas. C'est donc ultérieurement entre le consommateur et le prestataire de services de télécommunications que se joue le processus concurrentiel. Le propriétaire d'immeuble et le fournisseur d'accès au réseau ne jouent ainsi que des rôles d'intermédiaires dans ce processus et il leur appartient de ne pas l'entraver. Or, en opérant un choix à la place du consommateur, le propriétaire d'immeuble fausse nécessairement les fonctions fondamentales d'une concurrence efficace entre les différents prestataires de services de télécommunications, puisqu'il peut tenir à l'écart une partie de ces derniers.

Il suit de là qu'une réflexion des propriétaires d'immeubles basée sur la somme agrégée des consommateurs résidant dans l'immeuble ou qui y résideront est davantage conforme à la politique suisse de concurrence qu'une solution qui exclurait d'emblée une partie des prestataires de services sur la base de la seule et unique préférence du propriétaire d'immeuble.

Ainsi, en tenant compte de ce que les propriétaires d'immeubles doivent procéder à un choix fondé sur l'agrégation des besoins, des intérêts et des attentes des consommateurs actuels et futurs, l'autorité inférieure n'a pas violé la loi sur les cartels.

Reste à déterminer toutefois si, durant la période de l'enquête, les besoins, intérêts et attentes des consommateurs étaient suffisamment déterminables pour que les propriétaires d'immeubles puissent raisonnablement effectuer un choix entre les différentes IDI disponibles sur le marché sans affecter la concurrence existant entre les différents prestataires de services de télécommunications.

La recourante fait état, dans son mémoire de recours, d'une concurrence vive existant entre les prestataires de services sur les différentes IDI durant

la période de l'enquête, qu'il s'agisse d'offres « triple play », « dual play » ou individuelle (ch. 74). Ainsi, quand bien même le raccordement à la fibre optique a connu une augmentation significative entre 2008 et 2016 – due à l'implémentation de cette nouvelle technologie –, les raccordements au réseau DSL et au télé-réseau restent majoritaires (ch. 67).

Il suit de là qu'en raison justement d'une concurrence vive sur le marché des services de télécommunications prestés via les IDI coaxiale, cuivre et fibre optique, il n'existe aucune tendance claire qui permettrait aux propriétaires de connaître de façon suffisamment déterminable les besoins, intérêts et attentes des consommateurs. La baisse du nombre de raccordements au télé-réseau observée entre 2011 et 2015, passant de [...] à [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de respectivement [...] et [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée ; acte 115) n'est pas de nature à modifier cette conclusion.

Partant, si – comme le soutient la recourante – les propriétaires d'immeubles venaient à privilégier une IDI plutôt qu'une autre, ils perturberaient manifestement la concurrence existant sur le marché des services de télécommunications prestés via les différentes IDI.

Il en va différemment lorsque le propriétaire d'un immeuble composé d'une seule unité d'habitation est lui-même le seul consommateur (i.e. maison individuelle ou villa).

Il y a toutefois lieu de relever que la proportion de propriétaires de maison individuelle en Suisse par rapport aux autres formes d'habitation (location, sous-location, coopérative, PPE, logement à titre gratuit, logement de service, bail à ferme, etc.) s'élève à environ 26 % entre 2000 et 2017 (cf. Office fédéral de la statistique, Conditions d'habitation selon le nombre de pièces et le statut d'occupation, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/conditions-habitation/locataires-proprietaires.assetdetail.7346188.html>, consulté le 10 juillet 2020). Au surplus, il y a également lieu de tenir compte de ce que l'ensemble des propriétaires en Suisse n'a pas fait construire ou acquis un bien immobilier neuf. Les propriétaires doivent donc également tenir compte, dans le choix des installations, dont ils équipent leur immeuble, d'une éventuelle revente ou d'un transfert de propriété à des héritiers, par exemple. De même, il n'est pas exclu, dans un secteur aussi évolutif que celui des télécommunications, qu'une technologie comme la fibre optique ou le télé-réseau soit dépassée et ne soit plus intéressante à l'avenir. Il s'ensuit qu'il importe pour le propriétaire, même s'il construit lui-même son

logement, qu'il se réserve le choix futur de la technologie par le biais de laquelle il consomme des services de télécommunications, que ce soit pour lui-même ou pour le futur propriétaire de son bien. Partant, il n'y a pas lieu d'exclure les maisons individuelles du marché pertinent au motif que le propriétaire pourrait effectuer un choix entre les différentes IDI disponibles dans son immeuble.

Il s'ensuit qu'en raison de la concurrence existant entre les consommateurs et les prestataires de services actifs sur le marché des télécommunications sur le réseau filaire, il est rationnel que les propriétaires d'immeubles privilégient de laisser le plus grand choix possible aux consommateurs actuels et futurs en garantissant l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée une infrastructure pour en favoriser une autre.

Ainsi, les différentes IDI n'étaient pas substituables entre elles du point de vue des propriétaires d'immeubles durant la période de l'enquête.

**9.2.3.5** La recourante soutient ensuite que le satellite, le réseau mobile à large bande et la TNT permettraient également de fournir des services « triple play » et, partant, seraient substituables au télé-réseau du point de vue des consommateurs. Pour les mêmes raisons (cf. supra consid. 9.2.3.4), les propriétaires d'immeubles doivent laisser le plus grand choix possible aux consommateurs actuels et futurs en garantissant l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée une infrastructure pour en favoriser une autre. Il suit de là que le satellite, le réseau mobile à large bande et la TNT ne sont pas substituables au télé-réseau du point de vue des propriétaires d'immeubles ; point n'est donc besoin d'examiner si les services fournis par le biais de ces trois infrastructures sont substituables du point de vue des consommateurs.

**9.2.4** Au surplus, on peine à saisir comment un concurrent de la recourante pourrait réorienter son offre, à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels. En effet, le développement et l'installation d'une toute nouvelle infrastructure horizontale reposant sur la même technologie CATV que le télé-réseau de la recourante engendrerait manifestement des frais élevés et nécessiterait un temps important, de sorte qu'ils ne seraient pas susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai.

**9.2.5** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le raccordement au télé-réseau – à savoir à un réseau câblé reposant sur la technologie CATV – constitue le marché de produits pertinent. La décision attaquée ne prête pas, sur ce point, le flanc à la critique.

**9.3** Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigruppe* consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1 ; arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 302 et B-506/2010 *Gaba* précité consid. 9.2 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 98 ; DAVID/JACOBS, op. cit., n° 693 ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 LCart n° 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 303).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique en partant du territoire d'activité de la recourante, soit le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, au motif que la recourante était le seul propriétaire du télé-réseau et des boîtes d'injections sur ce territoire.

La recourante estime qu'il serait faux de considérer que les conditions prévalant en Ville de Genève se distingueraient des conditions prévalant dans le reste de la Suisse. Elle estime ainsi que l'autorité inférieure devait procéder à des analyses des conditions prévalant dans les territoires voisins. Elle se réfère à cet effet à l'arrêt *Swisscom ADSL*, lequel indiquerait que « *Im Übrigen ist der Umstand unerheblich, dass einzelne Anbieter von draht- oder kabelgebundenen Einzelhandelsprodukten jeweils nur lokal oder regional tätig waren. Denn deren Produkte standen sowohl mit den Einzelhandelsprodukten der Swisscom-Gruppe als auch mit den Einzelhandelsprodukten der anderen, schweizweit tätigen Anbieter in direkter Konkurrenz, weil sich aus den konkurrenzierenden Produkten auf Einzelhandelsstufe keine sachlichen Gründen für eine notwendige räumliche Differenzierung ableiten lassen* » (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 306).

En l'occurrence, la recourante perd de vue qu'elle est la propriétaire de la seule infrastructure d'accès au télé-réseau en Ville de Genève. S'il existe, certes, en dehors de ce territoire, d'autres fournisseurs d'accès au télé-réseau – ce que manifestement personne ne conteste –, cette seule spécificité suffit à créer en Ville de Genève des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines, peu importe la situation concurrentielle existant dans ces zones. Au surplus, c'est à tort

qu'elle se fonde sur la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral rendue dans l'affaire *Swisscom ADSL*. Dès lors que l'entreprise en cause était active au niveau national, elle était en mesure de créer des conditions de concurrence identiques dans l'ensemble des régions du pays. La recourante, en tant qu'elle n'est active qu'à Genève, n'est manifestement pas en mesure de le faire.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

**9.4** Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché géographique (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 307 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle, lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 307 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante et les propriétaires d'immeubles ont respectivement fourni et acquis un raccordement au télé-réseau, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues pendant la période de l'enquête.

**9.5** Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché en particulier sa dimension matérielle. L'autorité a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment le raccordement aux IDI cuivre et fibre optique et au satellite. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché du raccordement aux différentes infrastructures et du marché des services de télécommunications. Pour le surplus, elle a exposé en quoi il était pertinent de ne retenir comme marché géographique que le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209 et la recourante ne remet pas en question l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer la décision attaquée sur ce point et de définir le marché pertinent comme étant le marché du raccordement au télé réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209.

Mal fondés, les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

## **10.**

Reste à déterminer si la recourante détient une position dominante sur le marché pertinent.

**10.1** L'autorité inférieure a d'abord examiné si la recourante était à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché. Elle a analysé, dans un premier temps, la concurrence actuelle et la concurrence potentielle. Elle a rappelé que la recourante était la seule entreprise exploitant le télé réseau en Ville de Genève et détenait, de ce fait, 100 % du marché pertinent du raccordement au télé réseau. La position de la recourante lui permettait ainsi d'entraver sérieusement tout concurrent désireux d'entrer sur le marché du contenu situé en aval. Au surplus, il serait très coûteux de dupliquer l'infrastructure horizontale de la recourante, si tant est que cela soit possible, ce qui constituerait la principale barrière à l'entrée sur le marché. Ainsi, aucune technologie ne serait susceptible d'apparaître comme substituable à l'offre du télé réseau du point de vue des propriétaires. Elle a examiné, dans un second temps, la pression disciplinante des partenaires à l'échange et relevé que la recourante faisait face à un nombre important de propriétaires d'immeubles, de sorte qu'un propriétaire d'immeubles, pris individuellement, ne serait pas puissant sur le marché. Elle a souligné, dans un troisième et dernier temps, que la marge de manœuvres des propriétaires d'immeubles était très faible et qu'ils ne pouvaient pas renoncer au télé réseau au profit des seuls IDI cuivre ou fibre optique. La pression concurrentielle des marchés du contenu situés en aval n'était donc pas suffisamment forte. Elle a donc estimé que les conditions d'application de l'art. 4 al. 2 de la loi sur les cartels étaient réunies et que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé réseau représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209.

La recourante estime que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de la situation de vive concurrence existant aussi bien au niveau des infrastructures que du marché des services de télécommunications. Elle

fait valoir qu'en raison de cette dernière, elle ne disposait pas de la possibilité de se comporter de façon indépendante sur le marché. Elle fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir déterminé si elle était libre de fixer les paramètres déterminants de la concurrence, tels que le prix, la quantité ou le type et la qualité des produits, sur le marché déterminant, sans égard à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux. Elle avance qu'une part de marché élevée ne suffit pas à établir l'existence d'une position dominante, mais qu'il convient de tenir compte de la dynamique du marché. Elle relève que les faits constatés par l'autorité inférieure iraient à l'encontre d'une quelconque dominance du télésexeau face aux autres infrastructures. En effet, l'autorité aurait relevé la présence de multiples infrastructures parallèles, d'une dynamique marquée par l'apparition et la croissance de la fibre optique, d'une modernisation des infrastructures existantes et du déclin relatif du télésexeau au profit du cuivre et de la fibre optique. De même, l'autorité inférieure aborderait de façon lapidaire la question de la concurrence existant au niveau des services. Elle comparerait l'intégralité des raccordements de la recourante avec une portion seulement des raccordements de ses concurrents et verrait, à tort, dans une augmentation des offres à valeur ajoutée de la recourante la démonstration de la stabilité de sa position dominante. La recourante prétend au surplus que l'arrivée de nouveaux entrants dans le domaine des services serait rendue possible par les capacités liées en particulier à la fibre optique – et au nombre de brins disponibles et non exclusivement attribués à Swisscom – ainsi qu'au réseau cuivre DSL. Elle n'exclut par ailleurs pas l'arrivée de nouveaux entrants au niveau des infrastructures, malgré l'importance des investissements devant être consentis. Elle soutient enfin que les propriétaires d'immeubles se trouveraient en position de force, en raison de l'obligation, pour les prestataires de services, d'être préalablement raccordés à l'immeuble. Elle prétend ainsi qu'en réalité, elle ne se trouverait pas du côté de l'offre, mais du côté de la demande.

L'intimé rappelle que la recourante est la seule entreprise active sur le marché pertinent et que la concurrence actuelle et potentielle demeure insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante. L'analyse des marchés situés en aval aurait montré que la recourante est en position de force au moins dans la fourniture d'offres « triple play » à valeur ajoutée et qu'elle était le seul acteur à fournir des offres de base de ce type. Cet élément renforcerait sa position dominante sur le marché pertinent, notamment en considérant que le taux de raccordement est élevé, que les consommateurs s'attendent à bénéficier de l'accès au télésexeau et que la taxe de raccordement est intégrée dans les charges locatives, souvent



sans que les consommateurs en aient conscience. Partant, la recourante pourrait se comporter de manière indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles et détiendrait une position dominante sur le marché pertinent.

**10.2** Selon le texte de l'art. 4 al. 2 LCart, une entreprise domine le marché si elle a la capacité de se comporter, seule ou avec d'autres entreprises, de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres acteurs du marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Tel est le cas lorsque l'entreprise est en mesure de déterminer ou d'influencer notablement les conditions dans lesquelles la concurrence se développe et de se comporter, dans une large mesure, sans avoir à tenir compte des actes et des réactions des autres acteurs du marché et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 402 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 126). A l'inverse, l'entreprise n'a généralement pas la capacité de se comporter de manière essentiellement indépendante lorsqu'elle est soumise à une pression concurrentielle suffisante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 402 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 311 ; JÜRIG BORER, *Wettbewerbsrecht : Kommentar*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd. 2011, art. 4 LCart n° 16 ss ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 119 ss ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, art. 4 al. 2 LCart n° 262 ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in : DIKE *Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, 2018, art. 4 al. 2 LCart n° 166 ss).

Il s'agit de tenir compte, dans l'examen de la position de l'entreprise sur le marché, de l'ensemble des facteurs qui plaident en faveur ou en défaveur d'un comportement indépendant (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 547 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 403 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312 ; BORER, op. cit., art. 4 LCart n° 18 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 124 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 220). En principe, aucun élément ne permet de conclure, à lui seul, à l'existence d'une position dominante. Celle-ci résulte de l'appréciation de l'ensemble des facteurs pertinents, à la lumière des circonstances du cas d'espèce (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 403 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312).

Ceci dit, l'examen de la structure du marché constitue le critère principal sur lequel se fonde toute l'analyse d'une éventuelle position dominante. Il s'agit d'abord de clarifier la concurrence actuelle et potentielle, en tenant compte ensuite d'autres critères, tels que le contre-pouvoir des partenaires commerciaux, l'influence des marchés connexes, la structure de

l'entreprise et, si nécessaire, l'examen de son comportement concret sur le marché (cf. ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 10.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 404 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312 ; BORER, op. cit., art. 4 LCart n° 18 s. ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 131 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 270 ss ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 220).

Ces critères ne sont toutefois pas fixes et peuvent varier selon les conditions concrètes du marché (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.1 ; BORER, op. cit., art. 4 LCart n° 18 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 132). Il suit de là que le degré de pouvoir de marché requis pour établir une position dominante peut changer considérablement d'un cas à l'autre. Il n'est, par conséquent, pas possible de le quantifier de manière générale (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313). Ceci étant dit, il n'est pas nécessaire que la position dominante supprime toute concurrence efficace sur le marché pertinent et une concurrence résiduelle peut subsister (cf. ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 10.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 6.1). De même, les raisons ayant conduit au renforcement de la position de l'entreprise sur le marché ne sont pas pertinentes (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 125).

Enfin, il y a lieu de rappeler que l'évaluation de la position de l'entreprise sur le marché fait appel à des notions concurrentielles complexes, de sorte que la certitude n'est pas exigée et que le degré de la preuve est celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 8.2 ; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4 ; arrêts du TAF B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 11.1, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 158, B-829/2012 *Granella* du 25 juin 2018 consid. 7.4.3.4 et B-807/2012 *Erne* du 25 juin 2018 consid. 8.4.4.4).

**10.3** Il y a donc lieu, dans un premier temps, d'analyser la concurrence actuelle sur le marché.

**10.3.1** L'analyse de la concurrence actuelle débute par l'examen des parts de marché de l'entreprise et de la répartition générale des concurrents sur le marché. En règle générale, plus la part de marché de l'entreprise est élevée, plus il est probable qu'elle occupe une position dominante (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 439 et B-7633/2009

*Swisscom ADSL* précité consid. 331 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 275). La part de marché de l'entreprise ne suffit toutefois pas à elle seule à établir une position dominante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2 et 130 II 449 consid. 5.7.2 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 137).

Ceci étant dit, une part de marché supérieure à 50 % constitue une présomption de fait de l'existence d'une position dominante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2 ; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 442 ; BORER, op. cit., art. 4 LCart n° 19 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 151). Celle-ci est renforcée lorsque l'entreprise dispose d'une part de marché supérieure à 60 ou 70 %. Si elle facilite la preuve, cette présomption n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices », qui peut être affaiblie par d'autres éléments. Toutefois, plus la part de marché est élevée et la présomption renforcée, plus ces éléments doivent être probants (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 442).

L'analyse de la concurrence actuelle dépend également de la répartition des concurrents sur le marché. Elle tient compte notamment du nombre de concurrents, de leurs parts de marchés, du rapport entre la part de marché de l'entreprise en cause et de celles de ses concurrents, ainsi que de leur puissance économique (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 443). En règle générale, plus les parts de marché des concurrents sont faibles et plus l'écart avec la part de marché de l'entreprise en cause est grand, plus il est probable que cette dernière détienne une position dominante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 444). En pratique, une fragmentation de la concurrence crée un écart plus important entre la part de marché de l'entreprise en cause et celles de ses concurrents. Elle constitue ainsi un indice de ce que l'entreprise détient une position dominante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 445 ; décision de la Comco *Intensiv SA* du 18 décembre 2000, in : DPC 2001/1 95, ch. 37 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 155 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 231). Dans ce cas, une part de marché inférieure à 50 % peut également suffire pour retenir une position dominante (cf. arrêt du TF 2A.142/2003 *Cablecom* du 5 septembre 2003 consid. 4.2.3 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 156 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 226).

L'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une pression concurrentielle suffisante que si les

parts de marché étaient demeurées identiques pendant des années (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 447 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 148). L'érosion de la part de marché de l'entreprise en cause n'exclut cependant pas, à elle seule, l'existence d'une position dominante, en particulier lorsque celle-ci reste élevée (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2 ; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 447 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 148). De même, d'importantes variations des parts de marché d'une année à l'autre n'impliquent pas nécessairement une modification de la puissance économique de l'entreprise et peuvent résulter du type d'activité déployée (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 448 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 148).

**10.3.2** S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier qu'elle est la seule entreprise exploitant un télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, tel que délimité ci-dessus (cf. supra consid. 9.3). Elle a construit son réseau dès 1986. Au surplus, il ne ressort pas du dossier qu'une autre entreprise ait tenté, depuis lors, de développer, en Ville de Genève, un télé-réseau parallèle reposant sur la même technologie que le télé-réseau. Au surplus, elle a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée ; acte 115).

La recourante est ainsi le seul acteur sur le marché pertinent du raccordement au télé-réseau. Cette situation n'a pas changé depuis 1986, de sorte que sa part de marché est restée stable. Enfin, elle raccorde [...] à [...] % des unités d'habitation en Ville de Genève, de sorte qu'elle touche déjà la très grande majorité des partenaires potentiels de l'échange. Son taux de pénétration sur le marché est, dès lors, très élevé et est resté relativement constant durant l'entier de la période de l'enquête.

**10.3.3** Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'existe pas de concurrence vive sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève.

Il suit de là qu'il n'existe aucune concurrence actuelle sur le marché pertinent, susceptible d'exercer une pression concurrentielle suffisante pour discipliner le comportement de la recourante.

**10.4** Il s'agit donc d'examiner si la recourante faisait face, durant la période de l'enquête, à une concurrence potentielle suffisante sur le marché

pertinent qui disciplinait son comportement, malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 459 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 334 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 165 ss ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 342 ss ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 233).

**10.4.1** Il existe une concurrence potentielle suffisante lorsque de nouvelles entrées sur le marché sont à craindre. Une simple possibilité théorique ne suffit toutefois pas (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 462 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 340 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 167). L'entrée sur le marché de nouveaux concurrents doit apparaître comme suffisamment probable, d'un point de vue économique objectif, et ce, dans un délai prévisible (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 462 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 339 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 167 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 342 ss ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 233 ; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd. 2005, n° 584).

Les conditions d'entrée, de sortie ou de mobilité sur le marché sont, par conséquent, un critère central dans l'appréciation de la concurrence potentielle. L'existence de faibles barrières à l'entrée constitue un indice de l'existence d'une concurrence potentielle suffisante. Il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des critères qui rendent l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent plus difficile, qui influencent son choix d'entrer ou non sur le marché, qui affectent le succès de son implantation ou qui compliquent une éventuelle stratégie de sortie du marché (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 464 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 341 ; ég. la liste établie par CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 170 ss ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 311 ss ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 234 ss). A cet égard, il y a lieu de tenir compte des expériences effectives ayant eu lieu dans un passé récent (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 464 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 167).

La concurrence potentielle est suffisante lorsqu'un ou plusieurs concurrents entrent sur le marché et élargissent substantiellement l'offre. Tel est le cas lorsque les partenaires de l'échange disposent de nouvelles alternatives durables, au point de ne plus dépendre des produits ou services fournis par l'entreprise potentiellement dominante (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 466 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL*

précité consid. 343 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 344a ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 233).

Enfin, il y a lieu de ne retenir l'existence d'une concurrence potentielle suffisante que si l'entrée sur le marché est suffisamment prévisible dans le temps, à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il s'agit, de manière générale, de prendre en compte uniquement les probabilités d'entrée sur le marché à deux ou trois ans (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 167), un laps de temps supérieur permettant, en principe, à l'entreprise en cause d'exploiter suffisamment son indépendance sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 465).

**10.4.2** En l'espèce, la recourante n'exclut pas l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché des infrastructures, malgré l'importance des investissements nécessaires.

Il sied cependant de rappeler que la recourante a commencé à déployer son télé-réseau en 1986 et qu'elle a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée ; acte 115). L'implantation d'un télé-réseau parallèle nécessite, quant à elle, l'installation de câbles entre les différents immeubles, rues et quartiers genevois (cf. ch. 40 ss de la décision attaquée). Il s'agit manifestement de travaux importants, soumis le cas échéant à autorisation. Par conséquent, et comme le relève à juste titre la recourante, les investissements consentis sont importants.

Au surplus, il est peu probable que des propriétaires raccordent leurs immeubles simultanément à deux télé-réseaux qui utiliseraient la même technologie, si tant est que cela puisse être possible. Enfin, force est de constater qu'aucun concurrent n'a jamais tenté, depuis 1986, de développer un télé-réseau parallèle en Ville de Genève.

**10.4.3** Il s'ensuit qu'il existe, sur le marché pertinent du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève, de fortes barrières à l'entrée, à la mobilité ou à la sortie de concurrents sur le marché, de sorte que les propriétaires d'immeubles dépendaient, durant la période de l'enquête, de la recourante pour le raccordement de leurs immeubles au télé-réseau. Au surplus, il ne ressort pas du dossier qu'une nouvelle entreprise soit susceptible d'entrer sur le marché du raccordement au télé-réseau dans un délai prévisible et puisse exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de la recourante.

Par conséquent, il n'existe pas de concurrence potentielle suffisante sur le marché pertinent.

**10.5** Dans l'hypothèse où il n'existe aucune concurrence actuelle ou potentielle suffisante, il y a lieu d'examiner le contre-pouvoir des partenaires commerciaux.

**10.5.1** A cet effet, il s'agit d'examiner si le contre-pouvoir des partenaires commerciaux a pu exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 487 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 160). Cette pression doit toutefois être au bénéfice de la concurrence sur le marché pertinent, en ce sens qu'elle doit permettre à d'autres acteurs de tirer parti de l'incapacité de l'entreprise en cause à se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 488). On ne saurait, en effet, conclure à l'existence d'une pression concurrentielle suffisante, au seul motif que certains partenaires commerciaux ont une puissance économique telle qu'ils bénéficient d'un large pouvoir de négociation, même partiel ou limité à certains points, à l'égard de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 488).

**10.5.2** Dans sa décision, l'autorité inférieure a examiné la pression concurrentielle exercée par les propriétaires d'immeubles. Elle a retenu que le nombre de propriétaires auxquels faisait face la recourante était important et qu'un propriétaire d'immeuble pris individuellement n'était pas puissant sur le marché.

La recourante estime que l'analyse est tronquée, en ce sens qu'elle ne tiendrait pas compte de l'importance, pour la recourante, de raccorder un immeuble et de la position de force que détiendraient les propriétaires. Elle considère se trouver du côté de l'offre, dans la mesure où elle est obligée d'être raccordée à un immeuble pour prester ses services. Elle affirme enfin que les propriétaires sont souvent représentés par des régies ou des professionnels de l'immobilier, de sorte que leur puissance sur le marché serait renforcée.

**10.5.3** En l'occurrence, il y a lieu de relever que le nombre de partenaires commerciaux de la recourante est très élevé. Il ressort en effet du dossier que la recourante a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée ; acte 115). Elle souligne au surplus ne réaliser

aucun chiffre d'affaires en relation directe avec le raccordement des immeubles (cf. ch. 489 du mémoire de recours). Quant aux services fournis par la recourante aux habitants des immeubles, l'abonnement mensuel, par unité d'habitation raccordée, se situait entre [...] et [...] francs entre 2014 et 2016 (cf. ch. 471 du mémoire de recours).

On peine ainsi à saisir en quoi l'analyse de l'autorité inférieure serait tronquée, lorsqu'elle retient que le nombre de propriétaires auxquels faisait face la recourante était important et qu'un propriétaire d'immeuble pris individuellement n'était pas puissant sur le marché, dans la mesure où le chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec un seul immeuble ne représentait qu'une fraction minime de son chiffre d'affaires total. Le fait que les propriétaires d'immeubles confient la gestion de leur bien à un mandataire professionnel ne change rien à ce propos, dès lors que ce dernier ne fait qu'agir au nom et pour le compte de chaque propriétaire et demeure lié par les instructions données par ce dernier.

Enfin, un immeuble doit, certes, être raccordé au télé-réseau de la recourante pour que celle-ci puisse y prester ses services ; personne ne le conteste. Une telle affirmation ne suffit toutefois pas, à elle seule, pour admettre que les propriétaires d'immeubles se trouveraient en position de force par rapport à la recourante. Quant à l'argumentation peu convaincante de la recourante selon laquelle elle se trouverait non pas du côté de l'offre mais de la demande, ce qui – selon elle – la placerait *de facto* en position de faiblesse par rapport aux propriétaires, elle perd de vue qu'une position dominante peut s'exercer tant du point de vue de l'offre que de la demande. De tels griefs n'ont ainsi pas à être examinés davantage.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles n'ont pas pu exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de la recourante sur le marché pertinent.

**10.6** Il s'agit encore de déterminer dans quelle mesure les marchés connexes exercent une influence sur le comportement de la recourante sur le marché pertinent et sur sa capacité d'agir de manière essentiellement indépendante.

**10.6.1** A cet effet, il y a lieu d'examiner les conditions de concurrence sur les marchés en amont ou en aval, ainsi que sur les marchés voisins, et d'établir dans quelle mesure ils exercent une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de l'entreprise en cause



sur le marché pertinent (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 352 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 162). Il convient de tenir compte de la pression exercée notamment par les clients et les consommateurs finaux des partenaires commerciaux de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 352 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 162). Tel est le cas, en particulier, lorsque ces derniers se trouvent dans une position économiquement forte, c'est-à-dire qu'ils sont en mesure, soit par le biais de leur pouvoir de négociation, soit par leur comportement sur le marché situé en aval, de restreindre la capacité de l'entreprise en cause d'agir de manière essentiellement indépendante sur le marché pertinent (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 363 s.).

**10.6.2** Dans sa décision, l'autorité inférieure retient que la recourante détenait, sur le marché du contenu situé en aval, [...] % des offres de base en Ville de Genève pour l'année 2015. Elle constate de plus que les services prestés par les IDI cuivre et fibre optique n'influencent pas le raisonnement des propriétaires d'immeubles sur le marché du raccordement au télésexeau et que ces derniers ne peuvent pas renoncer au télésexeau. En effet, pour des raisons historiques, les consommateurs s'attendraient à ce que l'offre de base du télésexeau soit disponible dans leur appartement. L'autorité inférieure estime ainsi qu'il n'existait, par conséquent, pas de pression concurrentielle suffisamment forte sur le marché du contenu situé en aval pour remettre en question la position dominante de la recourante sur le marché pertinent.

La recourante estime, quant à elle, que l'autorité inférieure aborde de façon lacunaire la question de la concurrence sur le marché du contenu situé en aval. Elle souligne qu'une observation de ce marché démontrerait une nette prédominance de Swisscom sur l'ensemble des infrastructures et des services considérés. Dite observation confirmerait également que la position de Swisscom est restée stable, voire en légère baisse, dans les segments de la téléphonie et de l'accès à Internet, mais en augmentation « fulgurante » dans le domaine de la télévision numérique. La recourante considère ainsi que Swisscom détient, à tout le moins, une position importante sur le marché et que la progression des offres groupées, de même que la diversité des prestataires de services actifs dans le domaine, ne permettent à aucun acteur sur le marché de se comporter de façon indépendante.

**10.6.3** En l'occurrence, il y a lieu d'emblée d'exclure toute pression concurrentielle provenant des prestataires de services de

télécommunications via le réseau mobile à large bande, à tout le moins s'agissant des services de télévision et d'accès à Internet, en tant que les vitesses offertes durant la période de l'enquête étaient notoirement plus lentes. La recourante ne s'attarde d'ailleurs pas sur ce point.

**10.6.4** Des services de télévision peuvent être fournis par le biais d'une antenne satellite. Lorsqu'il s'agit d'une antenne collective, le signal est acheminé par le biais de l'IDI coaxiale (cf. supra consid. 9.2.2). La société [...] estime à 75 % le nombre de bâtiments pourvus d'une antenne collective en toiture (cf. acte 155). Elle ne renseigne toutefois pas sur le nombre d'abonnements individuels au satellite. Toutefois, compte tenu du temps d'accès au satellite, celui-ci ne proposait pas, durant la période de l'enquête, de services Internet à haut débit ou de téléphonie comparables à ceux de la recourante (ch. 32 de la décision attaquée). Force est ainsi de constater qu'aucun prestataire de services de télécommunications via satellite n'était en mesure d'exercer une pression concurrentielle à même de discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au teleréseau.

**10.6.5** Quant aux services de base et à valeur ajoutée, accessibles via les IDI cuivre et fibre optique en Ville de Genève, il y a lieu de relever que, en réponse au questionnaire du 22 avril 2016, Swisscom a répondu avoir commercialisé plusieurs offres « triple play » à valeur ajoutée jusqu'au premier trimestre 2014. L'offre la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à [...] francs par mois. Par la suite, Swisscom a commercialisé d'autres offres, dont la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à [...] francs par mois (cf. ch. 371 de la décision attaquée ; acte 126). Swisscom a également offert, depuis lors, une offre « triple play » de base au prix de [...] francs par mois. Selon les chiffres fournis par Swisscom, cette dernière prestait, en 2013, des offres à valeur ajoutée dans [...] unités d'habitation, en 2014, respectivement des offres de base et à valeur ajoutée dans [...] et [...] unités d'habitation, et, en 2015, dans [...] et [...] unités d'habitation (cf. ch. 373 de la décision attaquée ; acte 126).

Sunrise a, quant à elle, répondu en indiquant ne fournir aucune offre « triple play » inférieure à [...] francs. Il s'agit toutefois là uniquement de l'offre Internet la moins chère, sans télévision ni téléphonie. En tenant compte des offres comprenant les trois services, l'offre la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à [...] francs par mois (cf. ch. 375 de la décision attaquée ; acte 125). L'offre la moins chère de Sunrise se différencie toutefois en matière de prix et de prestations de l'offre de base

de la recourante et se rapproche davantage des offres à valeur ajoutée les moins chères. Il suit de là que Sunrise ne preste que des offres dites à valeur ajoutée. Cette dernière prestait, en 2012, ses offres dans [...] unités d'habitation, puis en 2013, dans [...] unités d'habitation, en 2014, dans [...] unités d'habitation et enfin, en 2015, dans [...] unités d'habitation (cf. ch. 375 de la décision attaquée ; acte 125).

Quant à Wingo, elle commercialisait des services multimédias dès août 2011 s'élevant entre [...] francs par mois et [...] francs par mois. Ces deux offres n'incluaient ni la télévision numérique, ni la téléphonie fixe jusqu'en mars 2013. Dès avril 2013, Wingo a offert des offres combinées « triple play » au prix de [...], de [...] francs, et de [...] francs (cf. ch. 379 de la décision attaquée ; acte 112). L'offre la moins chère s'apparente en terme de prix et de prestations à l'offre de base de la recourante. Wingo prestait des offres de base respectivement à valeur ajoutée, en 2013, dans [...] et [...] unités d'habitation, en 2014, dans [...] et [...] unités d'habitation, et, en 2015, dans [...] et [...] unités d'habitation (cf. ch. 380 de la décision attaquée ; acte 112).

VTX a fourni [...] offres « triple play » en 2011, [...] en 2012, [...] en 2013, [...] en 2014 et [...] en 2015, l'offre la moins chère s'élevant à [...] francs par mois (cf. ch. 382 s. de la décision attaquée ; acte 111).

Enfin, Green.ch a commercialisé des services multimédias à un total de [...] clients de 2011 à 2015, l'offre la moins chère s'élevant à [...] francs par mois (cf. ch. 384 s. de la décision attaquée ; acte 122). A titre de comparaison, il y a lieu de rappeler que la recourante a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, la grande majorité consistant en des offres de base (cf. ch. 226 ss et 387 ss de la décision attaquée ; acte 115).

Dans le cadre de la présente procédure, il ne s'agit pas de déterminer si la recourante est ou non en position dominante sur le marché de contenu situé en aval, que cela soit sur le segment des offres « triple play », de base ou à valeur ajoutée, des offres « dual play » ou des services prestés de manière individuelle. Il y a bien plus lieu d'examiner si la puissance des autres acteurs du marché suffit à discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au teleréseau en Ville de Genève.

Sur ce point, le tribunal constate que la recourante prestait, durant la période de l'enquête, près de [...] % des offres de base « triple play » et

que Swisscom ne preste de telles offres que depuis 2014. S'agissant des offres à valeur ajoutée, la recourante n'en preste aucune (cf. supra consid. A.a), celles-ci étant proposées au consommateur directement par UPC, dont le groupe détient [...] % du capital-actions de la recourante. Toutefois, il ressort du dossier que l'analyse des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève laissait transparaître un pourcentage de clients en faveur du télé-réseau variant entre [...] %, [...] (cf. ch. 389 de la décision attaquée et les actes ci-avant).

Si la recourante est certes moins puissante sur le marché des services multimédias situé en aval s'agissant des offres à valeur ajoutée que s'agissant des offres de base, il n'en demeure pas moins qu'elle fait partie des acteurs principaux sur ce secteur, [...].

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir tenu compte uniquement des offres « triple play » (de base ou à valeur ajoutée) et non des offres « dual play » ou des services prestés individuellement. Il y a toutefois lieu de relever qu'elle ne produit aucun élément qui démontrerait en quoi la prise en compte de ces offres aurait modifié les conclusions auxquelles parvient l'autorité inférieure. Elle ne produit notamment aucun chiffre spécifique à la Ville de Genève, mais reconnaît que « *l'analyse de [l'autorité inférieure] peut néanmoins être suivie sur un point, à savoir le caractère essentiel pour les opérateurs d'être en mesure de proposer des offres groupées aux consommateurs, ce type d'offre étant en progression marquée au cours de la période sous revue* » (cf. ch. 221 du mémoire de recours). Il suit de là qu'il importe peu, contrairement à ce que soutient la recourante, que l'autorité inférieure ait centré son analyse sur les offres « triple play » de base et à valeur ajoutée, et non sur les offres « dual play » et sur les services fournis individuellement. On ne saisit pas en quoi la prise en compte de l'ensemble des possibilités de combinaison des trois services de télévision, téléphonie et Internet aurait modifié les conclusions de l'analyse à laquelle a procédé l'autorité inférieure, au surplus compte tenu des allégations de la recourante reproduites ci-dessus.

**10.6.6** Enfin, on ne saisit pas en quoi les consommateurs de services de télécommunications exerceraient une quelconque pression concurrentielle sur le comportement de la recourante. En effet, à l'instar des propriétaires d'immeubles (cf. supra consid. 10.5.3), le nombre de consommateurs auxquels fait face la recourante est important et, en raison du montant de l'abonnement mensuel de base par unité d'habitation se situant entre [...] et [...] francs entre 2014 et 2016 (cf. ch. 471 du mémoire de recours), le

chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec un consommateur pris individuellement est faible.

**10.6.7** Il suit de là que, quand bien même il y a lieu d'admettre l'existence d'une certaine concurrence entre les prestataires de services sur le marché du contenu situé en aval, force est de constater que la pression concurrentielle exercée par ces derniers n'a pas été suffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au télé-réseau durant la période de l'enquête.

**10.7** Pour apprécier l'existence d'une position dominante sur le marché, il y a enfin lieu, le cas échéant, de tenir compte de la structure de l'entreprise en cause, dès lors que celle-ci peut encourager ou, au contraire, limiter sa capacité d'agir de manière essentiellement indépendante. Dans ce cadre, il y a lieu de tenir compte, par exemple, de son appartenance à un groupe multinational d'entreprises actives depuis de nombreuses années ou dans de nombreux pays, du degré d'intégration verticale ou du contrôle exercé sur le système de distribution (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 470 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 350 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 131 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart n° 251).

En l'occurrence, la recourante est détenue, d'une part par la Ville de Genève, et d'autre part par UPC Cablecom Holdings GmbH. Il est notable que cette dernière fait partie du groupe Liberty Global, le plus grand câblo-opérateur à l'échelle mondiale (cf. [www.upc.ch/fr/qui-sommes-nous/liberty-global/](http://www.upc.ch/fr/qui-sommes-nous/liberty-global/) ; [www.libertyglobal.com/about/who-we-are/](http://www.libertyglobal.com/about/who-we-are/), tous deux consultés le 13 août 2020). Dans ce contexte, la participation du groupe Liberty Global dans le capital-actions de la recourante renforce le sentiment selon lequel la recourante est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché.

**10.8** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la recourante a pu, durant l'entier de la période de l'enquête, se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève. Elle était en mesure sinon de déterminer, à tout le moins d'influencer notablement, les conditions dans lesquelles la concurrence se développait sur ce marché, sans avoir à tenir compte de la réaction des autres acteurs du marché et sans que cette attitude lui ait, à ce jour, porté préjudice.

Il suit de là que la recourante disposait, durant la période de l'enquête, d'une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.

Mal fondés, les griefs de la recourante doivent être rejetés sur ce point.

## 11.

Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position dominante et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart).

**11.1** Le droit de la concurrence n'interdit pas d'occuper une position dominante sur le marché et celle-ci n'est pas abusive en soi, le sens de la concurrence consistant justement à acquérir une position forte grâce au succès économique et à la croissance interne (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1, 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1, 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.4 et 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1 ; EVELYNE CLERC, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd. 2013, art. 7 al. 1 LCart n° 1 ; BORER, op. cit., art. 7 LCart n° 1 s.).

**11.1.1** La position dominante devient cependant problématique lorsque, comme l'indique l'art. 7 al. 1 LCart, un comportement abusif s'y ajoute, l'entreprise en position dominante étant en effet tout particulièrement responsable de son comportement sur le marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1 ; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 7 LCart n° 1 s. et 37). Le comportement abusif peut être dirigé contre d'autres entreprises ou contre les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante. C'est pourquoi l'art. 7 al. 1 LCart distingue deux formes d'abus.

Dans le premier cas, l'entreprise dominante entrave d'autres entreprises dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice. Le concept d'entrave peut prendre plusieurs formes (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 45). Il vise toutes les mesures anticoncurrentielles d'entreprises dominantes, dirigées directement contre ses concurrents actuels ou potentiels (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564), et qui limitent l'action de ces derniers sur le marché dominé ou sur des marchés voisins (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 43). Il importe donc peu que l'entrave intervienne

sur le marché où la position dominante est occupée, sur un marché en amont ou sur un marché en aval (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 45).

Dans le second cas, l'entreprise dominante désavantage ses partenaires commerciaux, c'est-à-dire ses fournisseurs ou ses clients, en ceci qu'elle leur impose, par exemple, des conditions ou des prix inéquitables ou discriminatoires (cf. ZÄCH, Kartellrecht, p. 303 ss ; IDEM, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in : Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 186 ss, 198 ss, 213 ss, ci-après : Verhaltensweisen). Sont caractéristiques d'une pratique d'exploitation les efforts consentis par une entreprise qui utilise sa position dominante dans le but d'obtenir des avantages économiques et de porter atteinte aux intérêts de ses partenaires commerciaux et de ses usagers (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 46).

Certains comportements abusifs peuvent constituer à la fois une pratique d'entrave et une pratique d'exploitation (cf. ZÄCH, Kartellrecht, p. 316 ; IDEM, Verhaltensweisen, p. 198 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 53). Il est par conséquent sans importance que le comportement à analyser soit une pratique d'entrave ou une pratique d'exploitation (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 388 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 42). Il est en revanche essentiel d'analyser de manière individuelle le caractère abusif et anticoncurrentiel du comportement en cause (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1 ; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510).

**11.1.2** L'art. 7 al. 2 LCart dresse un catalogue exemplatif de pratiques d'entrave ou d'exploitation (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1 ; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 509 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 387 ; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 5). Il convient néanmoins, dans tous les cas, d'apprécier si le comportement de l'entreprise est abusif ou non en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart. Autrement dit, il y a lieu d'examiner au cas par cas si un comportement décrit à l'art. 7 al. 2 LCart constitue une pratique d'entrave ou d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2). Les éléments constitutifs de l'art. 7 al. 2 LCart ne dénotent donc pas automatiquement une pratique illicite au sens de l'al. 1, de la même façon qu'un même comportement peut remplir les éléments constitutifs de plusieurs pratiques citées à l'art. 7 al. 2 LCart

(ZÄCH, Kartellrecht, p. 316; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 107 ss). Il faut donc procéder à un double examen lorsque ces éléments constitutifs sont donnés. Il s'agit, dans un premier temps, d'identifier concrètement l'existence d'une atteinte à la concurrence, c'est-à-dire l'existence d'une entrave à la concurrence affectant d'autres entreprises ou l'exploitation de partenaires commerciaux de l'entreprise dominante, puis, dans un second temps, d'examiner d'éventuelles considérations commerciales légitimes (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2, 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2 et 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1; arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* consid. 388 et B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510).

**11.1.3** Un comportement n'est illicite que s'il n'existe aucune considération commerciale légitimant l'entrave ou l'exploitation (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564 ss ; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 99 ; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 7 LCart n° 5 (cité : SHK) ; BORER, op. cit., art. 7 LCart n° 9 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 57 ss et 155 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 206). De telles considérations existent en particulier lorsque l'entreprise concernée peut fonder son comportement sur des principes commerciaux (par ex. demande d'informations sur la solvabilité de ses partenaires contractuels ; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564 ; ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2 ; pour d'autres raisons, cf. not. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2). Les éléments factuels à même de justifier une pratique d'entrave ou d'exploitation doivent être avancés et présentés de manière suffisamment détaillée par l'entreprise dominante. Une simple déclaration en termes généraux ou vagues ne suffit pas (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.4.2).

**11.2** Dans sa décision attaquée, l'autorité inférieure a retenu que le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève remplissait indifféremment les conditions de l'art. 7 al. 2 let. c et let. e LCart et qu'il se manifestait donc par l'imposition de conditions commerciales inéquitables et par une limitation des débouchés et du développement technique. En revanche, elle a estimé qu'il ne satisfaisait pas aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. a LCart et a écarté ainsi l'existence d'un refus d'entretenir des relations commerciales.

Avant d'examiner juridiquement ces trois points, il y a lieu d'établir, dans les faits, le comportement reproché à la recourante – ce dernier remplissant, de l'avis de l'autorité inférieure, les conditions de plusieurs



pratiques listées à l'art. 7 al. 2 LCart –, en commençant par présenter les différentes conventions et contrats utilisés par la recourante.

**11.2.1** La prestation de services de télécommunications par le biais du télé-réseau de la recourante fait intervenir une série de conventions et de contrats entre les différents acteurs du marché :

- La convention de raccordement immobilier (CRI) ;
- Le contrat de raccordement individuel ;
- Le contrat de raccordement collectif ;
- Les conditions générales de la recourante ;
- Le contrat de modernisation des IDI coaxiales ;
- Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales.

**11.2.1.1** La convention de raccordement immobilier (CRI) (cf. ch. 236 de la décision attaquée) est signée entre la recourante et le propriétaire de l'immeuble et a pour objet le raccordement d'un immeuble, respectivement des IDI coaxiales de l'immeuble, au télé-réseau de la recourante. La conclusion d'une CRI n'entraîne aucune obligation financière récurrente pour le propriétaire d'immeuble, ni aucune obligation de conclure un contrat de raccordement collectif ou individuel (cf. ci-dessous ; ég. acte 115 p. 22). Il serait donc théoriquement possible qu'un immeuble soit raccordé au télé-réseau par une CRI sans qu'aucune unité d'habitation ne bénéficie de l'offre de base en raison de l'absence de contrat de raccordement individuel ou collectif. Dans ce cas de figure, la recourante ne perçoit aucun montant périodique pour l'immeuble (cf. acte 115 p. 13). Elle a toutefois indiqué en cours d'enquête que cette situation n'était pas nécessairement dénuée d'intérêt pour elle dans la mesure où elle peut alors emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures et relier ainsi plus facilement des immeubles voisins sans passer par la voie publique (cf. acte 115 p. 23, note 5).

En annexe de sa dénonciation du 8 avril 2013, l'intimé a transmis trois CRI de la recourante, (cf. acte 1 annexes 8), dans lesquelles figurent notamment les clauses suivantes :

Art. 2.2 de la CRI

*L'installation intérieure doit répondre aux spécifications techniques établies par [la recurante], qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place. L'installation intérieure ne peut être établie et modifiée que par un installateur expérimenté, préalablement approuvé par écrit par [la recurante].*

Cette disposition avait la teneur ci-dessus de 2009 à 2015, celle-ci étant identique dans les exemples les plus récents transmis par la recurante (cf. acte 115, annexes 24).

Art. 9.4 de la CRI

*Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par [la recurante] et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'installation intérieure raccordée à la boîte d'injection [...], [la recurante] est autorisée à résilier la présente convention et/ou suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection et/ou des accès individuels de l'une ou l'autre des unités locatives à l'installation intérieure, ce qui entraînerait la coupure immédiate de tout ou partie des services fournis par [la recurante] et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires. [La recurante] peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension.*

Cette disposition avait la teneur ci-dessus entre décembre 2009 et juillet 2015 selon les dires de la recurante (cf. acte 163, réponse 4).

A compter du mois de juillet 2015, la recurante a remplacé le début de l'art. 9.4 de la CRI par la phrase suivante : « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par [la recurante] et/ou que le [propriétaire] refuserait la remise en état de celle-ci lorsqu'elle perturbe la réception des signaux arrivant dans la boîte d'injection jusqu'aux prises situées dans les unités locatives de l'immeuble et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'installation intérieure raccordée à la boîte d'injection [...]* » (cf. acte 115 annexe 24).

**11.2.1.2** Le contrat de raccordement individuel (cf. ch. 238 de la décision attaquée) est conclu entre le consommateur et la recurante. Il permet à celui-là d'avoir accès, lorsque l'immeuble est préalablement raccordé au téléseuil de la recurante, par le biais d'une CRI, à une offre de base pour un montant d'environ [...] francs par mois et par unité d'habitation. Ce faisant, il bénéficie de certains services limités en matière de radio/télévision, téléphonie et Internet. Cette offre a été lancée en 2008 en partenariat avec UPC (cf. acte 165 annexe 12), la recurante ne prestant directement aucun service dans le domaine téléphonie et Internet. Le montant d'environ [...] francs inclut le prix du raccordement de l'unité d'habitation, les prestations de l'offre « triple play » de base, la redevance

au titre de droits d'auteur et la TVA (cf. acte 115 pp. 16 et 28). Il est le même quel que soit le nombre de prises IDI activées au sein de l'unité d'habitation concernée (cf. acte 115). Les contrats de raccordement individuel sont conclus pour une durée minimale de [...] mois, résiliables ensuite [...] (cf. acte 115 annexe 26a, art. 3.4.1). La souscription à une offre de base est un préalable nécessaire et indispensable pour pouvoir souscrire à des services à valeur ajoutée proposés par UPC (cf. ch. 221 de la décision attaquée ; acte 115 p. 10 s.). Il ressort du dossier qu'entre 2011 et 2015, environ [...] % des raccordements au télé-réseau de la recourante reposaient sur un contrat individuel (cf. ch. 227 de la décision attaquée ; acte 115 p. 13).

**11.2.1.3** Le contrat de raccordement collectif (cf. ch. 238 de la décision attaquée) est conclu entre le propriétaire de l'immeuble et la recourante. Il permet d'offrir collectivement à l'ensemble des unités d'habitation de l'immeuble les différents services relevant de l'offre de base décrite ci-dessus (cf. supra consid. 11.2.1.2 ; acte 115 p. 16). Chaque unité d'habitation a la possibilité de renoncer aux prestations offertes, auquel cas l'unité d'habitation est déconnectée individuellement du réseau ou la prise est plombée selon que les prises IDI coaxiales sont montées en série ou en étoile (cf. supra consid. 0). Le propriétaire paie à la recourante un montant d'environ [...] francs par mois, par unité d'habitation recevant le signal du télé-réseau (hors les unités dont la prise est déconnectée ou plombée ; cf. ch. 238 de la décision attaquée). [...]. Les contrats de raccordement individuel sont conclus pour une durée minimale de [...] mois, résiliables ensuite [...] (cf. acte 115 annexe 26a, art. 3.4.2). Le montant de la souscription à l'offre de base est ensuite facturé séparément par le propriétaire au locataire ou inclus dans les charges locatives. Il ressort du dossier qu'entre 2011 et 2015, environ [...] % des raccordements au télé-réseau de la recourante reposaient sur un contrat collectif (cf. ch. 227 de la décision attaquée ; acte 115 p. 13).

**11.2.1.4** Les conditions générales de la recourante sont réunies dans un seul document, dont certaines clauses s'appliquent aussi bien à la CRI, qu'aux contrats de raccordement individuel ou collectif (A 115 annexes 26, art. 4 à 13 des conditions générales).

Celles-ci prévoient notamment, à leur art. 2.3, que « [l'IDI] *doit être conforme aux spécifications techniques établies par [la recourante], qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place [...]* ». Cette teneur était présente dans les conditions remises à l'autorité inférieure en

2009 et en 2015, de sorte qu'il y a lieu de retenir qu'elles ont été appliquées durant toute cette période (cf. actes 1 annexe 9 et 115 annexes 26a à c).

**11.2.1.5** Le contrat de modernisation des IDI coaxiales est conclu entre le propriétaire de l'immeuble et la recourante (cf. ch. 242 ss de la décision attaquée ; not. actes 91 annexe 26 et 115 p. 33 s.). Il porte sur la mise à niveau des IDI coaxiales s'inscrivant dans le contexte de la modernisation de l'ensemble du télé-réseau opérée par la recourante dès 2006 (cf. acte 115 p. 33 s.). Dans ce cadre, plusieurs choix s'offrent aux propriétaires d'immeubles si les IDI nécessitent une modernisation : le faire à leur frais ou les faire moderniser et maintenir aux frais de la recourante, moyennant la conclusion d'un contrat de modernisation pour une période de cinq ans. Ce contrat est résiliable avant l'échéance de la période de cinq ans, moyennant paiement d'une indemnité à la recourante (p. ex. A 115 annexe 33a, art. 5.5).

La recourante a porté au dossier plusieurs contrats de modernisation des IDI coaxiales (cf. acte 115 annexe 33a). Ceux-ci reposent notamment sur les clauses suivantes :

Art. 1 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

1.1 [La recourante] s'engage à fournir gratuitement au [Propriétaire] une opération de modernisation des [IDI] connectées au Raccordement [...].

1.2 En contrepartie de la modernisation des Installations de l'Immeuble, le Propriétaire s'engage envers [la recourante] à respecter les engagements ressortant du présent contrat, en particulier ceux de l'article 7 ci-dessous ainsi que les engagements ressortant des conditions générales de modernisation et d'entretien.

[...] 1.6 Le présent contrat de modernisation des Installations, avec option d'entretien et de modernisation des Installations, ne peut porter que sur des immeubles dont les Installations sont exclusivement consacrées à la fourniture de Services à travers le Réseau Câblé [...].

A noter qu'il est indiqué en préambule des contrats que par « Services », il y a lieu d'entendre les services « que [la recourante], et/ou ses cocontractants, fournit, ou dont elle autorise l'accès, par contrat(s) séparé(s), directement ou indirectement, à ses clients ».

Art. 5 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

5.2 Le présent contrat est conclu pour une durée de 5 ans. [...]. Les conventions particulières sur la durée découlant, par exemple, d'une campagne marketing sont réservées.

[...] 5.5 [La recourante] accorde une option de sortie au Propriétaire, à teneur de laquelle le Propriétaire pourra décider de mettre valablement fin au présent contrat aux conditions mentionnées dans le présent article. En ce qui concerne la modernisation des Installations : l'option de sortie pourra être exercée au plus tôt 2 ans après l'achèvement de l'opération de modernisation des Installations par Télégenève, moyennant le paiement à Télégenève d'une indemnité de sortie [...]. Le montant de [l'indemnité de sortie] sera calculé par [la recourante] en prenant en compte tout particulièrement (i) les dépenses effectuées ou en cours par, ou pour le compte de [la recourante] dans l'exécution du présent contrat et (ii) la durée pendant laquelle le présent contrat aura déployé ses effets au moment de l'exercice de l'option de sortie [...].

[...] 5.7 Pour le cas où [la recourante] constaterait que les Installations ne respectent pas les exigences mentionnées aux articles 1.5 et 1.6 ci-dessus, pour un motif antérieur ou postérieur à la conclusion du contrat, [la recourante] aura la faculté de résilier par écrit le présent contrat avec un préavis de 30 jours, avec effet à la fin d'un mois civil. Toute résiliation de [la recourante] en conformité avec le présent article 5.6 ne donnera droit à aucun dédommagement. En outre, [la recourante] aura la faculté de réclamer au Propriétaire les dommages et intérêts en relation avec la violation des articles 1.5 et/ou 1.6, en particulier les dépenses consenties et en cours dans l'exécution du présent contrat, et de conserver, le cas échéant réclamer, en sus tout montant au titre de Prime pour la durée du présent contrat.

#### Art. 7 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

7.2 En outre, le Propriétaire et le Mandataire prennent chacun et tout particulièrement les engagements suivants dans le cadre du présent contrat de modernisation et/ou d'entretien et de réparation des installations : (a) le Propriétaire et le Mandataire s'engagent à n'effectuer, et/ou faire effectuer, aucun changement sur les Installations, sauf accord préalable écrit et exprès de [la recourante] ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [la recourante] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations ; (b) le Propriétaire et le Mandataire s'engagent à n'autoriser aucun tiers à accéder aux Installations, sauf accord préalable de [la recourante] et/ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [la recourante] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations.

La recourante indique que le premier contrat de modernisation sous contrat de raccordement collectif a été signé le 20 avril 2009 et que le premier contrat de modernisation sous contrat de raccordement individuel l'a été le 6 juillet 2012 (cf. acte 115 réponse 49).

La documentation publicitaire de la recourante contient notamment la mention suivante : « Le Contrat de modernisation des [IDI] assure la mise à niveau de l'installation intérieure de vos immeubles. Vos résidents pourront accéder aux services multimédias d'aujourd'hui et de demain, ce qui garantit une vraie plus-value du bien immobilier. En échange, [la

recourante] *obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de 5 ans. Vous bénéficiez d'une option de sortie payante au plus tôt 2 ans après la modernisation* » (cf. acte 53 annexe 3).

**11.2.1.6** Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales consistent en un certain nombre de documents émis par la recourante à l'attention des installateurs professionnels de réseaux. Le dossier contient notamment un document rédigé par la recourante intitulé « recommandations techniques des installations de distribution intérieure d'immeubles (IDI) selon la norme CG20001G » (cf. acte 64 annexe 2). Selon la recourante, ses recommandations sont directement issues de la réglementation et des directives de la profession (cf. acte 198 N 287).

Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales, datées de décembre 2015, mentionne que « [les] *équivalences de matériel sont acceptées pour autant qu'elles correspondent strictement aux exigences ; [la recourante] se réserve le droit de refuser une installation qu'elle jugerait non conforme* » (cf. acte 64 annexe 2).

**11.2.2** L'autorité inférieure a interprété certaines clauses contractuelles contenues dans les conventions et contrats ci-dessus en ce sens qu'elles permettraient à la recourante de s'assurer un contrôle sur les installations intérieures d'immeubles et d'obtenir l'usage exclusif des IDI coaxiales. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par les propriétaires d'immeubles de respecter les spécifications techniques établies par la recourante au sujet de l'IDI coaxiale, de l'obligation de faire approuver le schéma d'installation par la recourante préalablement à sa mise en place, de la faculté pour la recourante de résilier le raccordement au télé-réseau ou de suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection ou des accès individuels aux IDI coaxiales en cas d'utilisation d'un système tiers et de l'engagement pris par les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI coaxiales exclusivement pour les services de la recourante en cas de modernisation de l'IDI aux frais de cette dernière.

La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, n'avoir jamais résilié le raccordement au télé-réseau en cas d'utilisation d'un système tiers et n'avoir pas résilié de contrat de modernisation en cas de violation des engagements et des garanties du propriétaire. Elle souligne que ses conditions commerciales ne limiteraient aucunement l'accès aux immeubles raccordés à son télé-réseau tant au niveau des infrastructures que des services aux consommateurs.

L'intimé, pour sa part, estime que les conditions commerciales de la recourante visent à monopoliser les IDI coaxiales en faveur de la recourante.

Partant, il s'agit, à ce stade, de déterminer si les conditions contractuelles de la recourante lui permettent d'obtenir ou de maintenir un certain contrôle sur l'utilisation des installations intérieures d'immeubles et d'obtenir l'usage exclusif des IDI coaxiales. En tant que la recourante le conteste, il y a lieu d'examiner si cela peut être déduit d'une interprétation desdites clauses.

**11.2.2.1** A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit en premier lieu recourir à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la clause (art. 18 CO ; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A\_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) – qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

**11.2.2.2** Lorsqu'une partie, au moment de conclure, présente des conditions contractuelles préétablies, elle manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions. Lorsque la volonté réelle concordante de l'autre partie contractante n'a pas été constatée ou ne peut pas l'être, comme c'est le cas, en l'espèce, en présence d'un nombre important d'autres parties contractantes, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de

bonne foi. Cela conduit à une interprétation objective des termes contenus dans des conditions préétablies, même si celle-ci ne correspond pas à la volonté intime de la partie qui a rédigé les conditions (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3. et 122 III 118 consid. 2a).

**11.2.2.3** Dans ces conditions contractuelles, la recourante se réserve d'abord le droit d'approuver le schéma de l'installation intérieure préalablement à son activation et exige que celle-ci soit conforme aux spécifications techniques qu'elle établit (art. 2.2 de la CRI, art. 2.3 des conditions générales de la recourante ; cf. supra consid. 11.2.1.1 et 11.2.1.4), spécifie qu'aucun changement ne doit avoir lieu sur les installations (art. 7.2 du contrat de modernisation des IDI coaxiales ; cf. supra consid. 11.2.1.5) et se réserve le droit de refuser une installation non conforme à ses recommandations techniques (cf. supra consid. 11.2.1.6). Force est de constater que ces clauses existent. La recourante estime toutefois qu'elles ne pouvaient être comprises que comme un engagement accessoire dans le cadre de ces relations avec les propriétaires d'immeubles destiné uniquement à assurer le bon fonctionnement de ses services et pour éviter qu'un problème en lien avec la responsabilité des différents intervenants ne survienne. Elle considère que les propriétaires ne pouvaient comprendre ces clauses que dans ce sens-là, ce qu'attesterait le fait qu'elle n'ait jamais fait usage de sa faculté de résilier le contrat.

Il y a donc lieu de se demander comment les propriétaires d'immeubles pouvaient comprendre de bonne foi de telles conditions.

La recourante indique que ses « spécifications techniques » ne vont pas plus loin que les exigences de Suissedigital (cf. acte 198 N 291) et que c'est uniquement pour s'assurer du bon fonctionnement de l'installation qu'elle se réserve le droit de l'approuver. C'est donc de cette façon uniquement que ces conditions commerciales devaient être comprises par les propriétaires d'immeubles.

Il y a toutefois lieu de relever que la recourante est restée vague, dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, sur la disponibilité de ces « spécifications techniques », ne sachant, par exemple, pas si elles étaient disponibles sur son site Internet (cf. acte 222 réponse 5, p. 6). Elle n'a pas non plus indiqué si ses recommandations techniques concernant les IDI coaxiales mentionnées ci-avant (cf. supra consid. 11.2.1.6) et les « spécificités techniques » mentionnées à l'art. 2.2 de la CRI et dans



d'autres documents contractuels ne faisaient qu'un (cf. ch. 234 de la décision attaquée).

Cette attitude démontre que la recourante ne sait, en réalité, pas, avec certitude, quels standards elle impose pour l'approbation d'une installation intérieure, standards dont la libre disponibilité n'est d'ailleurs pas établie, ni pour les propriétaires, ni pour les installateurs externes. Au surplus, il y a lieu de rappeler que l'art. 2.2 de la CRI ne renvoie pas spécifiquement aux standards fixés par Suissedigital ou une autre association indépendante de la branche, mais bien aux spécifications fixées unilatéralement par la recourante.

On ne saisit donc pas comment les propriétaires d'immeubles pouvaient ainsi comprendre, de bonne foi, que les « spécifications techniques » de la recourante n'allaient pas plus loin que les exigences de Suissedigital et que c'est uniquement pour s'assurer du bon fonctionnement de l'installation que la recourante se réservait le droit d'approuver le schéma d'installation. Il ne peut, au surplus, être exclu que les spécifications techniques de la recourante vont au-delà des exigences usuelles de la branche.

**11.2.2.4** Dans ses conditions commerciales, la recourante exige ensuite que l'installation intérieure soit exclusivement utilisée pour l'accès à ses services ou à ceux de l'un de ses partenaires et se réserve le droit, dans le cas contraire, de résilier la CRI et de suspendre le fonctionnement de la boîte d'injection et des accès individuels à l'IDI coaxiale.

La recourante fait valoir que l'IDI coaxiale peut être librement utilisée par le propriétaire, qui est libre d'installer un système tiers, même en présence d'une CRI (cf. acte 115 p. 7), que cette dernière ne confère d'ailleurs aucune exclusivité d'utilisation à la recourante, et qu'elle ne règle que des modalités d'accès dictées par des considérations techniques. Elle souligne n'avoir jamais, à ce jour, fait usage de la faculté que lui confère l'art. 9.4 de la CRI de résilier et d'interrompre le raccordement en cas d'utilisation simultanée d'un système tiers. Elle fait ainsi valoir implicitement que c'est dans ce sens-là que les propriétaires d'immeubles devaient, de bonne foi, comprendre l'art. 9.4 de la CRI.

Il y a lieu de souligner toutefois que l'art. 9.4 de la CRI mentionne, contrairement à ce que soutient la recourante, expressément que lorsque « *une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement* » pour l'accès aux services de la recourante, cette dernière peut résilier la CRI et

interrompre le raccordement au télé-réseau. Elle l'admet d'ailleurs dans son mémoire de recours (ch. 319), indiquant que « *la CRI n'interdit pas par principe une utilisation de l'IDI coaxiale par des tiers* », mais précise quelques lignes plus bas que « [elle] *ne fait que prévoir [...] la possibilité de résilier la CRI lorsque l'IDI coaxiale n'est pas dédiée exclusivement aux services de la recourante* ». Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ne pouvaient, de bonne foi, comprendre l'art. 9.4 de la CRI que comme une menace selon laquelle les services de la recourante seraient interrompus – qui plus est sans sommation préalable obligatoire – si l'installation intérieure n'était pas utilisée exclusivement pour l'accès aux services fournis par la recourante. Cette disposition peut donc être comprise comme un engagement ferme du propriétaire d'immeuble d'accorder à la recourante l'usage exclusif de l'IDI coaxiale.

**11.2.2.5** Dans la convention de modernisation des IDI coaxiales, la recourante exige enfin que les installations faisant l'objet d'une modernisation soient exclusivement consacrées à la fourniture de ses services. Elle n'autorise aucun tiers à accéder aux installations pendant la durée du contrat et prévoit que ce dernier est conclu pour une durée de 5 ans, avec une option de sortie au plus tôt 2 ans après l'achèvement de la modernisation et moyennant le versement d'une indemnité par le propriétaire.

La recourante souligne que les contrats de modernisation des IDI coaxiales s'inscrivent dans le contexte général de l'évolution des réseaux de télécommunications, qui doivent pouvoir offrir de meilleurs et plus nombreux services aux consommateurs. Elle rappelle que le réseau DSL de Swisscom a lui aussi fait l'objet d'une modernisation et que la modernisation de son réseau était d'autant plus nécessaire au vu du déploiement de la fibre optique. Elle précise que, les infrastructures intérieures appartenant aux propriétaires, il eût été logique que ces derniers en financent la modernisation. Toutefois, celle-ci s'inscrit également dans la perspective d'une offre de services améliorée sur le long terme et sert ainsi également l'intérêt de la recourante. C'est pour cette raison qu'elle aurait proposé aux propriétaires la prise en charge des frais de modernisation. Elle précise ainsi que les propriétaires avaient ainsi le choix de ne rien faire et conserver les installations existantes, d'effectuer la modernisation à leurs propres frais ou d'effectuer la modernisation aux frais de la recourante, le cas échéant assortie d'une option d'entretien des infrastructures. Elle fait valoir qu'aucune clause des contrats de modernisation ne prévoirait une exclusivité d'usage à son bénéfice, mais que le contrat ne ferait que préciser qu'aucun tiers ne peut accéder aux

installations intérieures, sans son accord (cf. acte 115 p. 35 s.). Elle ajoute que cette disposition de nature juridique et technique lui permettrait en théorie de s'opposer à ce qu'un tiers utilise les installations dont elle aurait financé la modernisation, puisque toute utilisation présuppose un accès aux installations. Elle précise avoir clarifié ce point dans une version plus récente du contrat de modernisation. Dans tous les cas, elle souligne que le propriétaire demeure libre de résilier avant son échéance le contrat de modernisation ou d'utiliser ses installations à d'autres fins que la seule transmission des signaux du télé-réseau de la recourante, moyennant une indemnité pour les investissements réalisés » (cf. acte 115 p. 35 s.). Elle précise cependant que, si les contrats de modernisation prévoyaient la possibilité de résilier le contrat et de réclamer un dédommagement au propriétaire en cas de violation, par le propriétaire, de ses engagements, elle n'a jamais fait usage de cette disposition (cf. 116 ss du mémoire de recours). Il y a ainsi lieu de déterminer si les propriétaires d'immeubles pouvaient, de bonne foi, parvenir aux mêmes conclusions que la recourante sur la portée du contrat de modernisation des IDI coaxiales.

D'emblée, il y a lieu de relever que personne ne remet en cause l'intérêt de la recourante de moderniser ou de faire moderniser les installations intérieures d'immeubles afin d'augmenter le niveau de ses services et de rester compétitive sur le marché du contenu « triple play ». De même, il ne s'agit pas de remettre en cause le choix de la recourante de moderniser à ses frais les installations d'immeubles. Toutefois, l'art. 1.6 du contrat de modernisation précise qu'il ne peut porter que sur des installations « *exclusivement* » consacrées à la fourniture des services de la recourante. La documentation publicitaire de la recourante mentionne d'ailleurs également qu'en contrepartie de la modernisation, la recourante obtient « *l'usage exclusif des IDI* ». De plus, le propriétaire s'engage « *à n'effectuer, et/ou faire effectuer, aucun changement* » sur les installations et « *à n'autoriser aucun tiers à accéder* » à celles-ci, sans l'accord de la recourante (art. 7.2). Dans le cas contraire, la recourante dispose de la faculté de résilier le contrat et de réclamer le remboursement notamment des dépenses consenties (art. 5.7). Contrairement à ce que soutenait la recourante durant la procédure devant l'autorité inférieure – celle-là a d'ailleurs admis qu'un doute pouvait subsister (cf. ch. 259 de la décision attaquée ; acte 115 p. 35 s.) –, tant le contrat de modernisation que la publicité destinée aux propriétaires d'immeubles font expressément référence à un usage exclusif des IDI par la recourante concédé par le propriétaire.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ne pouvaient, de bonne foi, comprendre les conditions commerciales figurant dans le contrat de modernisation d'immeubles comme le présente la recourante dans le cadre de la présente procédure. Elles peuvent être, de bonne foi, comprises comme un engagement ferme des propriétaires d'immeubles d'accorder à la recourante l'usage exclusif des IDI modernisées, sous peine de devoir indemniser la recourante en cas de non-respect de cette exclusivité.

**11.2.2.6** En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats conclus entre la recourante et les propriétaires d'immeubles et dans les conditions générales de la recourante, il existe un indice que la recourante attachait une certaine importance à la manière dont sont utilisées les IDI coaxiales. Ces clauses ne suffisent toutefois pas à elles seules pour admettre que la recourante souhaitait conserver le contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêchait les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante.

Il sied ainsi d'examiner s'il existe d'autres éléments au dossier qui abondent en ce sens.

**11.2.3** Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que la recourante conservait un certain contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et excluait, par là-même, tout tiers potentiel en empêchant les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante, en raison de la nature des clauses mentionnées ci-avant.

**11.2.3.1** Dans son mémoire de recours, la recourante a rappelé qu'elle n'avait jamais fait usage de son droit de résilier le contrat ou de couper le télé-réseau en cas d'utilisation de l'installation intérieure par un système tiers. Ce faisant, elle sous-entend que les propriétaires d'immeubles ne ressentaient aucune pression, malgré la clause litigieuse de la CRI.

Toutefois, il y a lieu de relever que, dans un jugement JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 (cf. acte 17 en annexe), le Tribunal de première instance genevois constate notamment que « *la société [...] active dans l'installation du câble et satellite, n'avait, entre 2004 et 2008, installé aucun système Supermédia en raison du litige existant entre [l'intimé] et [la recourante], hormis chez quelques particuliers résidents dans des villas. La société [...] avait pourtant contacté les régies de la place avec lesquelles elle collaborait, mais faute d'autorisation de leur part (accord ferme ou contrats signés) pendant cette période, la société n'avait pas pris le risque d'installer*

*le système de [l'intimé] par crainte que le téléseu ne fût coupé » (consid. 28).*

Il suit de là que, quand bien même les faits décrits ci-dessus ne concernent qu'une société active dans l'installation du câble et du satellite et portent sur la période 2004 à 2008 – soit avant l'adoption de l'art. 9.4 de la CRI (cf. supra consid. 11.2.1.1), de telles déclarations constituent un indice en faveur d'un risque pour les propriétaires d'immeubles que la recourante coupe unilatéralement le raccordement d'un immeuble au téléseu en cas d'utilisation d'un système tiers. Il ne fait aucun doute que l'art. 9.4 de la CRI, introduit en 2009, était perçu de manière similaire et avait un effet dissuasif sur le comportement des propriétaires.

**11.2.3.2** L'autorité inférieure a examiné différents immeubles sur lesquels le système Supermédia a été ou a voulu être installé en parallèle du téléseu de la recourante. La recourante fait également valoir n'avoir jamais refusé de conclure une CRI en raison de la présence d'un tiers sur une même IDI coaxiale et indique que le système Supermédia est présent sur les immeubles examinés lors de l'enquête.

Il y a lieu de reprendre un à un ces immeubles :

– *Immeuble sis Rue Cramer*

*La recourante a fait savoir à l'intimé, dans un courrier du 25 février 2013, que « [le] couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et [téléseu] pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous pouvons d'ores et déjà vous rappeler que nous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du téléseu dans les schémas de l'installation [...] » (cf. acte 1 annexe 7).*

*Dans un courrier du 27 mars 2013, la recourante a encore informé l'intimé que « [la recourante] a déjà eu l'occasion d'indiquer à [l'intimé] qu'elle désapprouve tout raccordement ne garantissant pas un fonctionnement irréprochable de son service, dont elle est responsable envers le client final. Dans le cas d'espèce, le couplage de deux signaux sur la prise par laquelle est acheminé le signal télévisuel, ceci au moyen d'une installation non validée par [la recourante], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de*

*panne [...] [La recourante] n'a ainsi aucune raison de s'écarter de ses directives claires pour le raccordement au téléseu qu'elle applique indistinctement à tous ses partenaires, dont [l'intimé] » (cf. acte 17 en annexe).*

Dans un courrier du 19 juin 2013 adressé à [...], la recourante a mentionné que « [il] nous manque à ce jour une convention de raccordement d'immeuble (CRI) dûment signée par le propriétaire de l'immeuble, acceptant sans exception nos conditions de raccordement » (cf. acte 6 annexes 10). La recourante l'avait d'ailleurs déjà indiqué dans son courrier du 6 juin 2013 : « Nous sommes malheureusement au regret de vous confirmer à nouveau que nous ne pouvons pas prendre en compte les modifications/ajouts/suppressions qui ont été portés à la Convention de Raccordement d'immeuble 'CRI' » (cf. acte 6 p. 1 et annexes 10). Le courrier de la recourante du 16 mai 2013 va également dans ce sens (cf. acte 6 annexes 10). Dans un courrier du 8 avril 2013 adressé à la recourante, [...] avait, en effet, au préalable mentionné que « [dans] la mesure où le propriétaire a installé à ses frais exclusifs le réseau intérieur de distribution, les clauses relatives auxdits réseaux ont été tracées, le Maître d'Ouvrage ainsi que la future régie entendant rester maîtres de l'utilisation de ce réseau » (cf. acte 6 annexes 10).

La recourante aurait ainsi d'abord refusé de raccorder les immeubles à son téléseu en raison de la présence du système Supermédia, respectivement si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée (cf. acte 154 réponse 3a). La recourante fait valoir dans sa prise de position du 16 octobre 2017 que le raccordement au téléseu aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique remis par l'intimé (cf. acte 198 N 390).

Le système Supermédia a pu finalement être installé et une antenne TNT a été installée à la place du téléseu de la recourante (cf. actes 1 annexes 7 à 9, 6 et annexes, et 165 réponse 1a). L'immeuble n'a donc pas été raccordé au téléseu de la recourante (cf. acte 198 N 16 et 392), contrairement au souhait initial du maître d'ouvrage (cf. acte 6 annexes 10).

– *Immeuble sis Rue Le-Fort*

La recourante a refusé de raccorder l'immeuble en raison de la présence du système Supermédia en parallèle. Elle a déclaré que

« [elle] refuse de connecter le téléseu sur les boîtiers proposés par [l'intimé] en raison notamment du risque de piratage et des risques d'interférence » (cf. acte 165 annexe 5 consid. 29). Une négociation de longue haleine s'en est suivie entre l'entreprise générale de construction et la recourante, celle-ci ayant fini par saisir la justice en 2008 d'une action en cessation du trouble à l'encontre du propriétaire et de l'intimé, laquelle n'aurait toutefois pas abouti. Il se serait agi du premier marché pour le système Supermédia (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 26 en annexe ; actes 139 et 165 réponse 1b et annexes 4 et 5). L'immeuble a finalement été raccordé au téléseu au plus tard en 2006 (cf. acte 198 N 16 [qui mentionne 2006] et acte N 399 [qui mentionne 2004]), en parallèle du système Supermédia (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 6 en annexe ; ég. acte 139). Le satellite et le téléseu utilisent une seule IDI coaxiale (cf. acte 198 N 16 et 395).

– Immeuble sis Route de Malagnou

Le système Supermédia a été dénigré par les responsables de la recourante, ce qui a provoqué la procédure pénale s'étant soldée par l'arrêt du TF 6B\_824/2007 du 17 avril 2008 (acte 91 ; cf. infra consid. 11.2.3.4). Le système Supermédia a été installé en fin de compte et l'immeuble a été raccordé au téléseu en 2004. Toutefois, l'immeuble repose sur deux IDI coaxiales parallèles utilisant chacune leur propre signal (cf. acte 198 N 16 et 402).

– Immeuble sis Rue Abraham-Gevray

Dans un courrier du 7 mars 2014 adressé à l'intimé, la recourante a fait savoir que « nous vous informons qu'à ce jour, nous n'avons toujours pas reçu la [CRI] dûment signée par le propriétaire ou sa gérance. Au vu de ce qui précède, nous ne sommes pas en mesure de terminer les travaux permettant le raccordement de l'immeuble au téléseu » (cf. acte 23 et ses annexes). L'intimé indique que le propriétaire avait initialement refusé de signer la CRI de la recourante en raison des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale. Vu le refus de la recourante de revoir sa position, l'intimé a procédé à l'installation de la TNT à ses propres frais (cf. actes 27 p. 3, 139, et 165 réponse 1d et annexe 7). L'immeuble a par la suite été raccordé au téléseu en 2016 suite à la signature de la CRI par le propriétaire (cf. acte 198 N

16 et 405). L'immeuble repose sur deux IDI coaxiales parallèles utilisant chacune leur propre signal (cf. acte 198 N 16).

– Résidence [...] à Coligny

Dans un courrier du 20 mai 2008, adressé à l'agence immobilière [...], la recourante a indiqué que « [votre] *décision de choisir* [le système Supermédia], *sans nous avoir donné l'opportunité de présenter nos solutions techniques contrairement à ce qui s'est passé avec notre concurrent, nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et [à] la mise en place d'un tel projet [...]. Nous sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si la copropriété souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Télé réseau »* (cf. acte 91 annexe 20).

La résidence, qui représente plusieurs centaines d'appartements, n'a ainsi pas été raccordée au télé réseau (cf. actes 91 réponse B12 et annexe 20, 165 réponse 1e et annexe 8, ainsi que 198 N 407). Dans sa prise de position, la recourante a néanmoins expliqué la teneur de son courrier en indiquant que ce projet était particulier en ce sens qu'il se situait en dehors de la zone qu'elle dessert, et qu'amener le télé réseau jusqu'à Coligny aurait dès lors été un projet hors normes. Ce raccordement aurait selon la recourante demandé des investissements très importants liés à l'éloignement géographique de cet immeuble avec le tracé existant de son télé réseau. Dans ces circonstances, la recourante a indiqué qu'elle ne pouvait espérer avoir un retour sur investissement que si une majorité des résidents décidaient de s'abonner auprès d'elle. Or, les contacts avec les copropriétaires s'étant révélés difficiles, la recourante aurait retiré son offre (cf. acte 198 N 343 ss).

Il y a ainsi lieu de relever que, pour la majorité des immeubles examinés dans le cadre de l'enquête, ceux-ci ont effectivement été, au final, raccordés au télé réseau de la recourante, ce à quoi s'ajoute que des systèmes satellitaires y sont également présents (cf. ch. 298 ss de la décision attaquée ; acte 198 N 16). Toutefois, la recourante a toujours exigé la signature de sa CRI, sans modification, avant de raccorder un immeuble (cf. p. ex. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 28 en annexe ; ég. actes 23 et 212 annexes 4 à 11).



Ainsi, il suit de ce qui précède que, nonobstant le fait que certains immeubles aient été finalement raccordés au téléseuil, la recourante impose la signature d'une CRI, sans modification, c'est-à-dire contenant les clauses litigieuses. Dans la plupart des cas, l'installation du téléseuil s'est alors faite en parallèle, sur une prise IDI différente du système tiers déjà présent dans l'immeuble.

Un tel constat est renforcé par les divers courriers reproduits ci-dessus. Les échanges de courriers des 8 avril et 6 juin 2013 avec [...] démontrent notamment la volonté de la recourante de conserver l'usage exclusif de l'IDI, même lorsque celle-ci a été installée aux frais du propriétaire (cf. acte 6 annexes 10). Quant à la Résidence [...] à Cologny, même s'il s'agit d'un immeuble situé en dehors du marché géographique pertinent et sur un territoire pour lequel la position de la recourante sur le marché n'a pas été examinée, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un indice du comportement général de la recourante à l'égard de ses concurrents, cette dernière refusant de raccorder l'immeuble au téléseuil, à moins que la copropriété revienne sur son choix et passe exclusivement au téléseuil (cf. acte 91 annexe 20). Ce comportement ne vise d'ailleurs pas exclusivement l'intimé et le système Supermédia, la recourante ayant rappelé qu'elle n'avait « aucune raison de s'écarter de ses directives claires pour le raccordement au téléseuil qu'elle applique indistinctement à tous ses partenaires, dont [l'intimé] » (cf. acte 17 en annexe).

Les expériences des propriétaires d'immeubles décrites ci-dessus confirment la volonté de la recourante d'appliquer strictement le contenu de sa CRI et qu'elle ne tolère pas la modification de celle-ci et attend de ses partenaires qu'ils s'y soumettent. Il ressort également des différents courriers de la recourante que ses réponses sont données sans prise en compte de la configuration existant dans l'immeuble ni de la volonté des propriétaires de faire cohabiter plusieurs systèmes. Hormis, en effet, un cas de cohabitation sur la même IDI coaxiale, la recourante n'accepte de raccorder l'immeuble au téléseuil que lorsque l'installation intérieure est dédoublée, de sorte que la recourante dispose de l'utilisation exclusive de l'une d'elle.

**11.2.3.3** La recourante fait encore valoir que l'approbation des schémas d'installations sert uniquement à garantir le bon fonctionnement des services fournis par son téléseuil et à éviter des problèmes techniques. Elle relève qu'elle n'exige rien de plus que ce que prévoient les directives de Suissedigital, lesquelles permettraient à un câblo-opérateur de refuser

le raccordement lorsque le schéma d'installation ne correspond pas auxdites directives.

A cet effet, il y a lieu de rappeler que Suissedigital est une association de droit suisse au sens des art. 60 ss CC, inscrite au registre du commerce du canton de Berne, ayant pour but d'encourager et de défendre les intérêts des entreprises de réseaux de communication en Suisse et dans la Principauté du Liechtenstein (cf. Extrait du registre du canton de Berne concernant SUISSEDIGITAL, <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-108.029.516>, consulté le 24 août 2020). En tentant de justifier son comportement, par le fait qu'il ne va pas plus loin que la réglementation établie par Suissedigital, la recourante part de la prémisse erronée que cette réglementation, de nature associative, serait conforme au droit des cartels. Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas ; cela étant, il n'y pas lieu de l'examiner dans le cadre de cette procédure.

Dans son courrier du 25 février 2013 adressé à l'intimé (cf. supra consid. 11.2.3.2 ; acte 1 annexe 7), la recourante a fait savoir ne pas pouvoir autoriser le couplage des réseaux pour des raisons de responsabilité. Elle a indiqué que *« nous ne pouvons nous prononcer sur un schéma qui ne contient pas l'ensemble des éléments précités nécessaires à notre détermination. Toutefois, nous pouvons d'ores et déjà vous rappeler que nous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du télé-réseau dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments quels qu[e] [...] des 'prises supermédia' ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables »*.

Il suit de là que, avant même de pouvoir vérifier en l'espèce le schéma de l'installation de l'immeuble concerné, la recourante a manifesté un refus clair d'autoriser un schéma contenant le système Supermédia, ou tout autre élément non conforme à ses propres prescriptions techniques (et non celles de Suissedigital ou la réglementation légale). Un tel comportement constitue un indice de ce que la recourante se réservait le droit de décider si une installation tierce pouvait être installée ou non, selon sa propre appréciation, conservant, par là-même, un contrôle certain sur l'installation intérieure des immeubles.

**11.2.3.4** Le comportement de la recourante s'inscrit enfin dans un contexte de tension entre la recourante et l'intimé.

Le 17 avril 2008, les organes dirigeants de la recourante ont été définitivement condamnés par le Tribunal fédéral pour concurrence déloyale envers l'intimé (cf. arrêt du TF 6B\_824/2007 du 17 avril 2008 ; ég. acte 91). Fin 2004, des collaborateurs de la recourante avaient en effet envoyé notamment à une régie immobilière un courrier indiquant que le système Supermédia consistait « *pour le client à aller chercher à l'étranger des cartes d'abonnement aux chaînes de péage et donc d'agir en tout illégalité vis-à-vis du droit suisse. Etant garante d'une certaine éthique commerciale, [Naxoo ne peut] donc pas valider cette démarche* » (cf. arrêt 6B\_824/2007 précité consid. B ; ég. acte 91 annexe 18 pièce 8).

Le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation du directeur général, du directeur général adjoint et du responsable du service client de l'époque pour concurrence déloyale au sens de l'art. 23 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241). Il a notamment retenu que « *plusieurs communes ont, suite aux courriers des recourants, suspendu leur collaboration avec l'intimé jusqu'à droit jugé dans la présente cause. Or, cette suspension est objectivement de nature à désavantager [l'intimé] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché [...]* » (cf. arrêt 6B\_824/2007 précité consid. 2.1.2).

Plusieurs autres arrêts et jugements concernant la recourante et l'intimé figurent encore au dossier.

Le 19 juillet 2011, le Tribunal fédéral a rejeté le recours constitutionnel subsidiaire formé par l'intimé dans un litige portant sur l'adjudication d'un contrat d'entreprise à Cablecom Sàrl pour la modernisation du réseau, d'un contrat de service pourtant sur la mise à disposition des compétences de Cablecom Sàrl en matière de téléphonie et d'Internet à haut débit, ainsi que d'un contrat de distribution des signaux télévision de la recourante auprès des réseaux de distribution de signaux de télévision dans lesquels cette dernière était actionnaire (cf. arrêt du TF 2D\_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. A ; ég. acte 17 en annexe).

Le 14 janvier 2014, le Tribunal de première instance genevois a constaté que, depuis 2006, l'intimé a fait notifier chaque année un commandement de payer au directeur général de la recourante, ainsi qu'à cette dernière pour la somme de 200'000 francs, avec intérêts à 5 % l'an au titre de dommages et intérêts, ainsi que de tort moral pour les actes de concurrence déloyale commis par la recourante et son directeur général (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 17 en annexe). Le Tribunal de

première instance est parvenu à la conclusion que le dommage ne pouvait être estimé en application de l'art. 42 al. 2 CO, que l'intimé n'avait ainsi pas apporté la preuve de son dommage et que l'intimé ne détenait pas de créance envers le directeur général de la recourante de l'époque (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. R, en annexe). Il a ainsi annulé la poursuite initiée par l'intimé en ce sens.

Il suit de ce qui précède que la recourante et l'intimé se trouvent en conflit depuis près de vingt ans, lequel a fait l'objet de plusieurs procédures pénales, civiles et administratives. Cela ne vient toutefois pas affaiblir les constatations en lien avec le comportement général de la recourante, au contraire.

**11.2.3.5** D'autres éléments au dossier plaident, en effet, en faveur d'une telle attitude avec les différents acteurs du marché, en particulier les entreprises installant et distribuant des infrastructures de télécommunications. Ainsi, dans un courriel du 23 avril 2015, adressé à la recourante par le directeur de la société [...], ce dernier a écrit : « *Je me permets de revenir sur nos discussions téléphoniques d'hier. Je voudrais vraiment garder de bonnes collaborations entre [la recourante] et [...] et trouve vraiment regrettable que vous vouliez les interrompre aussi brutalement à cause de la seule présence de [l'intimé] au [conseil d'administration] de [...] qui semble vous poser un problème. [L'intimé] m'apporte un soutien technique dans mon travail mais je vous rassure que j'ai l'entière gestion opérationnelle, commerciale et administrative de l'entreprise nommée en tant [que] directeur et ceci sans aucune pression de [l'intimé]* » (cf. acte 62 annexe C).

De même, le 5 août 2016, l'entreprise individuelle [...] a déclaré que « *lors d'une réunion qui s'est tenue dans mon bureau [...] en présence de [...], [...] [de la recourante] m'avait très clairement indiqué qu'il considérait que j'avais un parti pris pour [l'intimé] et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre [la recourante] et [...] et qui représentait un chiffre d'affaires important* » (cf. acte 154 réponse 3a).

Ces deux échanges constituent ainsi un indice de ce que la recourante voulait être la seule à fournir des prestations de télécommunications en lien avec un immeuble déterminé. Elle a encouragé, tout d'abord, [...] à interrompre sa collaboration avec l'intimé, puis [...], en sous-entendant qu'il

valait mieux prendre son parti que celui de l'intimé, sous peine de perdre un important partenaire commercial.

**11.2.3.6** A cela s'ajoute le comportement général de la recourante avant l'ouverture de l'enquête préalable. Suite à la dénonciation de l'intimé, le secrétariat a invité la recourante à négocier une solution afin d'opérer la technologie Supermédia en parallèle aux services que la recourante fournit à ses clients (cf. acte 7). La recourante a tout d'abord fait valoir un contentieux avec l'intimé étranger au droit de la concurrence, puis a indiqué vouloir « *poursuivre la réflexion* » et « *étudier les accords existants entre l'intimé et UPC* », tout en requérant divers documents de la part du secrétariat (cf. acte 9). La recourante a ensuite informé le secrétariat que « *[l]a seule solution permettant, dans l'immédiat, à moyen et long terme, de préserver la qualité de services ainsi que les capacités d'évolution de nos prestations est d'effectuer une claire répartition des responsabilités entre les opérateurs [...]* », avant d'ajouter que « *[n]ous n'avons pour l'heure entrepris aucune démarche en vue de trouver un quelconque accord avec [l'intimé]* » (cf. acte 12). Ultérieurement, le secrétariat a invité la recourante à informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représentait pas un cas d'application de l'art. 9.4 de la CRI, pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par la recourante (cf. acte 21). En retour, la recourante a posé trois conditions, puis quatre autres, pour pouvoir autoriser la présence d'un système tiers et être en mesure, en parallèle, d'offrir un service de qualité à ses clients. Elle indique vouloir imposer ensuite quatre nouvelles obligations à charge des propriétaires désireux de véhiculer deux signaux distincts sur un même support (cf. acte 26). Les échanges de courriers qui ont suivi (cf. actes 28 à 33, 39 et 40) n'ayant pas fait avancer la situation et aucun accord sur la façon de faire cohabiter le réseau de la recourante et le système Supermédia n'ayant été trouvé (cf. actes 43 à 53), le secrétariat a ouvert une enquête préalable le 29 janvier 2015, au motif principal que les pièces transmises par la recourante tendaient à démontrer que la recourante n'avait pas l'intention de changer de pratique et que cette dernière pouvait impacter négativement la concurrence.

Les exigences de la recourante formulée durant l'observation du marché effectuée par le secrétariat renforcent le sentiment que la recourante voulait être la seule à fournir des prestations de télécommunications en lien avec un immeuble déterminé et qu'elle ne tolérerait un système tiers parallèle que si cette cohabitation ne péjore pas la qualité de ses services de télécommunications.

**11.2.3.7** Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les éléments discutés ci-dessus, en particulier l'analyse de la situation des différents immeubles sur lequel un système tiers est ou voulait être installé, de même que les réponses fournies par la recourante aux demandes des propriétaires constituent un indice supplémentaire que le comportement de la recourante avait pour objectif d'exercer un contrôle sur les différentes installations intérieures d'immeubles en empêchant les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers, par le biais notamment de clauses dissuasives.

**11.2.4** Comme exposé plus haut, les différents documents contractuels et conditions de la recourante démontrent l'existence d'un engagement pris par les propriétaires d'immeubles d'accorder à la recourante l'usage exclusif de l'IDI coaxiale et que celui-ci est présumé avoir été mis en œuvre. Or, dès lors qu'il a été établi que la recourante refusait de raccorder un immeuble au télé-réseau en l'absence de la signature de la CRI et requérait, sauf dans l'immeuble sis Rue Le-Fort, que le propriétaire construise une seconde installation intérieure destinée aux systèmes tiers, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices de ce que la recourante utilisait sa position dominante et le fait que ses services apparaissaient comme indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer un contrôle de l'IDI coaxiale et pour être la seule à fournir des services de télécommunications par le biais de l'IDI coaxiale. Elle n'autorisait un tiers qu'à des conditions très strictes, fixées par elle-même, notamment celle d'être en mesure de prester le même niveau de qualité de ses services de télécommunications.

En outre, les expériences décrites par l'intimé et les différents acteurs sur le marché interrogé par le secrétariat parlent, dans une certaine mesure, également en faveur de l'existence de pressions sur les propriétaires d'immeubles exercées par la recourante, dans le but que ceux-ci renoncent à tout système tiers. Cette conclusion est encore appuyée par l'intensité du conflit existant entre la recourante et l'intimé et les diverses actions entreprises par la recourante et les membres de sa direction à l'encontre de l'intimé.

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le comportement de la recourante consistait à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher

les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale.

Une telle conclusion ne préjuge encore rien du caractère illicite du comportement de la recourante, lequel sera examiné ci-dessous sous l'angle de l'art. 7 LCart.

**11.3** Selon l'art. 7 al. 2 let. c LCart, est notamment réputé illicite le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables.

**11.3.1** Afin de retenir un abus au sens de dite disposition, les conditions suivantes doivent être remplies : (i) le comportement examiné doit viser les prix ou d'autres conditions commerciales, (ii) les prix ou les autres conditions commerciales doivent être imposés par l'entreprise en position dominante, (iii) les prix ou les autres conditions commerciales doivent être inéquitables et enfin (iv) le comportement respectivement les prix ou les autres conditions commerciales inéquitables ne peuvent être justifiés par des considérations commerciales légitimes (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 292).

**11.3.2** L'art. 7 al. 2 let. c LCart porte non seulement sur le prix, mais aussi sur toutes les autres conditions commerciales, sans qu'il soit nécessaire d'opérer une distinction entre les deux. La notion de prix comprend non seulement celui-ci, mais également tous ses composants, comme les rabais, bonus, escomptes ou autres modalités de calcul de ces composants (cf. arrêt du TAF B-3618/2013 *Starticket* du 24 novembre 2016 consid. 277). Quant aux autres conditions commerciales, il s'agit de toutes les autres modalités d'exécution convenues entre l'entreprise dominante et son partenaire commercial dans le cadre d'une transaction juridique (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 293).

En l'espèce, le cas porte sur les conditions commerciales fixées par la recourante, principalement dans la CRI et dans le contrat de modernisation des IDI coaxiales, mais également dans les contrats de raccordement individuel et collectif, dans ses conditions générales et dans ses spécifications techniques (cf. supra consid. 11.2.2 ss).

Il suit de là que le comportement examiné repose bien sur des conditions commerciales conclues entre la recourante et les propriétaires d'immeubles. La première condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart est ainsi remplie.

**11.3.3** Lesdites conditions commerciales doivent ensuite être imposées aux partenaires commerciaux.

**11.3.3.1** Le critère de l'imposition possède une signification distincte et ne découle pas de la seule exigence d'une position dominante (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.4 ; arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). Un asservissement économique complet n'est toutefois pas nécessaire (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.5). A cet effet, il n'y a pas besoin d'examiner si le consentement aux prix ou clauses commerciales est survenu contre la volonté du partenaire commercial ou s'il suffit qu'il se soumette à ces conditions, contre son propre intérêt, en raison de la situation sur le marché.

Le critère de l'imposition suppose au moins que le partenaire commercial n'ait rien à opposer à la pression économique résultant de la position dominante ou qu'il ne puisse pas se soustraire à cette pression (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.5 ; arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). Le fait qu'un contrat ait été conclu n'exclut ainsi pas d'emblée le caractère imposé du prix ou des autres conditions commerciales (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 183 ; DAVID/JACOBS, op. cit., n° 737). En outre, il n'est pas nécessaire de démontrer que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29 et 30 CO (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 297). Il suffit que l'entreprise en position dominante soit en mesure d'entraîner son partenaire commercial à adopter ses prix ou ses conditions commerciales ou que le partenaire commercial n'ait aucune possibilité raisonnable d'y échapper (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). A cet effet, les exigences ne doivent pas être trop élevées. Il suffit que l'entreprise en position dominante fasse pression, même de manière implicite, sur le partenaire commercial pour qu'il accepte ses prix ou conditions commerciales. De même, le critère de l'imposition est également donné lorsque l'entreprise dominante a tenté d'imposer des prix ou des conditions commerciales durant les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial a renoncé à conclure en raison de ces prix ou conditions commerciales (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 183).

Dans ce contexte, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances. Toutefois, le critère de l'imposition est donné lorsque le partenaire commercial ne dispose d'aucune alternative sur le marché que celle d'accepter les prix ou conditions commerciales de l'entreprise en



position dominante (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 282), car il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que des mesures supplémentaires soient nécessaires à l'entreprise pour imposer ses prix ou ses conditions commerciales. De même, lorsque l'entreprise en position dominante prend ou menace de prendre des mesures de rétorsion à l'égard des partenaires commerciaux qui refuseraient ses conditions commerciales ou ses prix, le critère de l'imposition est également donné (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 282).

L'imposition peut être directe ou indirecte. Il importe, en effet, peu que la pression exercée résulte directement du comportement de l'entreprise en position dominante à l'égard de ses partenaires commerciaux potentiels ou qu'elle implique l'intervention de tiers (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 283).

**11.3.3.2** La recourante fait valoir, dans un premier temps, que la garantie de l'accès aux ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante, et notamment la garantie d'interconnexion, prévue par l'art. 11 LTC s'appliquerait également aux câbles coaxiaux des câblo-opérateurs et non pas uniquement à la paire torsadée métallique (cuivre) du réseau DSL de Swisscom. Elle soutient ainsi que les autres prestataires de services de télécommunications étaient libres d'avoir recours à la procédure de l'art. 11a LTC et que, par conséquent, on ne saurait retenir que la recourante aurait imposé ses conditions commerciales. A cet effet, elle se fonde essentiellement sur l'arrêt du Tribunal fédéral, publié aux ATF 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*.

Dans l'interprétation des dispositions de la loi sur les cartels, il y a lieu de tenir compte des exigences spécifiques de la loi sur les télécommunications (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 40), celles-ci ne pouvant être totalement ignorées (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5). Ces deux réglementations sont, en effet, étroitement liées et s'influencent mutuellement, de sorte que seule une interprétation qui conduit à un système global, uniforme et autonome, a du sens (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5 ; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 40).

Lorsqu'une sanction au sens de l'art. 49a LCart en lien avec l'art. 7 LCart doit être envisagée contre un fournisseur de services de télécommunications au sens de la loi sur les télécommunications, le cadre réglementaire de l'art. 11 LTC s'applique également, dès lors que le

prononcé d'une sanction en droit des cartels exige une position dominante sur le marché (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5.2).

Dans l'ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk*, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que, si un concurrent de Swisscom ne voulait pas accepter ses conditions commerciales pour l'accès à son infrastructure, il pouvait s'adresser à la ComCom et demander la détermination officielle des conditions commerciales conformément à l'art. 11a LTC. Ce cadre avait conduit le Tribunal fédéral à exclure la possibilité pour Swisscom d'imposer ses conditions commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (consid. 5.4 s.).

En l'espèce, le comportement reproché principalement à la recourante ne consiste pas en l'imposition de conditions commerciales à un autre fournisseur de services de télécommunications, mais aux propriétaires d'immeubles.

Ces derniers ne pouvant pas bénéficier de la procédure prévue par l'art. 11a LTC, la situation de la recourante s'éloigne de l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité. La recourante ne saurait donc se prévaloir de cette seule jurisprudence pour démontrer qu'elle était incapable d'imposer aux propriétaires d'immeubles ses conditions commerciales. Point n'est donc besoin d'examiner plus avant cette question.

**11.3.3.3** La recourante fait valoir, dans un deuxième temps, que ses conditions commerciales respecteraient la réglementation spéciale du droit des télécommunications. Elle relève que l'accès garanti par la loi sur les télécommunications serait soumis à des conditions et mesures visant à protéger les investissements réalisés, ainsi qu'à garantir une exploitation non perturbée des installations. Elle avance que l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunications (OST, RS 784.101.1), et en particulier les art. 58, 59 et 62 OST, prévoirait que le fournisseur d'accès doit publier les conditions techniques et commerciales, en particulier les modalités de l'utilisation, les spécifications des interfaces pertinentes, les spécifications de l'accès physique aux infrastructures et les spécifications concernant la compatibilité du réseau. Elle souligne également que le projet de révision de la loi sur les télécommunications (cf. Message concernant la révision de la loi sur les télécommunications du 6 septembre 2017, FF 2017 6185) introduirait également le principe selon lequel les fournisseurs ayant financé les installations doivent être dédommagés de

manière appropriée (art. 35b al. 4 du projet), ce qui démontrerait la conformité de ses contrats de modernisation au droit futur.

Elle fait ainsi valoir implicitement que les différentes clauses contenues dans ces conditions commerciales ne dépasseraient pas le cadre légal et que l'on ne pourrait ainsi y voir une imposition de sa part.

En l'espèce, le comportement reproché à la recourante consiste en l'approbation du schéma d'installation préalablement à sa mise en place, en le droit de résilier le raccordement au télé-réseau lorsque l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par la recourante ou l'un de ses partenaires et en l'usage exclusif de l'IDI coaxiale réservé à la recourante pour une durée de cinq ans à partir de la modernisation et l'interdiction d'accès aux installations intérieures à des tiers pour cette même durée.

Dits droits et engagements ne découlent manifestement pas de la législation sur les télécommunications qui ne traite que de la publication des conditions techniques et commerciales mais ne dit mot de leur contenu. Aussi, on ne saisit pas en quoi le fait, pour la recourante, de respecter les dispositions de l'ordonnance sur les télécommunications relatives à la publication de ses conditions techniques et commerciales suffirait, à lui seul, à démontrer que les conditions commerciales n'auraient pas été imposées aux propriétaires d'immeubles. Au surplus, il y a lieu de relever que l'art. 35b al. 4 du projet de nouvelle sur lequel se fonde la recourante n'était ni existant, ni même encore débattu, durant la période de l'enquête, de sorte qu'elle ne saurait se fonder sur cette disposition pour justifier le bien-fondé de son comportement.

**11.3.3.4** La recourante fait valoir, plus spécifiquement s'agissant de la CRI, qu'elle n'est pas en mesure de l'imposer, dès lors que les propriétaires d'immeubles se tournent en pratique vers des solutions alternatives au télé-réseau, notamment la TNT, qu'ils sont à même de mettre en place une deuxième IDI coaxiale et qu'ils servent leurs propres intérêts en concluant un contrat avec la recourante.

En l'occurrence, la recourante détient une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève (cf. supra consid. 10.8). Elle utilise cette position (cf. supra consid. 11.2.4) et le fait que les propriétaires d'immeubles se doivent de proposer la possibilité de recevoir le télé-réseau de la recourante à leurs locataires ou futurs propriétaires afin de permettre aux habitants de disposer d'un véritable

choix entre différentes alternatives (cf. supra consid. 9.2.3.4) pour exercer un contrôle sur l'IDI coaxiale et empêcher les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que les siens. Ce faisant, elle a montré n'être disposée à raccorder les immeubles au téléseu qu'à ses propres conditions.

Ainsi, la recourante ne saurait déduire qu'elle n'était pas en mesure d'imposer ses conditions commerciales du seul fait que certains propriétaires auraient renoncé à raccorder leurs immeubles au téléseu. Au contraire, l'attitude de la recourante consistant à exiger la signature d'une CRI – et donc l'approbation des conditions commerciales litigieuses – avant tout raccordement d'un immeuble à son téléseu – peu importe que celui-ci soit équipé d'une ou de plusieurs IDI coaxiales – satisfait déjà à lui seul la condition de l'imposition.

Il suit de là que la recourante – en tant que seul fournisseur d'accès au téléseu – était en mesure d'imposer, durant la période de l'enquête, les conditions figurant dans la CRI aux propriétaires d'immeubles, ainsi que dans les conditions générales et spécifications techniques auxquelles elle fait référence. Le fait que les propriétaires d'immeubles acceptent dites conditions, non pas pour leur propre utilisation, mais dans le but de mettre à disposition des résidents actuels et futurs des immeubles les moyens d'accéder au téléseu ne change rien à ce propos.

**11.3.3.5** La recourante fait enfin valoir, s'agissant du contrat de modernisation des IDI coaxiales, que les propriétaires d'immeubles sont libres d'effectuer la modernisation des IDI à leurs propres frais, voire de ne pas moderniser les installations. Elle estime ainsi que la condition de l'imposition n'est pas remplie s'agissant des conditions commerciales y figurant.

La décision attaquée est muette sur ce point. Dans sa réponse, l'autorité ne développe guère son propos. Elle n'explique notamment pas en quoi il serait nécessaire pour les propriétaires d'immeubles de faire moderniser leurs installations aux frais de la recourante et en quoi le choix laissé par la recourante de moderniser les installations à leurs propres frais ou de renoncer à la modernisation ne leur laisserait, en réalité, pas de véritable alternative. L'intimé rejoint la position de l'autorité inférieure, sans motiver non plus davantage son propos. Au surplus, il ne ressort pas du dossier que la recourante ait usé de moyens de pressions sur les propriétaires d'immeubles ou les ait menacés de résilier le raccordement au téléseu en cas de non-modernisation de l'IDI coaxiale.

Il est ainsi permis de douter que la recourante ait imposé ou pu imposer aux propriétaires d'immeubles la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales. S'il est vrai qu'elle dispose d'un intérêt commercial à ce que les installations d'un maximum d'immeubles soient modernisées – ce qu'elle confirme d'ailleurs en cours de procédure –, un tel intérêt ne permet pas, à lui seul, de conclure que la recourante ait exercé une pression suffisante sur les propriétaires d'immeubles pour satisfaire la condition d'imposition.

**11.3.3.6** Il suit de ce qui précède que la recourante a imposé ou été en mesure d'imposer aux propriétaires d'immeubles le contenu de sa CRI, ainsi que les conditions générales et spécifications techniques auxquelles elle renvoie. La deuxième condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart est ainsi remplie s'agissant de ses conventions et conditions.

En revanche, la recourante n'a pas été en mesure d'imposer aux propriétaires d'immeubles la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales. Il subsiste, à tout le moins, un doute trop important sur ce point, ce qui doit profiter à la recourante.

Il ne sera donc plus tenu compte des contrats de modernisation d'IDI coaxiales dans la suite de l'analyse des conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart. Le tribunal y reviendra toutefois dans le cadre de l'examen des conditions de l'art. 7 al. 2 let. e LCart.

**11.3.4** Encore faut-il que les conditions commerciales puissent être qualifiées d'inéquitables, ce qui dépend des circonstances du cas d'espèce.

**11.3.4.1** Celle-ci implique une pondération entre les intérêts de l'entreprise dominante et la gravité de l'atteinte à la liberté commerciale des partenaires commerciaux (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 279 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 166 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 313 ; REINERT, SHK, art. 7 LCart n° 28). Conformément au principe de la proportionnalité, il faut qu'il subsiste un rapport raisonnable entre les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté commerciale des partenaires commerciaux. Il ne s'agit pas à ce stade de déterminer si les conditions commerciales peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes, mais plutôt de déterminer si elles sont principalement favorables à l'entreprise dominante et particulièrement défavorables pour les partenaires commerciaux dont la capacité concurrentielle est gravement atteinte

(cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 176). En outre, il y a également lieu de tenir compte des entraves éventuelles imposées à des entreprises tierces (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 279 ; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart n° 313). Le caractère inéquitable des conditions commerciales est ainsi aggravé lorsque celle-ci constituent en plus une entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 567 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 178). L'entreprise dominante a, en effet, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché (cf. arrêt de la CJCE C-322/81 *Michelin* du 9 novembre 1983 ch. 57 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 178).

**11.3.4.2** L'autorité inférieure rappelle d'abord que les propriétaires d'immeubles ne sont pas libres de contracter avec une société tierce en plus de la recourante, pour le télé-réseau, de sorte qu'ils ne peuvent réaliser une plus-value sur leurs biens immobiliers en raison de services supplémentaires offerts aux consommateurs. Elle estime ainsi que les conditions commerciales – par lesquelles la recourante s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou laissant entendre que la recourante 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 la recourante ou l'un de ses partenaires – sont inéquitables pour les propriétaires d'immeubles, qui se voient limités dans le choix des services qu'ils peuvent proposer aux consommateurs. Elle considère ensuite que les sociétés tierces, comme l'intimé, se voient entravées dans leurs possibilités d'entrer sur le marché et d'exercer leur activité commerciale. Cette entrave empêcherait le développement de tout autre système nécessitant l'IDI coaxiale, ce qui restreindrait voire éliminerait l'offre télévisuelle par satellite sur les marchés du contenu situés en aval, laquelle serait en concurrence avec le segment TV des offres de la recourante. En conséquence, les conditions commerciales de la recourante seraient également inéquitables pour les sociétés tierces. Elle estime que le critère du concurrent aussi efficace (*equally efficient competitor*) n'est qu'un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante et qu'un tel test n'est pertinent que si la structure des coûts des acteurs économiques est comparable. Finalement, le consommateur, lui aussi, se trouverait limité sans raison dans son choix de services de télécommunication, en tant que conséquence de cette entrave.

La recourante fait valoir que rien ne limiterait la liberté des propriétaires d'installer un nombre illimité d'infrastructures intérieures parallèles au sein d'un immeuble, qu'il s'agisse d'autres IDI coaxiales ou d'autres IDI cuivre ou fibre optique, de sorte qu'ils ne seraient atteints dans leur liberté commerciale. Elle estime qu'elle n'a pas entravé les possibilités de sociétés tierces d'entrer sur le marché, dès lors que le simple fait qu'une possibilité de résiliation existe ne saurait être considéré comme une entrave. Au surplus, elle souligne que la technologie de l'intimé est la seule de ce genre sur le marché suisse, de sorte que seul l'intimé – et non l'ensemble des acteurs du marché du satellite – serait potentiellement affecté par ses conditions commerciales, qu'au surplus il serait notoire que les services offerts par le biais du satellite ne rencontreraient qu'un succès limité en Suisse, et que l'intimé ne pourrait pas être considéré comme un *equally efficient competitor*, dès lors que son relatif insuccès commercial pourrait être imputé à une absence d'investissements dans la promotion de ses produits et services et non dans les conditions commerciales de la recourante.

**11.3.4.3** En l'occurrence, l'intérêt commercial de la recourante consiste à raccorder un maximum d'immeubles à son téléréseau, afin d'être en mesure de prester ses offres de base et à valeur ajoutée ou celles de ses partenaires commerciaux auprès d'un maximum de consommateurs ; personne ne le conteste.

Au surplus, le tribunal a déjà constaté la nature dissuasive des conditions commerciales figurant tant dans la CRI que dans les conditions générales et spécifications techniques de la recourante, et en particulier le droit de résilier le raccordement de l'immeuble en cas d'utilisation de l'installation intérieure par un système tiers. Ces conditions commerciales ont eu notamment pour effet d'exercer une pression sur les propriétaires d'immeubles, pour qu'ils renoncent à tout système tiers. Ce faisant, lesdites conditions ont permis à la recourante d'exercer un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales (cf. supra consid. 11.2.4), les propriétaires d'immeubles n'ayant eu d'autres choix que de renoncer à raccorder leur immeuble pour installer un système tiers, de renoncer au système tiers ou de doubler, à leurs propres frais, l'installation coaxiale de l'immeuble. Ce faisant, la recourante a limité la liberté des propriétaires d'immeubles de conclure avec le partenaire commercial de leur choix et d'installer les systèmes tiers souhaités. En imposant aux propriétaires d'installer, à leurs propres frais, une seconde IDI coaxiale, elle les contraint à procéder à des investissements coûteux (cf. actes 56 réponse 3 et 222 p. 7), de sorte qu'elle a également limité leur liberté commerciale.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ont subi à tout le moins une atteinte dans leur liberté commerciale. La question de savoir si cette atteinte peut être justifiée devra s'apprécier ultérieurement dans le cadre de l'examen des considérations commerciales légitimes.

**11.3.4.4** Au surplus, la possibilité de résilier le raccordement au télé-réseau lorsque l'IDI coaxiale n'est pas utilisée exclusivement par la recourante a une incidence négative sur le développement et la commercialisation de tout système tiers, actuel ou futur, nécessitant l'IDI coaxiale. En faisant pression sur les propriétaires d'immeubles et en exerçant un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales, la recourante a limité les possibilités pour l'intimé et d'autres entreprises tierces d'exercer leur activité commerciale, restreignant, voire supprimant la concurrence en matière d'offre télévisuelle notamment par satellite. A cet égard, la société [...] estime à 75 % le nombre de bâtiments en Ville de Genève qui seraient pourvus d'une antenne collective en toiture (cf. acte 155 réponse 8), de sorte que l'on ne saisit pas sur quels éléments se fonde la recourante pour prétendre au caractère notoire du succès limité du satellite. Au contraire, il ressort plutôt du dossier qu'un système satellitaire apparaît comme un élément incontournable du parc immobilier en Ville de Genève.

**11.3.4.5** En se fondant sur le test du concurrent aussi efficace (« *equally efficient competitor* »), la recourante estime que l'intimé ne subirait aucune entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence en raison des conditions commerciales litigieuses. D'emblée, il y a lieu de rappeler que le critère du concurrent aussi efficace consiste avant tout à examiner si les pratiques tarifaires d'une entreprise en position dominante risquent d'évincer du marché un concurrent aussi performant que cette entreprise (cf. arrêt de la CJCE C-23/14 *Post Danmark* du 6 octobre 2015 ch. 53 ; ég. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 5.4). Ce critère s'utilise notamment en matière de sous-enchère en matière de prix ou de compression des marges (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 5.4). Dans tous les cas, dans une situation telle que la présente, caractérisée par la détention par la recourante d'une position dominante très importante, ainsi que par des avantages structurels conférés notamment par le fait qu'elle est la seule entreprise à fournir un accès au télé-réseau en Ville de Genève et par le caractère indispensable du raccordement au télé-réseau pour les propriétaires d'immeubles, l'application du critère du concurrent aussi efficace serait dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace. Les arguments de la recourante relatifs à



l'application du test du concurrent aussi efficace ne sont ainsi pas convaincants.

Par surabondance, l'intimé a indiqué avoir réalisé entre 2011 et 2015 un chiffre d'affaires avec le système Supermédia de [...] francs (cf. acte 91 réponse B4 et annexe 2). Il indique toutefois que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, il [...], sans préciser si cela concerne toute la Suisse ou uniquement la Ville de Genève. Aux dires de l'intimé, cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de la recourante et aux démarches qui auraient été effectuées par la recourante auprès d'[...], mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève (cf. acte 91 réponses B3 et B4). Les deux dernières installations du système Supermédia ont été celles sises Rue Cramer et Rue Abraham-Gevray (cf. acte 165 réponse 4). [...], à nouveau sans préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève. L'intimé a toutefois produit, dans le cadre de la procédure de recours, des protocoles d'installations du système Supermédia en août 2020 pour deux immeubles à Lancy (cf. pièce 25 intimé). Au surplus, l'intimé a rappelé que la promotion de son système ne se fait pas auprès des utilisateurs finaux, mais auprès des entreprises électriques, des bureaux d'ingénieurs, des entreprises de construction, des architectes ou encore des régies immobilières (cf. acte 219 ligne 196 ss). Il a d'ailleurs produit des fiches publicitaires démontrant les efforts commerciaux effectués pour promouvoir le système Supermédia (cf. acte 91 annexes 10).

Sur la base de ces éléments, le tribunal retient que les conditions commerciales de la recourante ont contribué à limiter la diffusion du système Supermédia sur le marché en Ville de Genève. Elles l'ont dès lors entravé dans l'accès et l'exercice de la concurrence sur le marché des services de télécommunications, et en particulier des services de télévision, en excluant ou limitant sa possibilité d'accéder et d'utiliser l'IDI coaxiale des immeubles.

**11.3.4.6** Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les intérêts de la recourante, l'atteinte à la liberté des propriétaires d'immeubles ainsi que l'entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché des services de télécommunications ne se trouvent, en l'occurrence, déjà plus dans un rapport raisonnable.

Les conditions commerciales – par lesquelles la recourante s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou qui laissent entendre que la recourante ne raccordera pas l'immeuble au télé-réseau si

l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à ses services– sont donc inéquitable au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

**11.3.5** Il y a encore lieu d'examiner si ces conditions peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes.

**11.3.5.1** La recourante fait valoir que l'existence de considérations commerciales légitimes n'a pas été correctement examinée. A cet égard, elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir analysé les motifs objectifs de nature à justifier la disposition qui lui permet de résilier une CRI au cas où une IDI coaxiale serait utilisée par un tiers. Elle fait notamment grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir tenu compte de motifs liés à d'éventuelles perturbations techniques, problèmes de maintenance, nécessité de plomber des prises, dommages causés en termes d'image, allocation des responsabilités, pertes de clientèle, ainsi que « *d'autres ultérieurs éléments préjudiciables pouvant survenir en cas de coexistence de deux signaux de télécommunications sur une même infrastructure* » (ch. 355 du mémoire de recours). Elle reproche également à l'autorité inférieure de ne pas avoir examiné la mise en œuvre de la disposition contractuelle querellée, afin de constater si son application relevait des motifs justificatifs envisagés ou d'autres motifs. Elle souligne l'importance de bénéficier d'une voie de retour non perturbée pour être en mesure de prêter correctement ses services de télécommunications. Elle critique enfin la décision attaquée en ce sens que l'autorité inférieure « *aurait dû se demander si la [r]ecourante aurait pu avoir des motifs de nature économique de nature à l'inciter à résilier une CRI* » (ch. 360 du mémoire de recours). Même si elle ne le formule pas expressément, la recourante fait notamment valoir que l'autorité inférieure se serait contentée de rejeter les considérations commerciales avancées par la recourante, mais n'aurait pas examiné d'office et en détail si celles-ci étaient justifiées.

**11.3.5.2** Tout d'abord, il y a lieu de préciser que, nonobstant le principe inquisitoire qui régit la procédure en droit des cartels (cf. supra consid. 7.2.1), l'autorité n'est pas obligée de rechercher d'office l'ensemble des motifs qui pourraient permettre de justifier une pratique anticoncurrentielle (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570). Seuls ceux qui, dans le cas d'espèce, sont manifestement évidents doivent être examinés d'office par les autorités. Les autres motifs doivent être allégués et motivés par l'entreprise dominante (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570). Il s'agit là d'une concrétisation du devoir de collaborer des parties (cf. supra consid. 7.2.1) et de l'obligation de renseigner étendue en droit des cartels (art. 40 LCart). Il ne suffit ainsi

pas d'invoquer une série de motifs, mais il incombe aux entreprises dominantes de les étayer, de renseigner l'autorité sur les faits pertinents et de lui indiquer les moyens de preuves. A défaut, l'autorité qui met fin à l'instruction en considérant qu'un motif justificatif ne peut être établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570).

L'appréciation de la légitimité des motifs invoqués s'effectue sur la base d'un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (cf. CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 102 ; ég. arrêt de la CJUE C-52/09 *TeliaSonera* du 17 février 2011 ch. 76). Cela étant, une entreprise dominante peut d'abord justifier son comportement par la démonstration de son caractère objectivement nécessaire (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.4). Tel est le cas des motifs ayant traits à des facteurs externes à l'entreprise dominante, tels que des motifs en lien avec la sécurité, la nature du produit ou du service considéré, ou encore des considérations techniques. Il appartient toutefois aux autorités publiques de fixer, dans des lois spéciales ou par référence à des usages ou des standards de la profession, les normes de santé ou de sécurité d'un produit ou d'un service. Il n'appartient pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer un produit ou service qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieur à son propre produit ou service, en terme de qualité ou de sécurité (cf. CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 103 ; ég. 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 29 ; arrêt du TPI T-83/91 *Tetra Pak II* du 6 octobre 1994 ch. 83 s. et 138). De manière générale, l'entreprise dominante qui n'agit pas différemment d'une autre entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché se comporte de manière objectivement nécessaire. Tel n'est toutefois pas toujours le cas (cf. arrêt de la CJCE C-552/03 *Unilever Bestfoods* du 28 septembre 2006 ch. 128 ss ; arrêt de la CJCE C-552/03 *Unilever Bestfoods* du 28 septembre 2006 ch. 128 ss ; arrêt de la CJCE C-333/94 *Tetra Pak II* du 14 novembre 1996 ch. 37 ; arrêt du TPI T-65/987 *Van der Bergh Foods* du 23 octobre 2003 ch. 159 ss et 172). La notion de nécessité objective implique, en effet, qu'il n'existe aucune autre manière d'agir qui soit moins dommageable pour la concurrence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 50 ; ég. décision de la Comco *Six Group* du 20 novembre 2010, in : DPC 2011/1 96, ch. 408 s. ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 28 ss).

Le comportement litigieux peut également être justifié s'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.4). Il faut alors examiner si ce comportement est indispensable et proportionné à l'objectif économique poursuivi par l'entreprise dominante, et mettre en balance les gains d'efficacité recherchés et les effets restrictifs dudit comportement (cf. *AMSTUTZ/CARRON*, op. cit., art. 7 LCart N 69 ss et 135 ; *CLERC*, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 102 ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 28 ss, not. 30 ; ég. décision de la Comco *Six Group* précité, in : DPC 2011/1 96, ch. 408 s.). Un comportement qui élimine toute la concurrence, actuelle ou potentielle, ne peut en principe pas être justifié par des gains d'efficacité substantiels (cf. *CLERC*, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 105 ; ég. Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 30).

**11.3.5.3** Dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante a, dans un premier temps, fait valoir des problèmes liés aux abonnements individuels des usagers, en avançant l'impossibilité de plomber la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé au sien (cf. acte 5 réponse 2). Elle devrait ainsi pouvoir résilier le raccordement au télésexeau de l'immeuble en cas de présence parallèle d'un système tiers sur la même IDI coaxiale, puisqu'il s'agirait de l'unique moyen de contrôler que seules les unités d'habitations au bénéfice d'un abonnement de base puissent accéder au signal du télésexeau.

Dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante a indiqué que 34 % des immeubles raccordés à son réseau étaient configurés en série, soit 66 % en étoile (cf. acte 198 N 109). La majorité des immeubles rattachés au télésexeau de la recourante sont donc configurés en étoile (sur la notion de configuration en étoile ou en série, cf. supra consid. 0), ce qui permet à la recourante de déconnecter chaque unité d'habitation de manière indépendante, sans intervention dans l'unité et sans nécessité de plomber physiquement la prise. Il suit de là que pour deux tiers des immeubles raccordés au télésexeau de la recourante, le motif avancé n'est pas apte à atteindre le but visé.

Au surplus, il ressort du dossier que la prise présente chez le consommateur contient plusieurs fiches et que le signal du satellite n'utilise pas la même fiche que le télésexeau (cf. acte 1 annexe 3). L'autorité inférieure a retenu qu'il n'était pas insurmontable de prévoir un moyen technique simple, qui permette de plomber uniquement la fiche utilisée par le télésexeau, et non pas aussi celui utilisé par le satellite. Il ressort toutefois

du complément d'expertise privé du 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2) qu'il n'est plus possible de plomber l'IDI coaxiale en présence du système Supermédia (p. 6 s.). Toutefois, il y a lieu de relever que l'art. 9.4 de la CRI ne vise pas uniquement le cas de la prise Supermédia, mais la présence de tout système tiers. Au surplus, l'argument de la recourante selon lequel il lui faudrait prévoir dans la CRI l'ensemble des configurations possibles et imaginables peine à convaincre. On ne saisit pas en quoi il serait difficile et coûteux pour la recourante d'adapter ses conditions commerciales aux situations bien particulières, à savoir les immeubles configurés en série, avec une installation du système Supermédia et du téléseuil dans une configuration de type « A ». Dans tous les cas, l'intérêt de la recourante de pouvoir, dans une seule CRI, prévoir l'ensemble des configurations possibles et imaginables n'apparaît pas prépondérant par rapport à l'intérêt des entreprises tierces de pouvoir accéder à l'IDI coaxiale.

Il suit de là que l'impossibilité de plomber la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé au signal de la recourante ne constitue pas un motif objectivement nécessaire.

**11.3.5.4** Dans un deuxième temps, la recourante a invoqué des problèmes de maintenance technique. Elle prétend que l'insertion du système Supermédia entre la boîte d'injection et la prise téléseuil poserait non seulement des problèmes de diagnostics à ses équipes techniques, mais également d'attribution de responsabilité entre l'intimé et la recourante (cf. acte 5 réponse 2).

La recourante a toutefois déclaré, en juin 2013, que « *la seule possibilité [...] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système [Supermédia] au-delà du point de mélange* » (cf. acte 5 réponse 2). C'est d'ailleurs ce qu'a fait UPC, en tant que fournisseur de services et partenaire de la recourante sur le téléseuil, en mai 2005, par simple courrier (cf. acte 1 annexe 5 et acte 10).

Il suit des déclarations même de la recourante qu'il existe d'autres moyens moins dommageables à la concurrence afin de résoudre la question des problèmes liés à la maintenance technique, sans qu'il soit nécessaire de supprimer le raccordement au téléseuil de tout un immeuble. Au surplus, la recourante avance uniquement des problèmes de diagnostics et d'attribution des responsabilités en lien avec le système Supermédia. On

saisit mal en quoi il lui serait nécessaire d'exclure tout système tiers, actuel ou futur, de manière systématique.

Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

**11.3.5.5** La recourante a, dans un troisième temps, invoqué des problèmes techniques dus à un futur chevauchement des fréquences utilisées par le téléseu et par le satellite. Elle fait valoir que les gammes de fréquences utilisées par les deux systèmes seraient déjà trop proches, de sorte qu'il ne serait pas possible d'exclure des perturbations dues à leur coexistence sur un même support (cf. acte 12 p. 2 ss).

De l'avis de l'intimé, « *la seule justification technique à un câblage séparé pourrait résider dans un problème de fréquence. Or, le satellite utilise la gamme de fréquences 950 Mhz à 2150 Mhz+DC, alors que le câble se situe actuellement dans la gamme de 5 à 860 Mhz. [L'intimé] ayant d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des téléseux* » (cf. acte 39). Au surplus, lors de son audition, la recourante a admis qu'il n'y avait en réalité pas eu de chevauchement des gammes de fréquences pendant la période de l'enquête (cf. acte 222 réponses 3 et 4), ce qui est confirmé par l'expertise privée produite par la recourante (cf. acte 199 annexe 3 p. 2).

Il suit de là qu'un risque de chevauchement avec les fréquences utilisées par le téléseu semble *a priori* exclu, dès lors que les acteurs sur le marché du satellite sont conscients des besoins du téléseu et de l'extension future de la gamme de fréquences. Au surplus, l'expertise privée produite par la recourante met en évidence une incompatibilité entre le satellite et le téléseu uniquement en cas d'augmentation de fréquence du téléseu, ce qui n'a pas encore eu lieu.

Il suit de là qu'une clause permettant à la recourante de résilier le raccordement au téléseu en cas d'utilisation conjointe de l'IDI coaxiale par un système tiers au motif qu'il pourrait exister, dans un futur encore indéterminé, un chevauchement des fréquences entre le satellite et le téléseu n'était, à tout le moins durant la période de l'enquête, pas nécessaire.

Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

**11.3.5.6** En s'appuyant sur une expertise privée, la recourante fait valoir, dans un quatrième temps, que le couplage de signaux provenant du

télé-réseau et du satellite sur une même IDI coaxiale engendrerait l'impossibilité pour les consommateurs de bénéficier des services Internet et téléphonie de la recourante.

L'autorité inférieure estime que le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'entrerait en ligne de compte que pour une configuration bien particulière et que la question pouvait, dans tous les cas, rester ouverte dans la mesure où, d'une part, rien n'indiquait que le système Supermédia était 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 ne tenait pas compte des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires.

L'intimé fait valoir que la recourante ignore l'origine réelle des problèmes et que rien n'indiquerait qu'ils proviendraient effectivement du mixage entre le télé-réseau et le satellite. Il a notamment indiqué, dans des courriers adressés à la recourante, que « *l'exécution en mode Supermédia* » serait compatible avec le « triple play » (cf. acte 17, courrier annexé du 9 novembre 2012 et acte 19, annexe 1), que le système Supermédia était compatible avec le télé-réseau (cf. acte 1 N 6) et qu'il n'avait connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires, par la recourante ou encore par UPC en relation avec les installations du système Supermédia (cf. acte 91 réponse B5).

**11.3.5.6.1** Avec sa prise de position du 16 octobre 2017, la recourante a déposé une expertise privée datée du 9 octobre 2017, réalisée par la société [...] (cf. acte 199 annexe 3). Cette expertise privée a fait l'objet d'un complément le 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2).

Il y a lieu de rappeler que les résultats d'une expertise privée sont considérés comme de simples allégués des parties. Il en découle que le tribunal les apprécie librement (cf. supra consid. 8.2). En l'occurrence, il y a lieu de relever que l'expertise privée porte uniquement sur trois immeubles en Ville de Genève, à savoir ceux situés Rue Le-Fort, Boulevard des Tranchées et Route de Malagnou.

Cela étant, l'expertise privée (cf. acte 199 annexe 3) met en évidence que les signaux satellitaires utilisent la bande de fréquences 950 à 2'150 MHz (p. 2) et que les signaux du télé-réseau utilisent la bande de fréquence 5 à 65 MHz pour le canal retour et 65 à 860 MHz pour le canal descendant (p. 2). Au surplus, l'expert privé précise que la diffusion du télé-réseau et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable, mais dans des

conditions techniques délicates, et nécessite une concertation étroite entre les différents prestataires. De façon générale, il conclut qu'il est techniquement difficile d'utiliser conjointement sur une même IDI coaxiale les signaux du téléseuil et ceux du satellite (p. 9).

S'agissant de l'immeuble sis Rue Le-Fort, il convient de souligner que, de manière non expliquée et quelque peu surprenante, l'expert privé n'a pas réalisé lui-même les mesures, mais s'est fondé sur celles effectuées par la recourante elle-même (p. 10 et annexe 6). Ceci dit, il met en évidence les éléments suivants. Il s'agit d'une configuration de type « A » (cf. supra consid. B.d.a), c'est-à-dire un cas de mixage du téléseuil et du satellite sur une IDI coaxiale unique. Les signaux satellitaires sont injectés sur l'IDI coaxiale grâce à un multicommutateur (« *Multischalter* ») (p. 12). Les clients finaux qui transitent par le multicommutateur ne peuvent bénéficier du canal retour, et les services du câblo-opérateur s'en trouvent limités (p. 12). Le canal retour n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure et les services interactifs du câblo-opérateur comme Internet ne peuvent plus être prestés (p. 14).

S'agissant de l'immeuble sis Boulevard des Tranchées, l'expert privé relève qu'il s'agit d'une configuration de type « B » (cf. supra consid. B.d.a), à savoir que les deux signaux ne sont pas mélangés dans cet immeuble. Une utilisation simultanée du téléseuil et du satellite n'est donc pas possible pour le client qui doit opérer un choix (p. 15). L'IDI coaxiale est configurée en étoile (cf. supra consid. 0), et, au niveau du local technique, alternativement le téléseuil ou le satellite peut être envoyé sur chaque branche du réseau qui s'étend jusqu'à chaque logement (p. 15). Les clients raccordés au téléseuil au niveau du local technique peuvent bénéficier de la totalité des services du câblo-opérateur, même si d'autres clients de l'immeuble sont raccordés au satellite (p. 15).

S'agissant enfin de l'immeuble sis Route de Malagnou, l'expert privé souligne qu'il s'agit d'une configuration de type « C » (cf. supra consid. B.d.a), de sorte que le signal du téléseuil et le signal du satellite sont acheminés auprès des clients à l'aide de deux IDI coaxiales séparées. Il n'y a donc aucun mixage des signaux du téléseuil et des signaux du satellite au niveau du local technique (p. 17).

Dans son complément d'expertise privée du 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2), l'expert privé a précisé qu'une utilisation parallèle sous certaines conditions techniques particulières du signal satellitaire pur et du signal du téléseuil pur, à savoir sans chevauchement de fréquences et



sans utilisation supplémentaire de services nécessitant un canal retour très stable et isolé, est actuellement possible (p. 3). Il rappelle notamment que le double usage d'un câble coaxial avec différents standards DVB (i.e. respectivement le téléseuil et le satellite) est toujours complexe (p. 3). Ainsi, avant toute mise en service, de telles installations doivent être vérifiées et activées par le câblo-opérateur en présence de l'installateur, avec l'aide du schéma d'installation actualisé. Ces contrôles seraient nécessaires lorsque le câblo-opérateur assure le support technique en cas de perturbations de ses services (p. 3 s.).

L'expert privé précise également que, lorsque l'IDI coaxiale est configurée en étoile, il est possible sans problème de passer au besoin entre l'un ou l'autre signal distribué par un seul câble coaxial jusqu'aux appartements respectifs. C'est la configuration de type « B » qui se trouve dans l'immeuble sis Boulevard des Tranchées (p. 5). Enfin, concernant la prise Supermédia, l'expert indique qu'elle ne résout pas la problématique de la perturbation du canal retour ou de l'impossibilité de son utilisation par le câblo-opérateur (p. 6 s.)

**11.3.5.6.2** En l'occurrence, il ressort de l'expertise privée qu'il n'existait, durant la période de l'enquête, pas de superposition de fréquences entre le téléseuil et le satellite qui viendrait perturber le bon fonctionnement de la voie de retour.

L'expertise privée contredit ainsi les déclarations de la recourante durant son audition, puisque celle-ci a indiqué que le problème venait de ce que la réponse à la requête du client ne pouvait pas être transmise sur la bande de fréquence Internet occupée par le satellite (cf. acte 222 réponse 4 en p. 5 de [...]). Elle venait pourtant curieusement de mentionner l'absence de chevauchement des fréquences entre le téléseuil et le satellite durant la période de l'enquête (cf. acte 222 p. 4 s.).

**11.3.5.6.3** En ce qui concerne l'immeuble sis Rue Le-Fort, son canal retour n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure. La recourante se fonde sur cette expérience pour démontrer que le système Supermédia dans sa configuration de type « A » perturbe et supprime la voie de retour.

Il ressort toutefois de l'expertise privée que les mesures ont été effectuées à cinq points différents. Le point 1 se situe proche de l'entrée du téléseuil dans l'immeuble et les points 2 et 3 avant le dispositif de mixage du signal du téléseuil. Le point 4 se situe, quant à lui, juste après le mixage et le

point 5 au 3<sup>e</sup> étage de l'immeuble (cf. acte 199 annexe 4 p. 1 à 4 ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4).

Les trois représentants de la recourante – qui ont effectué les mesures à la place de l'expert privé (cf. supra consid. 11.3.5.6.1) – notent que « *la signature du spectre est modifiée* » au point 4 (soit juste après le mixage des signaux) et que la voie de retour n'est plus opérationnelle (cf. acte 199 annexe 4 p. 4 ainsi que les photographies 31 et 32). Toutefois, aux points de mesure 2 et 3, situés avant le mixage des deux signaux, les représentants de la recourante relevaient déjà que la signature du spectre était modifiée (cf. acte 199 annexe 4 p. 4 ainsi que les photographies 14 et 24). Cela est confirmé par l'analyse de l'expert privé, qui indique que le canal descendant est dégradé au point de mesure 2, que le canal retour est dégradé aux points de mesures 2 et 3 et que, dès le point de mesure 4, le canal retour ne peut plus être mesuré (cf. acte 199 annexe 3 p. 13 et 14).

Il suit de là qu'avant même que le signal du satellite ne soit mélangé avec celui du télé-réseau, le signal de la recourante – et particulièrement la voie de retour – était déjà dégradé. La recourante ne saurait donc déduire de l'expertise privée que le système Supermédia perturbe, en tout temps, la voie de retour en se fondant uniquement sur l'expérience de l'immeuble sis Rue Le-Fort.

De manière générale, l'expertise privée rejoint les déclarations de la recourante en début et en cours d'enquête, avant que celle-ci ne soulève la problématique de la voie de retour. En effet, elle avait indiqué notamment que « *[n]ous n'avons pas connaissance [de problèmes techniques causés à nos clients], nos équipes techniques n'ayant jamais dû intervenir pour un problème technique causé par la technologie Supermédia à nos clients* » (cf. acte 5 réponse 3) et que la voie de retour fonctionnait (cf. acte 222 réponse de [...] début de la p. 5 sur questions du Président en fin de p. 4).

Ces déclarations rejoignent également celles d'UPC, le partenaire commercial de la recourante, lequel a fait savoir à l'intimé, par courrier du 23 mai 2005, que son système Supermédia avait été étudié par le département qualité et que le concept pouvait être adjoint à des raccordements télé-réseau sur les réseaux d'UPC (cf. acte 1 annexe 5). Cela est également confirmé par un collaborateur d'UPC, le 20 janvier 2013, devant le Tribunal civil de première instance de Genève, qui a déclaré en cours d'audience que « *entre 2005 et 2008, je n'ai pas eu connaissance d'éventuels problèmes techniques en lien avec le système*

*Supermédia* » (cf. acte 6 annexe 12). De même, UPC a encore mentionné, le 21 juin 2013, que « *[i]n den Installationen wo Supermediadosen zum Einsatz kamen, ist es bis anhin zu keinen besonderen technischen Schwierigkeiten gekommen* » (cf. acte 4).

D'autres expériences démontrent qu'il n'existait aucun problème de compatibilité entre le système Supermédia et le fonctionnement du télésexeau. Le 5 août 2016, l'entreprise individuelle [...] a déclaré que « *je n'ai jamais entendu que des problèmes techniques aient été rencontrés avec le télésexeau par cause du système Supermédia. Au contraire, pour avoir collaboré avec [l'intimé] sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents – en dehors de la zone du télésexeau de [la recourante], mais concurremment avec la TNT ou encore d'autres télésexeaux –, je peux ici attester n'avoir jamais rencontré de problème, le système "Supermédia" m'ayant toujours donné entière satisfaction. Je n'ai jamais rencontré ni entendu que des perturbations aient été causées par le système "Supermédia"* » (cf. acte 154 réponses 12 à 15). Le 1<sup>er</sup> septembre 2016, la régie [...], laquelle dispose d'une quarantaine d'appartements sous gestion disposant du système Supermédia, a également déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia (cf. acte 159 réponse 14). Le 12 septembre 2016, la société [...] – qui a installé des systèmes Supermédia avec l'intimé comme sous-traitant – a encore indiqué qu'elle n'avait aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système (cf. acte 162 réponses 4b et 4c). Enfin, le 14 septembre 2016, la régie [...], qui dispose d'un peu moins de 30 appartements sous gestion disposant du système Supermédia, a déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia (cf. acte 166 réponses 12, 14 et 16).

Certaines déclarations d'UPC, à la fin de l'enquête, abondent toutefois dans le sens de la recourante. UPC a, en effet, indiqué, dans sa réponse du 20 novembre 2017, que l'utilisation parallèle des signaux du satellite et du télésexeau sur une IDI coaxiale unique est une opération délicate, qu'elle n'exclut, certes, pas toute utilisation de ce type de configuration, mais que les produits nécessitant un canal retour non perturbé pourraient être impossibles à prester (cf. acte 216). Elle a précisé que deux immeubles, raccordés à son télésexeau en Ville de Vernier et en Ville d'Onex, pour lesquels le signal avait été mixé avec celui provenant du satellite sur une même IDI coaxiale, avaient connus des problèmes techniques avec ses produits « triple play ». En Ville de Vernier, les problèmes ont pu être résolus (cf. acte 216 p. 6 à 11). En Ville d'Onex,

l'abonnement « triple play » a été annulé en raison de l'absence de canal retour, sans qu'il ait été identifié si le système Supermédia en était ou non la cause (cf. acte 216 p. 12 à 14).

**11.3.5.6.4** Sur la base de l'expertise privée déposée par la recourante et des expériences décrites ci-dessus, le tribunal constate qu'une configuration de type « A », impliquant le mixage du signal du satellite avec le téléseu sur une seule prise coaxiale, est réalisable, mais techniquement difficile. Les différents acteurs sur le marché n'ont pas – ou peu – connaissance de problèmes particuliers de compatibilité avec le téléseu, à tout le moins lors d'une utilisation parallèle du signal satellitaire pur et du signal du téléseu pur, à savoir sans chevauchement de fréquences et sans utilisation supplémentaire de services nécessitant un canal retour très stable et isolé.

Lorsque certains clients souhaitent, en plus, bénéficier de services interactifs qui nécessitent un canal retour fonctionnel et non perturbé, l'existence de perturbation ou de dysfonctionnement de la voie de retour causée par le système Supermédia ne ressort pas du dossier. L'expérience de l'immeuble sis Rue Le-Fort, sur laquelle la recourante fonde l'essentiel de son plaidoyer, présente en effet une voie de retour déjà perturbée et dysfonctionnelle avant même le mixage du signal du téléseu avec le signal du satellite. Quant aux immeubles situés en Ville de Vernier et Ville d'Onex, les problèmes ont soit pu être résolus, soit il n'a jamais été identifié si le système Supermédia était ou non la cause de l'absence de canal retour. Partant, il n'est pas possible de démontrer l'influence de l'opération de mixage des signaux sur la qualité de la voie de retour.

Quoiqu'il en soit, même en retenant la thèse de la recourante et en supposant qu'il ne soit plus possible d'utiliser la voie de retour dans une configuration de type « A » mixant le signal du téléseu et du satellite, il n'en demeure pas moins que l'utilisation parallèle du signal satellitaire pur et du signal du téléseu pur, sans utilisation supplémentaire de services interactifs nécessitant un canal retour, reste possible.

Ainsi, la présence de la voie de retour n'est pas un élément objectivement nécessaire, indispensable au raccordement d'un immeuble au téléseu. Elle peut, certes, le devenir, sur le marché situé en aval de la fourniture de services interactifs, mais elle ne l'est pas pour la prestation de services de radio/télévision non interactifs.

Au demeurant, dès lors que les configurations de type « B » et « C » n'impliquent aucun mixage du signal du téléseu avec le signal du système tiers, que la configuration de type « D » consiste en l'absence de tout téléseu dans l'immeuble et que la configuration de type « E » est un mélange entre les configurations de type « A » et « C », le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'apparaît pas non plus objectivement nécessaire dans ces autres configurations.

En voulant s'assurer, lors du raccordement, une voie de retour fonctionnelle, la recourante cherche à garantir qu'elle pourra prester l'ensemble de ses services faisant partie de son offre de type « triple play », et non pas uniquement des services de radio/télévision non interactifs.

Ce faisant, plutôt que des motifs objectivement nécessaires, la recourante soulève d'avantage des motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements, ce qu'il y a lieu d'examiner ci-dessous.

**11.3.5.7** La recourante justifie ainsi la possibilité de résilier le raccordement au téléseu en présence d'un système tiers sur la même IDI coaxiale au motif qu'elle doit obtenir un retour sur investissement suffisant. Celui-ci ne pourrait être atteint que si la recourante est en mesure de prester l'ensemble des services relevant de l'offre de « triple play » (Internet, téléphonie et télévision interactive) dans tous les immeubles qu'elle raccorde au téléseu, dès lors que le seul raccordement ne générerait, en lui-même, aucun revenu. Même si elle ne le formule pas expressément, elle fait ainsi valoir implicitement que son intérêt commercial serait supérieur à celui des fournisseurs de système tiers de pouvoir accéder à l'installation intérieure d'immeuble, en particulier à l'IDI coaxiale, pour fournir leurs services. L'intérêt de la recourante serait aussi supérieur à l'intérêt des propriétaires d'immeubles de pouvoir offrir un système tiers aux consommateurs sans avoir besoin de renoncer au signal du téléseu et sans devoir construire, à leurs propres frais, une seconde IDI coaxiale.

Au surplus, dans son mémoire de recours, la recourante fait valoir d'abord, en vrac, comme motifs de nature économique, l'impossibilité de fournir des services de qualité aux habitants d'un d'immeuble, un dommage à sa réputation, des coûts élevés de maintenance, des litiges récurrents avec l'opérateur tiers, voire une perte de clientèle dès lors que le maintien de la relation contractuelle emporterait plus d'inconvénients que d'avantages. Elle avance ensuite que l'approche suivie dans sa CRI peut être comparée avec celle suivie par d'autres opérateurs. Ainsi, le contrat de raccordement des SIG/Swisscom confirmerait que les propriétaires d'immeubles sont

bien propriétaires des IDI fibre optique (cf. art. 2.7 des conditions générales des SIG/Swisscom, pièce 13 de la recourante), mais que les SIG/Swisscom disposeraient d'un droit d'utilisation exclusif sur ces IDI. La recourante souligne néanmoins que les SIG/Swisscom se réservent un à deux brins pour leur propre usage et octroient un droit d'accès à des tiers sur les brins restants (cf. ch. 362 du mémoire de recours).

L'autorité inférieure retient que la recourante ne peut pas, d'un côté, refuser ou résilier le raccordement d'un immeuble au téléseuil 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 l'immeuble au téléseuil. Elle souligne que les services de la recourante auraient été consommés de toute manière par le biais de contrats de raccordements individuels ou collectifs. Elle rappelle également que l'IDI coaxiale est entièrement financée par le propriétaire, qui en acquiert la propriété. Partant, lors de la construction de nouveaux immeubles, la question d'un retour sur investissement de la recourante sur l'installation intérieure et les IDI coaxiales est sans objet. Quant aux autres investissements effectués par la recourante, ceux-ci porteraient selon toute vraisemblance sur des éléments nécessaires au fonctionnement du téléseuil, et qui sont donc essentiels pour la recourante indépendamment de la présence ou non d'un système tiers sur l'IDI coaxiale. L'autorité inférieure relève encore que le raccordement d'un immeuble au téléseuil, même si aucune unité d'habitation ne devait au final bénéficier de l'offre de base, ne serait pas dénué d'intérêt pour la recourante 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. Elle souligne enfin que la recourante reconnaît l'existence d'un intérêt pour les propriétaires de pouvoir proposer un choix aux consommateurs (cf. N 536 de la décision attaquée qui fait référence à l'acte 198 N 729). Elle estime qu'il est donc possible que des immeubles soient raccordés au téléseuil sans que la moindre unité d'habitation ne bénéficie des offres de base ou à valeur ajoutée de la recourante et que rien n'indique qu'une unité d'habitation sera bien connectée au téléseuil par la suite. Le comportement de la recourante ne réaliserait ainsi pas des gains d'efficacité. L'intimé appuie, en substance, la position de l'autorité inférieure.

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante, en tant que propriétaire de l'infrastructure horizontale du téléseuil, en assure le maintien et les frais d'exploitation. Elle raccorde l'infrastructure intérieure

des immeubles au télésexeau sans frais pour les propriétaires. Il suit de là que la recourante a bien un intérêt commercial à ce qu'un maximum de consommateurs concluent un abonnement de base ou à valeur ajoutée par la suite.

En revanche, l'attitude de la recourante consiste, ou à tout le moins contribue, à exclure des entreprises tierces sur le marché des services de télécommunications situés en aval, et en particulier des entreprises fournissant leurs services par l'intermédiaire du satellite. Ce faisant, le comportement de la recourante limite fortement la concurrence actuelle et potentielle, de sorte qu'il ne peut, *a priori*, pas être justifié pour des motifs d'efficacité. Il limite, au surplus, la possibilité des propriétaires de raccorder librement leur immeuble aux infrastructures de leur choix, en leur imposant la construction d'une seconde IDI coaxiale. Or, il ressort du dossier qu'une telle construction implique des investissements non négligeables (cf. actes 56 réponse 8 et acte 154 réponse 3a) pour les propriétaires, auxquels la recourante n'a pas voulu participer, [...].

En réalité, il existe une mesure bien plus proportionnée, que la recourante a d'ailleurs proposée, d'elle-même, à un propriétaire en fin d'enquête. En annexe de son courrier du 9 novembre 2017 (cf. acte 212), la recourante a, en effet, déposé un échange de correspondance avec une régie immobilière, relatif à la signature de la CRI et du raccordement de l'immeuble au télésexeau. Cet échange date de fin 2015, début 2016. Du premier courriel daté du 3 décembre 2015, il ressort que la régie immobilière a demandé à la recourante que « *l'accord de cohabitation avec l'installation satellite de la résidence* » soit stipulé dans la « *convention Naxoo* ». Suite à cette demande, le 22 décembre 2015, la recourante a proposé trois options aux propriétaires (cf. acte 212 p. 3 et annexe 6), à savoir :

- La cohabitation entre le télésexeau et le satellite sur un même câble coaxial, auquel cas seul le service de télévision fonctionnerait, mais non Internet et la téléphonie. De plus, il a été indiqué que la box Horizon d'UPC ne fonctionnerait pas non plus le cas échéant, celle-ci utilisant Internet. Cette option correspond au mixage du télésexeau et du satellite, avec la possibilité de ne bénéficier que de services non interactifs provenant du télésexeau.
- La suppression du satellite et l'utilisation du câble coaxial uniquement par le télésexeau.

- La coexistence du système satellite et du télé-réseau sur deux câbles séparés. Cette option correspond à la construction d'une seconde IDI coaxiale, permettant de bénéficier du satellite sur une prise coaxiale et de l'ensemble des services « triple play » sur l'autre prise coaxiale.

En offrant le choix aux propriétaires de faire cohabiter un signal satellitaire et le signal de son télé-réseau sur une même IDI coaxiale, mais en informant ceux-ci de ce qu'ils ne pourraient bénéficier que des services de base liés à la télévision, la recourante a démontré qu'elle était en mesure de concilier ses intérêts, ceux des entreprises tierces actives dans la fourniture de services de télécommunications par satellite et ceux des propriétaires d'immeubles. Si ce changement d'attitude est vraisemblablement le résultat de l'intervention de l'autorité inférieure, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la nature particulière de sa responsabilité en tant qu'entreprise dominant le marché (cf. supra 11.3.4.1), il pouvait être raisonnablement attendu de la recourante qu'elle parvienne d'elle-même à cette solution, sans qu'une intervention de la Comco et la menace d'une sanction ne soient nécessaires.

Il suit de là que le comportement de la recourante n'est pas proportionné à l'objectif économique poursuivi et présente un bilan concurrentiel négatif. La recourante ne saurait dès lors se prévaloir de motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements pour justifier son comportement.

Par surabondance, il convient de rappeler que la position des SIG/Swisscom sur le marché du raccordement à la fibre optique n'a pas fait l'objet d'une analyse détaillée, dès lors qu'ils ne sont pas actifs sur le même marché que la recourante (cf. supra consid. 9.2 ss). Leur pouvoir sur le marché n'a ainsi pas été examiné et n'a pas à l'être dans le cadre de la présente procédure. Au surplus, le contrat de raccordement à la fibre optique octroie certes aux SIG et à Swisscom l'usage exclusif de l'IDI fibre optique, mais il garantit également que certains brins seront réservés à l'usage de tiers. Il suit de là que, contrairement à ce que soutient la recourante, le régime contractuel qu'elle a instauré dans sa CRI s'éloigne substantiellement du régime mis en place sur le réseau de fibre optique des SIG et de Swisscom.

Il suit de là que, contrairement à ce que soutient la recourante, le régime contractuel qu'elle a instauré dans sa CRI s'éloigne substantiellement du régime mis en place sur le réseau de fibre optique des SIG et de Swisscom. La recourante ne saurait donc, en aucun cas, se prévaloir du



comportement des SIG/Swisscom pour justifier son comportement sur le marché du raccordement au téléseuil.

**11.3.5.8** Au surplus, il n'y a pas lieu de traiter plus en avant les très nombreux motifs avancés, en vrac, par la recourante dans sa prise de position sur la proposition de décision et dans son mémoire de recours, en tant que la recourante ne fournit aucun élément et ne démontre pas en quoi ces motifs permettraient de légitimer son comportement sur le marché (cf. supra consid. 11.3.5.2).

**11.3.6** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le comportement de la recourante, consistant à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale, a été mis en œuvre par le biais de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, à savoir principalement par le biais de l'art. 9.4 de la CRI, par lequel la recourante se réserve le droit de résilier le raccordement au téléseuil en cas de présence d'un système tiers sur la même installation.

En revanche, rien n'indique que les contrats de modernisation des IDI coaxiales aient été imposés aux propriétaires d'immeubles.

S'agissant de la possibilité pour la recourante d'approuver le schéma de l'installation intérieure préalablement au raccordement au téléseuil et de vérifier que l'installation correspond à ses spécifications techniques, il y a lieu de relever que l'expertise privée met en lumière que la cohabitation de deux systèmes sur une seule IDI coaxiale nécessite une coordination importante entre tous les intervenants. Au surplus, il ne ressort pas clairement du dossier que les spécifications techniques de la recourante vont au-delà des standards de la branche. La question du caractère inéquitable de ces spécifications techniques peut toutefois rester ouverte dès lors qu'il a déjà été constaté que certaines conditions commerciales de la recourante, en particulier l'art. 9.4 de la CRI, satisfaisaient aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

**11.4** Reste à déterminer si le comportement reproché à la recourante a limité les débouchés et le développement technique.

**11.4.1** L'autorité inférieure estime que, dans le cas d'espèce et par le biais de la CRI et des contrats de modernisation, le comportement de la recourante limite les débouchés de tiers et le développement technique de services tiers. Ce faisant, la recourante aurait empêché ou entravé des tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, notamment par satellite. Les conditions d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart seraient ainsi également remplies.

La recourante conteste que son comportement a limité les débouchés ou le développement technique. Elle souligne que l'autorité inférieure se réfère à des développements et analyses effectués sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et qu'elle a renoncé à examiner l'effet de ses conditions commerciales sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. La recourante considère ainsi que l'autorité inférieure n'a pas démontré en quoi elle aurait limité les débouchés et le développement technique. Elle rappelle que l'art. 7 al. 2 let. e LCart revêt un caractère subsidiaire et que cette disposition doit être interprétée de manière restrictive, en ce sens que seuls les comportements qui rendent les produits ou prestations de concurrents moins attractifs seraient interdits.

**11.4.2** Selon l'art. 7 al. 2 let. e LCart, est notamment réputé illicite le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique. L'art. 7 al. 2 let. e LCart couvre toute pratique d'entrave ou d'exclusion d'une entreprise dominante à l'égard de ses concurrents (cf. décision de la Comco *Online-Buchungsplattformen für Hotels* du 19 octobre 2015, in : DPC 2016/1 67, ch. 454 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart n° 458 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 234). La disposition n'entre ainsi en ligne de compte qu'en application conjointe avec l'une ou l'autre des pratiques exemplatives de l'al. 2 ou avec une pratique non listée, mais abusive au sens de l'al. 1 (cf. décision de la Comco *Online-Buchungsplattformen für Hotels* précité, in : DPC 2016/1 67, ch. 454 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 234). Le comportement n'est par conséquent abusif que s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents actuels – c'est-à-dire sans que cela ne résulte de l'évolution normale du marché (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 569 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 235) – et qu'il porte atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 569). Enfin, comme les autres états de faits de l'art. 7 al. 2 LCart, la limitation de la production, des débouchés et du développement technique n'est pas abusive si elle est justifiée par des

considérations commerciales légitimes (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 241).

**11.4.3** Le comportement d'une entreprise dominante n'est, tout d'abord, abusif que s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents.

**11.4.3.1** Il ne doit pas s'agir d'une limitation résultant de l'évolution du marché, mais bien 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 technique, soit imposer à d'autres entreprises d'adopter des mesures limitatives (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 235). Les limitations à la production conduisent généralement à une diminution artificielle de la capacité de production et donc, en règle générale, à un appauvrissement de l'offre sur le marché (cf. STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart n° 462). Par limitation des débouchés, on entend en particulier les comportements d'une entreprise dominante visant à réduire la portée marketing de la concurrence, et à restreindre artificiellement l'accès de cette dernière au marché (cf. ZÄCH, Kartellrecht, n° 688 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart n° 464). Les limitations au développement technique concernent, quant à elles, essentiellement les formes de comportement qui restreignent ou limitent l'accès à des ressources techniques ou à leur diffusion (cf. décision de la Comco *Six Group* précité, in : DPC 2011/1 96, ch. 501 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart n° 462 n° 464).

En l'occurrence, le comportement reproché à la recourante porte uniquement sur la limitation des débouchés et du développement technologique. Plus spécifiquement, de telles pratiques peuvent résulter soit de clauses contractuelles par lesquelles l'entreprise dominante limite le marché géographique ou le type de clients auxquels elle distribue ses produits, soit d'actions unilatérales par lesquelles l'entreprise dominante refuse de fournir certains acheteurs. Ainsi, par exemple, sous l'angle de l'art. 102 let. b TFUE, dont l'art. 7 al. 2 let. e LCart constitue une reprise (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 233), l'entreprise en position dominante au bénéfice d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché ; tel n'est pas le cas lorsqu'elle exerce son veto et demande le strict respect de l'accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer un concurrent de l'accès au marché (cf. arrêt du TPI T-24/93 *Compagnie*

*maritime belge transports* du 8 octobre 1996 ch. 108 s.). Des pratiques limitant les débouchés et le développement technique peuvent aussi avoir pour but d'augmenter les coûts des entreprises concurrentes, par exemple par l'introduction de normes ou de spécifications techniques développées par l'entreprise dominante, par un contrôle réglementaire par l'entreprise dominante, par le développement de produits différenciés ciblés, par l'innovation, la recherche et le développement, ou par des contrats de longue durée. (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 239 ; pour une casuistique plus détaillée, cf. ég. n° 244 ss et 250 ss).

**11.4.3.2** En l'occurrence, le tribunal a déjà constaté, en tenant compte des arguments avancés par la recourante, que le comportement de cette dernière consistait à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. supra consid. 11.2.4). Elle refusait notamment de raccorder un immeuble à son télé-réseau si celui-ci, en présence d'un système tiers, ne disposait pas d'une seconde installation intérieure, dont la construction s'effectuait aux frais des propriétaires (cf. supra consid. 11.2.3.2). La recourante a ainsi, par là-même, empêché les entreprises tierces d'accéder aux installations intérieures et à l'IDI coaxiale pour prester leurs services.

Parmi les conditions commerciales litigieuses ayant conduit à une telle pression figurent notamment l'art. 9.4 de la CRI qui prévoit la possibilité pour la recourante de résilier le raccordement au télé-réseau en présence d'un système tiers (cf. supra consid. 11.2.1.1 et 11.2.2.4), les conditions générales et spécifications techniques de la recourante qui imposent aux propriétaires de respecter les spécifications techniques de la recourante et de faire valider, par cette dernière, l'installation intérieure avant tout raccordement (cf. supra consid. 11.2.1.4, 11.2.1.6 et 11.2.2.3), ainsi que l'art. 5 des contrats de modernisation des IDI coaxiales qui octroie à la recourante un droit d'utilisation exclusif sur l'utilisation des installations intérieures modernisées, avec néanmoins la possibilité pour le propriétaire de se libérer après deux ans et moyennant indemnisation de la recourante (cf. supra consid. 11.2.1.5 et 11.2.2.5).

En l'occurrence, il y a encore lieu de relever que, bien que la recourante soutienne n'avoir jamais fait usage de son droit de refuser une installation intérieure ou de résilier le raccordement au télé-réseau en cas de présence d'un système tiers, il ressort du dossier qu'elle impose le respect strict de

ces conventions et conditions commerciales (cf. supra consid. 11.2.3.2) et exploitait la nécessité pour les propriétaires d'immeubles de raccorder leur immeuble au télé-réseau pour se voir octroyer l'usage exclusif de l'installation intérieure (cf. supra consid. 11.2.3.1). La recourante ne consent à la présence d'un système tiers que si l'installation intérieure est dédoublée et construite aux frais des propriétaires (cf. supra consid. 11.2.3.2). Au surplus, lors de son audition, elle est restée vague sur la disponibilité des spécifications techniques sur lesquelles elle se fonde pour autoriser ou non le raccordement d'une installation intérieure, ne sachant, par exemple, pas si elles étaient disponibles sur son site Internet (cf. acte 222 réponse 5, p. 6 ; ég. supra consid. 11.2.2.3). Elle n'a pas non plus indiqué si les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales mentionnées ci-avant (cf. supra consid. 11.2.1.6) et les « spécificités techniques » mentionnées à l'art. 2.2 de la CRI et dans d'autres documents contractuels ne faisaient qu'un (cf. ch. 234 de la décision attaquée). Enfin, il y a lieu de rappeler l'existence d'un long conflit entre la recourante et l'intimé, certains cadres dirigeants de celle-là ayant d'ailleurs été condamnés pénalement (cf. supra consid. 11.2.3.4)

Ce complexe de faits conduit le tribunal à retenir qu'en exigeant l'installation d'une seconde IDI coaxiale en présence d'un système tiers, la recourante a contribué à augmenter sensiblement les coûts de construction des immeubles et des installations intérieures, ce d'autant plus qu'il est permis de douter que les propriétaires d'immeubles et les entreprises tierces aient été en mesure d'accéder facilement aux spécifications techniques de la recourante. Elle a ainsi contribué à capturer les entreprises tierces et les propriétaires dans un système réglementaire et contractuel, établi et contrôlé par elle-seule. Au surplus, la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales octroyait à la recourante un droit exclusif d'utiliser toutes les IDI coaxiales modernisées. La mise en œuvre de ce droit ne permettait plus aux propriétaires de se détacher des services de la recourante et d'opter pour un système tiers, sans devoir indemniser la recourante, et cela, uniquement après une période initiale de deux ans. Quant au montant de cette indemnité, il y a lieu de relever qu'elle ne figure pas dans les contrats en question et que son calcul est, du point de vue des propriétaires d'immeubles, difficile à anticiper (cf. supra consid. 11.2.1.5 et 11.2.2.5).

Il suit de là que le comportement reproché à la recourante a limité, durant la période de l'enquête, artificiellement l'accès au marché des services de télécommunications et notamment de télévision, ainsi que l'expansion d'entreprises tierces actives sur ce segment. Il ne s'agit, au surplus, pas

d'une limitation résultant de l'évolution du marché, mais bien d'une stratégie de la recourante visant à lui octroyer ou à consolider un avantage sur ses concurrents.

Partant, la première condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. e LCart est remplie.

**11.4.4** Outre une limitation artificielle de l'accès au marché ou de l'expansion de concurrents, le comportement doit encore porter atteinte à leur capacité concurrentielle, sans que cela ne découle de l'évolution normale du marché. Tel est le cas lorsque le comportement entrave les concurrents, actuels ou potentiels, de l'entreprise dominante dans l'accès ou l'exercice de la concurrence, ou lorsque l'entreprise dominante exploite ses partenaires commerciaux (cf. décision de la Comco du 14 juillet 2014 *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, in : DPC 2014/4 670, ch. 129 et 134 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart n° 474) ; leur capacité concurrentielle doit alors s'en trouver affectée de manière négative.

En l'espèce, le tribunal a déjà constaté que le comportement de la recourante visait notamment à empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. supra consid. 11.2.4), en exploitant la nécessité pour les propriétaires d'immeubles de raccorder leur immeuble au télé-réseau (cf. supra consid. 9.2.3.4). Ce faisant, elle a empêché ses concurrents, et en particulier l'intimé, d'accéder au marché, d'autant plus qu'une antenne satellite collective est installée sur un nombre important d'immeubles (cf. supra consid. 11.3.4.4), nonobstant les efforts et démarches effectués notamment par l'intimé pour promouvoir son système (cf. supra consid. 11.3.4.5).

Il suit de là que la recourante a porté atteinte à la capacité concurrentielle d'entreprises tierces, actives sur le marché des services de télécommunications, en particulier de télévision par satellite, sans que cela ne découle de l'évolution normale du marché.

La deuxième condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. e LCart est ainsi remplie.

**11.4.5** Il y a encore lieu d'examiner si les limitations constatées aux débouchés et au développement technique peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes.

**11.4.5.1** Pour ce point, il est renvoyé dans une large mesure aux considérants portant sur l'absence de considérations commerciales légitimes aux conditions inéquitables imposées par la recourante (cf. supra consid. 11.3.5 ss), dès lors qu'elle fait valoir les mêmes motifs pour justifier son comportement.

Il y a toutefois lieu de s'intéresser davantage aux considérations commerciales qui pourraient légitimer l'usage exclusif, pendant cinq ans, des IDI coaxiales modernisées par le biais des contrats de modernisation en question. Ceux-ci ne satisfaisant pas, à eux seuls, aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (cf. supra consid. 11.3.6), ils n'ont en effet pas encore été examinés sous l'angle des considérations commerciales légitimes.

D'emblée, il y a lieu de relever l'absence de motifs justificatifs objectifs à une exclusivité limitée à cinq ans. En effet, dans l'hypothèse où il serait objectivement nécessaire que la recourante dispose d'un usage exclusif de l'installation intérieure des immeubles pour prester ses services, cette exclusivité serait légitimée *ad aeternam*. Dès lors que la recourante est prête à renoncer à son usage exclusif après cinq ans, on ne saisit pas, en l'espèce, l'intérêt objectif d'une telle exclusivité. De plus, le tribunal a déjà constaté qu'il n'était pas objectivement nécessaire pour la recourante de maintenir un contrôle sur l'IDI coaxiale et d'interdire la coexistence de services tiers sur la même IDI (cf. supra consid. 11.3.5.3 à 11.3.5.6.4).

**11.4.5.2** Reste dès lors à examiner l'existence de motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements.

La recourante fait valoir, dans sa prise de position sur le projet de décision (cf. acte 198 ch. 810), la protection de ses investissements. Elle indique à cet égard, dans son mémoire de recours, que le coût de modernisation s'élève à [...] francs par unité d'habitation, et qu'elle amorti ces coûts sur une durée de [...] ans (cf. ch. 128 ss du mémoire de recours). Au surplus, elle rappelle que ses contrats n'avaient pas vocation à s'appliquer en cas d'utilisation des infrastructures à d'autres fins que l'accès aux signaux du télé-réseau, que le principe d'une résiliation anticipée du contrat était assortie d'une obligation d'indemnisation de la part des propriétaires, et que la résiliation d'un contrat de modernisation demeurerait sans impact sur le raccordement de l'immeuble en question ou encore les services fournis aux consommateurs, de sorte que le seul et unique impact concret d'une telle résiliation porterait sur l'éventuelle maintenance souscrite par le propriétaire. Elle fait encore grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir

procéder à une analyse des coûts et des bénéfices pour les propriétaires d'un tel régime, ainsi qu'à une analyse de la possibilité pour les propriétaires de répercuter tout ou partie de l'indemnité à verser à la recourante sur le tiers désireux d'utiliser les infrastructures financées par la recourante. Elle en conclut donc que l'autorité inférieure n'a pas procédé à un examen suffisant des avantages et inconvénients liés à ces contrats pour les propriétaires. Elle affirme enfin n'avoir jamais résilié un contrat de modernisation du fait de l'utilisation par un tiers des infrastructures intérieures d'immeubles ou encore n'avoir jamais restreint l'accès à des infrastructures intérieures d'immeubles.

En l'occurrence, il ressort du dossier que les propriétaires d'immeubles disposent, lorsqu'il s'agit d'aborder la question de la modernisation de leurs IDI coaxiales, de trois possibilités : ils peuvent procéder à celle-ci à leurs propres frais, aux frais de la recourante moyennant la conclusion d'un contrat de modernisation ou renoncer simplement à celle-ci. D'emblée, il y a lieu de relever que nul ne conteste que la recourante dispose d'un intérêt commercial à la modernisation des IDI coaxiales. Il suit de là qu'on ne saurait reprocher à la recourante d'approcher les propriétaires d'immeubles en ce sens et de leur proposer, le cas échéant, de moderniser les IDI coaxiales à ses propres frais. Dans ce cas, il n'est également pas contesté que la recourante dispose d'un intérêt commercial à obtenir un certain retour sur investissement.

Il convient bien plus d'examiner si la durée de cinq ans pendant laquelle les propriétaires ne peuvent pas utiliser leurs installations pour des systèmes tiers est proportionnée aux objectifs économiques poursuivis par la recourante et si la possibilité pour les propriétaires de se libérer après deux ans, moyennant le paiement d'une indemnité, permet d'en contrebalancer les effets négatifs.

A cet effet, il ne s'agit pas d'examiner les conséquences civiles d'une telle clause ou sa validité en droit des obligations ; là n'est pas l'enjeu. De même, il ne s'agit pas d'interdire aux entreprises en position dominante le recours à toute forme d'exclusivité aux fins d'obtenir un retour sur leurs investissements. Il y a toutefois lieu, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, d'examiner si les effets négatifs de cette exclusivité sur la concurrence n'outrepassent pas les gains d'efficacité allégués.

En l'espèce, il ressort du dossier que le coût de modernisation d'une IDI s'élève à [...] francs par unité d'habitation, que la recourante amortit sur



[...] ans (ch. 128 ss du mémoire de recours). Si une exclusivité d'une durée inférieure est, en soi, louable, d'autant plus lorsqu'elle est accompagnée d'une possibilité pour le propriétaire d'immeuble de résilier le contrat – et donc de se libérer – moyennant une indemnité, on ne saisit toutefois pas les motifs d'une approche différenciée de la recourante et la nécessité d'empêcher toute résiliation durant les deux premières années du contrat. Une telle façon de faire constitue plutôt un indice de ce que la recourante obtient, en réalité, un retour sur investissement après deux ans déjà. Au surplus, il ne ressort pas du dossier que l'indemnité versée par le propriétaire en cas de rupture anticipée du contrat soit limitée au remboursement, par le propriétaire, des sommes engagées par la recourante pour la modernisation des IDI coaxiales, diminution faite des amortissements déjà réalisés. Tout porte, au contraire, à croire que la recourante dispose d'une grande latitude dans la fixation du montant de l'indemnité. S'il est vrai que les propriétaires pouvaient financer eux-mêmes la modernisation de leurs IDI coaxiales, les clauses du contrat de modernisation ont contribué à enfermer les propriétaires d'immeubles dans un système contractuel et réglementaire contrôlé par la recourante et ayant eu pour effet d'empêcher ou de limiter la possibilité pour les entreprises tierces d'accéder et d'utiliser les installations intérieures et les IDI coaxiales.

Il suit de là que, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, les effets du comportement reproché à la recourante sur le marché dans le cadre de ces contrats de modernisation ne sont pas contrebalancés par les gains d'efficacité avancés par la recourante, de sorte que ce comportement ne peut être justifié.

**11.4.6** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le comportement de la recourante a limité, par le biais des clauses contractuelles de la recourante contenues notamment dans la CRI, ses conditions commerciales et spécifications techniques, ainsi que dans les contrats de modernisation, artificiellement l'accès au marché et l'expansion d'entreprises tierces, sans que cela ne résulte d'une évolution normale du marché ou d'une situation concurrentielle normale. Ce faisant, la recourante a empêché ses concurrents, et en particulier l'intimé, d'accéder au marché, sans que cela ne soit justifié par des motifs justificatifs objectifs ou des motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements.

Partant, le comportement de la recourante, dans le cas d'espèce et par le biais de la CRI, de ses conditions commerciales et spécifications techniques, ainsi que des contrats de modernisation, a limité les

débouchés de tiers et le développement technique de leurs services, en empêchant ou entravant ceux-ci dans le développement de technologies différentes de réception de services de télécommunications, et notamment de télévision par satellite.

Il s'ensuit que les conditions de l'abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart sont également remplies.

**11.5** Dans un grief séparé, la recourante fait valoir que son comportement ne porte, dans les faits, pas atteinte à la concurrence, dès lors que ses conditions commerciales ne prévoieraient que la possibilité de résilier le raccordement, possibilité dont elle n'aurait d'ailleurs jamais fait usage. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir assimilé le système Supermédia à l'ensemble des systèmes satellitaires et fait valoir que le système Supermédia est unique en son genre, et qu'il est le seul système à pouvoir potentiellement être touché par son comportement. Elle se plaint également que l'autorité inférieure n'a pas quantifié le phénomène, que ce soit *in abstracto* ou *in concreto*.

L'autorité inférieure rappelle que la jurisprudence et la doctrine ne considèrent pas l'atteinte à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition des conditions commerciales inéquitable, mais que, dans tous les cas, le comportement de la recourante entraînait une telle entrave, dans la mesure où elle pouvait, à travers celui-ci, limiter ou empêcher tout tiers d'accéder à l'IDI coaxiale. Elle rappelle que la recourante a conclu [...] nouvelles CRI entre décembre 2009 et juillet 2015, de sorte que le nombre d'immeubles affectés par les conditions commerciales litigieuses serait loin d'être négligeable. De plus, la recourante aurait également empêché ou entravé des tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications.

**11.5.1** Il y a lieu de rappeler que l'art. 7 al. 2 LCart concrétise la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart par une liste exemplative de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, s'ils portent atteinte à la concurrence – c'est-à-dire s'ils entravent des tiers dans l'accès ou l'exercice de la concurrence ou exploitent des partenaires commerciaux – et s'ils ne sont pas justifiés par d'éventuelles considérations commerciales légitimes (cf. supra consid. 11.1.2 ; ég. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.4 ; CLERC, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 109). Il en va de même de la liste des pratiques abusives figurant à l'art. 102 TFUE (cf. not. arrêt de la CJUE C-549/10 Tomra du 19 avril 2012

ch. 69 ; arrêt C-52/09 *TeliaSonera* précité ch. 26). Il suit de là que l'art. 7 al. 2 LCart ne constitue pas une interdiction *per se* des comportements listés.

Toutefois, lorsque le comportement reproché constitue une pratique au sens de l'art. 7 al. 2 LCart, l'atteinte à la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 LCart peut déjà s'apprécier et ressortir de l'examen des conditions d'application spécifiques de chaque pratique, telles que définies par la jurisprudence. Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, l'existence d'une atteinte à la concurrence ressort généralement déjà de l'examen du caractère inéquitable des conditions commerciales litigieuses (cf. supra consid. 11.3.4), ou, dans une certaine mesure, de l'examen de la condition d'imposition (cf. supra consid. 11.3.3). De même, la constatation de l'atteinte à la concurrence dans le cadre d'une pratique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart s'apprécie, en raison de son caractère complémentaire (cf. supra consid. 11.4.2), dans le cadre de l'examen de l'atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents (cf. supra consid. 11.4.4) et peut déjà aussi ressortir de l'appréciation de la limitation artificielle de l'accès au marché (cf. supra consid. 11.4.3).

**11.5.2** En l'occurrence, le tribunal a d'ores et déjà examiné, en détail et dans le cadre de l'examen des conditions spécifiques des pratiques reprochées, les griefs invoqués par la recourante. Il est ainsi parvenu à la conclusion que le comportement de la recourante consistait notamment à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de conditions commerciales inéquitables, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. supra consid. 11.2.4). Ce faisant, elle a empêché ses concurrents, présents ou futurs, d'accéder au marché – ce d'autant plus qu'une antenne satellite collective est installée sur un nombre important d'immeubles (cf. not. supra consid. 11.3.4.4) –, sans que ses conditions commerciales ne soient justifiées par des considérations commerciales légitimes (cf. supra consid. 11.3.5 ss), restreignant, par là-même, la concurrence sur le marché. De plus, en se réservant notamment l'usage de l'IDI coaxiale, que ce soit dans le cadre du raccordement initial au téléseuil ou dans le cadre de la modernisation des IDI coaxiales, elle a également limité les débouchés et le développement de la technique en restreignant artificiellement l'accès au marché et en affectant la capacité concurrentielle de ses concurrents, sans que ce comportement ne soit, lui aussi, justifié par des considérations commerciales légitimes (cf. supra

consid. 11.4.6). Partant, elle a dès lors également entravé la concurrence sur le marché pour ce motif.

**11.5.3** Il suit de là que les griefs soulevés par la recourante n'ont, à ce stade, plus de portée propre et sont liés par le sort des considérants qui précèdent, le tribunal en ayant d'ores et déjà tenu compte et les ayant examinés dans le cadre de l'examen des conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart.

**11.6** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le comportement de la recourante consistant à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale constitue un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart sous la forme notamment d'une imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et d'une limitation des débouchés et du développement technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart.

Dans son mémoire de réponse, l'intimé fait encore valoir que le comportement reproché à la recourante constituerait un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart et que c'est à tort que l'autorité aurait écarté cette éventualité. Toutefois, le tribunal ayant retenu la réalisation de formes d'abus au sens de l'art. 7 al. 1 LCart en lien avec l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart, il lui est ainsi possible de renoncer à examiner les griefs de l'intimé.

## **12.**

Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne une sanction.

**12.1** Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs.

**12.1.1** La recourante fait valoir que ses conditions commerciales se distinguent très nettement de toute situation qui aurait déjà été jugée par le passé ou qui ferait l'objet d'une quelconque communication officielle, qui

aurait permis à la recourante d'apprécier le caractère potentiellement restrictif de ses conditions commerciales.

Ce faisant, elle se plaint d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines.

**12.1.1.1** Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-pénal (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2), les art. 1<sup>er</sup> CP et 7 par. 1 CEDH – consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) – trouvent donc application en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart était suffisamment précise pour satisfaire à ce principe (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3). Il rappelle que, dans l'examen de l'art. 7 LCart, c'est la combinaison du comportement abusif et de ses effets anticoncurrentiels qui est pertinente, et non son énumération dans la liste de l'art. 7 al. 2 LCart. Cette liste, ainsi que la jurisprudence et la doctrine y relatives, constituent néanmoins une aide pour les entreprises dans l'appréciation du caractère licite ou non de leur comportement (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.4).

**12.1.1.2** Dans le cas d'espèce, le caractère suffisamment précis de l'art. 7 al. 1 LCart en lien avec les pratiques énumérées à l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart est renforcé par la pratique des autorités suisses et européennes.

Ainsi, dans une précédente affaire, et bien que la procédure ait été classée en raison de la perte de son objet, la Comco avait estimé qu'une entreprise en position dominante limitait les débouchés des autres concurrents lorsqu'elle se réservait des capacités de transmission tout en refusant de les mettre à disposition de ses concurrents (cf. décision de la Comco *Teleclub AG* du 4 juin 2007, in : DPC 2007/3 400, ch. 80 et 89).

De même, après que son monopole légal a été aboli, la Fédération suisse pour l'insémination artificielle a conclu des contrats d'approvisionnement exclusif avec les vétérinaires, en menaçant de cesser toute livraison aux vétérinaires qui se fourniraient auprès d'entreprises concurrentes. La Comco a estimé que de telles clauses étaient abusives, car elles avaient pour but et pour effet de conserver un monopole de fait et d'entraver l'entrée sur le marché d'entreprises concurrentes, en limitant d'emblée leurs débouchés (cf. décision de la Comco *Beschaffung, Verteilung und*

*Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* du 1<sup>er</sup> mars 1999, in : DPC 1999/1 75, ch. 9 et 67).

Dans l'affaire *Van den Bergh Foods*, la CJCE a retenu que lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met à disposition 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 du 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 (cf. arrêt de la CJCE C-552/03 Unilever Bestfoods du 28 septembre 2006, qui confirme l'arrêt du TPI T-65/98 *Van den Bergh Foods* du 23 octobre 2003).

Dans l'affaire *Tetra Pak II*, la Commission européenne a rappelé qu'il n'était pas admissible qu'une entreprise, profitant de sa position dominante, impose unilatéralement des pénalités importantes, dont elle fixe le montant exact discrétionnairement, en fonction de l'évaluation qu'elle donne elle-même de la gravité de l'infraction à une obligation contractuelle. Il importe peu à cet égard que cette clause ait ou n'ait jamais été appliquée compte tenu de la simple menace que son existence représente déjà pour l'utilisateur (cf. décision de la Commission 92/163/CEE *Tetra Pak II* du 24 juillet 1991 ch. 142).

Enfin, dans l'affaire *Compagnie maritime belge transports*, le Tribunal de première instance a estimé qu'une entreprise en position dominante qui bénéficie d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché. L'entreprise abuse de sa position dominante lorsqu'elle exerce son veto et demande le strict respect de l'accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer l'unique concurrent indépendant de l'accès au marché pertinent (cf. arrêt T-24/93 *Compagnie maritime belge transports* précité ch. 108 s.).

Parallèlement, la doctrine et la jurisprudence ont également largement discuté de la notion de position dominante, en particulier lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public, qu'elle est titulaire de droits spéciaux ou exclusifs sur une installation essentielle ou qu'elle est la seule à en disposer (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 565 s. ; ég.

Clerc/Këllezi, op. cit, art. 4 al. 2 LCart n° 184 et les réf. citées). La Comco a ainsi notamment estimé que le refus des EEF de laisser transiter l'électricité de son concurrent sur son réseau électrique constituait un abus de position dominante (cf. décision de la Comco *EEF* du 5 mars 2001, in : DPC 2001/2 255, ch. 206 s.).

**12.1.1.3** Les arguments de la recourante ne sont, partant, pas convaincants. Il importe peu que des conditions commerciales se distinguent d'une situation précédemment jugée ou qui aurait fait l'objet d'une communication officielle. Si l'argument de la recourante devait, en effet, être suivi, une condamnation ne pourrait jamais être obtenue lorsqu'un nouveau mode opératoire est employé pour commettre un abus (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6). En outre, la recourante est une entreprise qui domine le marché. Elle a ainsi une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart n° 178), c'est pourquoi il lui appartenait de s'informer sur les fondements juridiques et sur l'interprétation de ceux-ci par la jurisprudence et la doctrine (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6).

**12.1.1.4** De manière générale, la notion de pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, en lien avec l'imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et avec la limitation des débouchés et du développement de la technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart peut donc être définie de manière concrète, si bien qu'elle est suffisamment précise au sens des art. 1<sup>er</sup> CP et 7 par. 1 CEDH.

Partant, les griefs de la recourante relatifs à la violation du principe de la légalité des délits et des peines doivent être rejetés.

**12.1.2** Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1*bis* LCart, qu'elle a eu recours à des pratiques illicites au sens de l'art. 7 al. 1 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 7 al. 1 et 2 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1 ; arrêt du TF 2C\_484/2010 *Publigroupe* du 29 juin 2012 consid. 12.2.1, non publié dans l'ATF 139 I 72).

**12.1.2.1** La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle reproche à l'autorité inférieure de n'avoir

démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en œuvre ses conditions commerciales dans un sens contraire au droit. Elle rappelle avoir, de façon réitérée, proposé au secrétariat une rencontre destinée à présenter ses soucis légitimes liés à des considérations qualitatives, ce que le secrétariat aurait toujours refusé. Ce refus de dialogue, dans un domaine aussi spécifique et technique que les télécommunications, ne saurait être imputé à la recourante, moins encore être interprété comme la manifestation d'une stratégie délibérée et intentionnelle de violer la loi.

**12.1.2.2** Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante.

L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 *Publigroupe* du 27 avril 2010 consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 ; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1489). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 7 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 ; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1491 *in fine* et 1493 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 677). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel comportement peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, *Die Sanktionsregelung gemäss revidierem Kartellgesetz*, in : *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises occupant une position dominante sur le marché de s'abstenir de tout comportement contraire à l'art. 7 LCart (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 ; ANDREA DOSS, *Vertikalabreden und ihre direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, 2009, n° 261 ; CHRISTOPH TAGMANN, *Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, 2007, p. 72 s.). Elles doivent ainsi s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20010071>).



**12.1.2.3** En l'occurrence, il a été établi que la recourante avait notamment exploité le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, par le biais de conditions commerciales inéquitables, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale. Ce faisant, son comportement a contribué à limiter les débouchés et le développement technique. A cet effet, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique ; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire au droit et, plus précisément à l'art. 7 LCart, même si le domaine des télécommunications est un domaine spécifique et technique. De même, lesdites clauses ont été exécutées et le comportement de la recourante mis en œuvre, dès lors qu'il a été démontré que la pression exercée par la recourante pour s'assurer un contrôle sur l'installation intérieure avait été perçue par les propriétaires d'immeubles et que la simple menace de résilier le raccordement au télé-réseau avait eu l'effet dissuasif escompté. Quant aux contrats de modernisation, bien que la recourante ne mette pas l'IDI coaxiale à disposition des propriétaires d'immeubles, elle en assure gratuitement la modernisation, à condition qu'aucun tiers ne puisse accéder aux IDI coaxiales pendant une certaine durée. La recourante incite ainsi les propriétaires d'immeubles à ne « s'approvisionner » qu'auprès d'elle. Ce faisant, elle aurait pu savoir qu'elle entravait l'entrée sur le marché de services tiers concurrents et limitait les débouchés et le développement de la technique. La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas adopté une stratégie délibérée et intentionnelle de violer la loi ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure – avant l'intervention du secrétariat – sur le point de savoir si son comportement était conforme aux règles du droit de la concurrence. Quant à l'argumentaire de la recourante selon lequel le secrétariat n'aurait pas donné suite à ses tentatives de présenter « *ses soucis légitimes liés à des considérations qualitatives* », il peine à convaincre, dès lors qu'elle procède après l'intervention du secrétariat et que ses tentatives ne s'inscrivent pas dans un processus de mise en conformité préalable. On ne saisit, en effet, pas en quoi le fait pour la recourante de clamer son innocence après l'intervention du secrétariat influencerait sur l'imputabilité de la sanction et le caractère fautif de son comportement. Si la thèse de la recourante devait être suivie, il ne serait,

en effet, jamais possible de condamner l'auteur d'une infraction en l'absence d'aveux directs.

**12.1.2.4** Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que son comportement visait des conditions commerciales inéquitables et entraînait une limitation des débouchés et du développement technique et, partant, tombait ou, à tout le moins, était susceptible de tomber sous le coup des art. 7 et 49a LCart. La recourante ne peut ainsi valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

**12.2** La recourante fait encore valoir plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

**12.2.1** Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir suivi une approche contradictoire dans la définition du marché retenu, en ceci qu'elle calcule la sanction sur la base du chiffre d'affaires réalisé avec la vente d'abonnements et non avec le raccordement des immeubles au télé-réseau. Elle souligne que le montant mensuel de l'abonnement de [...] n'était valable que pour les années 2015 et 2016, mais qu'il se montait à [...] en 2014 et que les calculs de l'autorité inférieure ne tiendraient pas compte de son chiffre d'affaires effectif. Elle fait valoir que l'autorité a mal apprécié la gravité de l'infraction dès lors que les dispositions contractuelles contestées ne seraient pas mentionnées dans la loi, ni visées par aucune jurisprudence, ni n'auraient été appliquées en pratique. Elle soutient que ses conditions commerciales n'ont été en vigueur qu'à compter de décembre 2009, de sorte que l'autorité inférieure aurait mal délimité la période de l'enquête en retenant que celle-ci s'étendait depuis juin 2008. Elle se plaint enfin de ce que l'autorité inférieure n'aurait pas tenu compte de circonstances atténuantes, en tant que la recourante aurait affiché une volonté de dialogue durant l'enquête et qu'elle aurait réitéré, à plusieurs reprises, que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas, *per se*, un cas de résiliation de la CRI.

L'autorité inférieure précise que la CRI est conclue à titre gratuit pour le propriétaire d'immeubles, de sorte que la recourante ne raccorde un immeuble que dans la perspective de pouvoir encaisser en tout cas le montant de l'offre de base pour chaque unité d'habitation. C'est donc en réalité l'encaissement du montant de l'offre de base par l'unité d'habitation qui finance l'apparente « gratuité » du raccordement de l'immeuble au télé-réseau. Elle estime ainsi avoir correctement calculé le montant de base

de la sanction et précise avoir retenu un pourcentage conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart et que celui-ci se trouve déjà au-dessous de la moyenne des montants de base généralement retenus pour ce type d'infraction. Elle souligne que le comportement de la recourante ne se fonde pas uniquement sur ses conditions commerciales. Elle rappelle que la majoration relève du pouvoir d'appréciation de la Comco et dépend de la nature et de la teneur de la restriction à la concurrence ainsi que de son impact dans la durée. Elle relève que la recourante a débuté son comportement illicite au plus tard dès début juin 2008, puisque le 20 mai 2008, faute d'exclusivité, la recourante retirait son offre de relier au télésexeau la Résidence [...] à Cologny. Elle indique enfin avoir correctement examiné les circonstances atténuantes alléguées par la recourante.

**12.2.2** Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart ; cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.1 s., non publié dans l'ATF 139 I 72).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart ; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : les notes explicatives OS LCart ; [www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html](http://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html), consulté le 22 octobre 2020] ; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse – puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier – ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent – concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète – est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1576 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De façon similaire, il est également pris en compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de

l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE C-101/15 P *Pilkington Group* du 7 septembre 2016 ch. 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. Les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart comprennent donc les marchés qui ont été concrètement affectés par la restriction à la concurrence (cf. ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd. 2013, art. 49a LCart n° 25). Au surplus, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent donc également ceux de produits ou de services qui, en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés, peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. En règle générale, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 723). Des circonstances particulières peuvent toutefois justifier d'opérer une nouvelle délimitation du marché dans le cadre de l'art. 49a LCart. Tel est le cas notamment en cas d'effet de levier lorsque le comportement abusif d'une entreprise dominante a pour effet d'entraver ses concurrents sur un autre marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (effet de levier ; cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 7.3 ; arrêt C-52/09 *TeliaSonera* précité ch. 85 ; Clerc, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 66). Dans ce cas, il y a également lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 9.1).

Quant au chiffre d'affaires de l'entreprise, il se calcule selon les critères appliqués pour apprécier le chiffre d'affaires d'une entreprise participante dans le cadre du contrôle des concentrations (art. 4 OCCE ; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart n° 26). S'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. REINERT, SHK, art. 49a LCart n° 10). Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait

difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts du TAF B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé – eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) – qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires (cf. arrêt B-823/2016 précité *Musik Hug* consid. 6.1.2). Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a duré d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2

let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en œuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart ; arrêt B-823/2016 précité *Musik Hug* consid. 6.5). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 ; arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

**12.3** L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs.

**12.3.1** Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 3 OS LCart, la limite supérieure du montant de base à [...] francs, correspondant à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents en 2014, 2015 et 2016, à savoir [...] francs.

**12.3.1.1** Pour ce faire, l'autorité inférieure a retenu le marché du raccordement des unités d'habitation au téléréseau, dès lors que c'est en particulier à partir de ce marché que se produisent les conséquences économiques des pratiques illicites de la recourante et que la source de revenus de la recourante est le réseau, présent dans les foyers genevois, à travers lequel la recourante commercialise un abonnement mensuel de

base à [...] francs. Elle a multiplié le nombre de prises payantes pour les années 2014 à 2016 par le montant de [...] francs, hors TVA et droits d'auteur, payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base.

La recourante fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir retenu comme marché pertinent le raccordement des immeubles au téléseuil. Elle précise ne percevoir aucune rémunération des propriétaires d'immeubles, de sorte que son chiffre d'affaires sur le marché pertinent serait nul. Subsidiatement, elle indique que le montant payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base s'élevait en 2014 à [...] francs, hors TVA et droits d'auteur. Elle indique aussi que le calcul de l'autorité inférieure ne tient pas compte de son chiffre d'affaires effectif.

**12.3.1.2** En l'occurrence, il y a lieu de rappeler que le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents soit sur le même marché dominé, soit sur un marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (effet de levier ; cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 7.3 ; arrêt C-52/09 *TeliaSonera* précité ch. 85 ; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart n° 66). En l'espèce, la recourante détient une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au téléseuil en Ville de Genève (cf. supra consid. 0). En revanche, il a été constaté que le comportement de la recourante affectait la concurrence sur le marché des services de télécommunications, et plus particulièrement des services de télévision par satellite, en empêchant des entreprises tierces de prêter leurs services par l'entremise de l'IDI coaxiale (cf. supra consid. 11.5.2 et les réf. citées). Il suit de là que le marché des services de télévision par satellite est directement et concrètement affecté par le comportement de la recourante. Au surplus, il a également été constaté que les services de télévision par satellite étaient, dans une certaine mesure, substituables aux services télévisuels inclus dans l'offre de base de la recourante (cf. supra consid. 9.2.3.4). Tel n'est toutefois pas le cas des services à valeur ajoutée, en tant que le satellite ne permet pas l'interactivité, n'offre pas un débit comparable et subit un temps de latence en raison de son éloignement (cf. supra consid. 9.2.3.4). Il suit de là que les services télévisuels de l'offre de base de la recourante sont substituables aux services de télévision par satellite, de sorte qu'ils doivent aussi être intégrés aux marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart ; la recourante ne conteste d'ailleurs pas cette substituabilité. Partant, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a retenu qu'il y avait lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec la commercialisation de



son abonnement mensuel de base. On peut toutefois regretter la formulation employée par l'autorité inférieure qui désigne le marché de la vente de services télévisuels de base par l'expression de « *marché du raccordement au telereseau* » (ch. 598 de la décision attaquée). Cette notion ne doit néanmoins pas être confondue avec le marché du raccordement des immeubles à l'infrastructure horizontale du telereseau sur lequel la recourante détient une position dominante (cf. supra consid. 0).

**12.3.1.3** Pour calculer le chiffre d'affaires, les réductions sur vente, tels que les escomptes et les rabais, ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée, les impôts sur la consommation et les autres impôts directement liés au chiffre d'affaires seront déduits des montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées (art. 4 OCCE par analogie). En matière de sanctions toutefois, l'autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation. Elle peut procéder par estimation lorsqu'il est difficile, voire impossible, en raison notamment de l'attitude de l'entreprise ou de la nature du marché, de déterminer le chiffre d'affaires effectif sur les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart. Elle ne peut néanmoins, sans autres, s'éloigner des principes fixés à l'art. 4 OCCE.

En l'occurrence, il ressort du dossier que l'autorité inférieure a requis de la recourante, en date du 17 mai 2017, qu'elle lui communique le chiffre d'affaire réalisé pour l'année 2016. En plus de ce chiffre, elle a prié la recourante de lui fournir une version actualisée avec les chiffres 2016 des tableaux 6 à 12 de l'acte 115 (cf. acte 186). Par courrier du 30 mai 2017, la recourante a transmis au secrétariat le bilan et le compte de pertes et profits pour l'année 2016, de même que les versions actualisées des tableaux requis (cf. acte 189). Les comptes annuels 2016 (cf. acte 189), 2015 (cf. acte 115 annexe 2) et 2014 (cf. acte 56 annexe 4) remis par la recourante font état de son résultat d'exploitation, sans qu'il soit possible de déterminer, à la seule lecture des comptes, dans quelle mesure le chiffre d'affaires réalisé avec la vente d'abonnements de base l'influence. La recourante a toutefois indiqué dans les tableaux requis par l'autorité inférieure le montant du chiffre d'affaires réalisé avec la seule vente d'abonnements de base pour les années 2011 à 2016 (cf. actes 115 et 189).

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure n'a toutefois pas tenu compte de ces chiffres et a procédé par estimation en tenant compte du prix annuel de l'abonnement de base (hors TVA et droits d'auteur), qu'elle a multiplié par une estimation du nombre d'unités d'habitation raccordées

au télé-réseau de la recourante. Elle n'a ainsi pas pris en compte d'éventuelles réductions sur vente, escomptes ou rabais. Au surplus, elle a, sans demander des précisions à la recourante à ce propos, tenu pour acquis que le montant de base était identique pour les années 2016, 2015 et 2014. Or, tel n'est manifestement pas le cas (cf. pièce 18 de la recourante).

S'il n'existe au dossier aucune pièce comptable permettant d'appuyer les chiffres allégués par la recourante, force est de constater que l'autorité inférieure n'a rien requis de plus. La recourante pouvait donc partir du principe que ces éléments étaient suffisants pour calculer le chiffre d'affaires déterminant en application des principes fixés à l'art. 4 OCCE. L'autorité inférieure ne pouvait donc, sans autres, procéder à une estimation du chiffre d'affaires et s'éloigner, sans motifs, des éléments remis par la recourante. Si elle avait des doutes quant au bien-fondé de ces éléments, il lui appartenait d'instruire davantage cette question. Elle n'explique d'ailleurs pas, dans son projet de décision, pourquoi elle s'éloigne des chiffres remis par la recourante et fait fi, dans la décision attaquée, des explications données par la recourante dans ses déterminations sur le projet de décision. Une telle façon de procéder viole ainsi l'art. 4 OCCE et ne peut, partant, être suivie. La recourante ayant produit ses chiffres d'affaires réalisés en 2016, 2015 et 2014 avec la vente d'abonnements de base (cf. acte 189), le Tribunal est habilité à calculer lui-même le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base de la sanction. Au demeurant, les chiffres avancés par la recourante représentent une part importante de son résultat d'exploitation. Il n'y a donc aucune raison de les mettre en doute.

**12.3.1.4** Il ressort ainsi du dossier que la recourante a réalisé sur les marchés pertinents un chiffre d'affaire de [...] francs en 2014, de [...] francs en 2015 et de [...] francs en 2016, soit un montant cumulé de [...] francs. Le montant de base maximal est ainsi de [...] francs (10 % de [...] francs).

**12.3.2** L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction. Elle a indiqué que les restrictions à la concurrence ont été limitées à la Ville de Genève et qu'elles ont touché principalement un seul acteur, soit l'intimé. Elle a relevé toutefois que son comportement était voulu et durable, que la Ville de Genève est composée d'un pourcentage très élevé de bâtiments qui contiennent plusieurs logements et que la grande majorité des immeubles disposent de paraboles collectives installées en toiture. Elle a estimé ainsi que la Ville de Genève représente un débouché important pour des fournisseurs de systèmes satellitaires

collectifs comme l'intimé. Elle a souligné l'énergie déployée par la recourante sur la durée pour écarter un acteur économique gênant et le fait que la recourante a tenté sciemment d'empêcher le développement de systèmes tiers comme la technologie de l'intimé en cherchant à s'octroyer contractuellement l'exclusivité de l'utilisation des IDI coaxiales. Elle a rappelé le contenu de certaines correspondances et déclarations de la recourante, qui démontrent sa volonté de saborder toute relation commerciale qui impliquerait l'intimé, ainsi que la condamnation pénale de ses dirigeants. Pour ces raisons, l'autorité inférieure exclut une gravité d'infraction faible. Elle fixe ainsi le montant de base de la sanction à [...] %.

La recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure se fonderait sur un ensemble d'éléments de fait soit non retenus, soit non prouvés, soit étrangers à la présente affaire. Elle conteste le caractère « voulu et durable » de son comportement, de sorte qu'elle considère le pourcentage retenu par l'autorité inférieure excessif.

Les griefs soulevés par la recourante ont toutefois déjà été traités dans le cadre de l'examen de l'application de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e LCart. Il a en effet été établi que le comportement de la recourante consistait notamment à exercer des pressions sur les propriétaires d'immeubles afin de contrôler l'IDI coaxiale et d'écarter la possibilité pour des entreprises tierces d'entrer sur le marché en empêchant d'utiliser l'IDI coaxiale pour des systèmes tiers. Ce comportement s'inscrit dans un contexte de tension entre la recourante et l'intimé qui remonte à de nombreuses années. Il constitue un indice du caractère voulu et persistant du comportement de la recourante, à l'égard en particulier de l'intimé.

Enfin, on ne saisit ainsi pas en quoi la fixation du montant de base de la sanction à [...] % du chiffre d'affaires serait excessive ; ce pourcentage figure d'ailleurs déjà dans le bas du tableau. En effet, à titre de comparaison, le Tribunal constate que la pratique de l'autorité inférieure en matière de sanctions en cas d'abus de position dominante consiste à retenir des pourcentages généralement plus élevés, entre 5 et 10 % (cf. p. ex. décisions de la Comco *Swisscom ADSL* du 19 octobre 2009 ch. 393 ss, *Six Goup* du 29 novembre 2010 ch. 592 ss et *Swisscom WAN-Verbindung* du 21 septembre 2015 ch. 588 ss). Les motifs pour lesquelles elle se montre clémente ne figurent, pour le reste, ni dans la décision attaquée, ni dans les prises de positions remises dans le cadre de l'échange d'écritures. Il ne se justifie toutefois pas d'intervenir dans le sens d'une *reformatio in pejus*. Dans ces circonstances, on ne peut que

confirmer le pourcentage de [...] % retenu par l'autorité inférieure et de fixer le montant de base de la sanction, compte tenu du chiffre d'affaires effectif retenu ci-dessus, à [...] francs ([...] % de [...] francs).

**12.3.3** Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 70.83 %. Elle a rappelé qu'une atteinte qui dure plus de cinq ans a en règle générale une incidence uniforme, respectivement périodique sur la ligne du temps. Par conséquent, dans de tels cas, une majoration linéaire par palier de 0.8333 % par mois entamé est indiquée, dès le moment où le comportement anticoncurrentiel est exercé. Elle a relevé que, sur la base du dossier, le comportement de la recourante a débuté au plus tard dès début juin 2008 et s'est étendu jusqu'à fin juin 2015, lors de l'adoption de la nouvelle teneur de la CRI de la recourante. Elle en a conclu que le comportement de la recourante avait duré 7 ans et 1 mois, soit une majoration de 70.83 %.

La recourante soutient que, dans la mesure où seules ses conditions commerciales font l'objet de la condamnation prononcée par l'autorité inférieure, la durée de l'infraction ne saurait excéder la durée au cours de laquelle ces conditions étaient en vigueur, soit la période allant de décembre 2009 à juin 2015, autrement dit une durée de cinq ans et sept mois, soit une majoration de 55.81 %.

Il y a lieu toutefois de rappeler que, contrairement à ce que laisse entendre la recourante, il ressort bien de la décision attaquée – ce que le tribunal a lui aussi constaté – que son comportement a consisté à exercer une pression sur les propriétaires d'immeubles, en raison notamment de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, afin de conserver un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante. Ce comportement constitue un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart sous la forme notamment d'une imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et d'une limitation des débouchés et du développement technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Pour cette raison, le comportement de la recourante va au-delà de la durée de la CRI.

Au surplus, il ressort du dossier que le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité sur l'utilisation d'IDI coaxiale, la recourante retirait son offre de relier la Résidence [...] à Cologny (cf. acte 91 annexe 20). Même s'il s'agit d'un immeuble situé en dehors de la Ville de Genève, il constitue un indice que la recourante exerçait déjà à cette époque des pressions sur les

propriétaires d'immeubles pour obtenir le contrôle exclusif des IDI coaxiales. De même, le 17 avril 2008, les dirigeants de la recourante ont été définitivement condamnés par le Tribunal fédéral pour concurrence déloyale envers l'intimé, pour des faits s'étant déroulés fin 2004. Cette procédure constitue également un indice de la volonté de la recourante, depuis lors, d'empêcher ses concurrents, et notamment l'intimé, d'entrer sur le marché ou de développer leurs activités commerciales. Quant aux conditions commerciales de la recourante, elles ont une teneur problématique depuis en tout cas décembre 2009, et ce jusqu'en juillet 2015 approximativement. Celles-ci ne font que concrétiser un comportement qu'elle adoptait déjà en pratique.

On ne saisit ainsi pas en quoi l'autorité inférieure aurait mal constaté la durée de l'infraction et violé l'art. 4 OS LCart en retenant que le comportement illicite de la recourante a débuté en juin 2008, et qu'il s'est poursuivi jusqu'à juin 2015 y compris, et, de ce fait, en majorant le montant de base de 70.83 % (85 mois x 0.8333 %).

Partant, il y a lieu de majorer de 70.83 % le montant de base de la sanction retenu par le tribunal ci-dessus. Le montant ainsi majoré est de 3'259'246.75 francs.

**12.3.4** L'autorité inférieure a encore tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante se plaint de ce que l'autorité n'a pas retenu au titre de circonstance atténuante le fait qu'elle aurait confirmé à de répétées reprises que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représenterait pas, *per se*, un cas de résiliation de la CRI. A tout le moins, elle estime que sa volonté de dialogue affichée devrait être prise en compte dans l'examen des circonstances atténuantes.

Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas une liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6 ; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart, art. 49a LCart n° 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manœuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes (cf. arrêt du TAF B-3975/2013 *Flammarion* du 30 octobre 2019 consid. 19.3.4.4).

En l'occurrence, le refus de coopérer avec l'autorité ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent des circonstances aggravantes. L'autorité inférieure considère toutefois que la recourante a coopéré dans la mesure de ce qui était permis d'attendre d'elle ; aucune circonstance

aggravante ne peut être retenue à ce titre. Ce faisant, elle tient manifestement déjà compte de la volonté de dialogue et de coopération de la recourante et l'on ne saisit pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé l'art. 6 OS LCart en ne considérant pas, en plus, que cette attitude devait conduire à une réduction de la sanction.

Au surplus, l'autorité inférieure souligne que la recourante a effectivement indiqué plusieurs fois que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas un motif de résiliation de la CRI. Elle constate toutefois que la recourante n'a concrètement modifié la clause 9.4 de la CRI qu'en juillet 2015, soit après l'ouverture de l'enquête préalable, de sorte qu'aucune circonstance atténuante ne peut être retenue à ce titre.

En l'état, il a déjà été établi que la recourante avait notamment exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, par le biais notamment de conditions commerciales inéquitables, un contrôle des IDI coaxiales en empêchant les propriétaires d'immeubles d'utiliser l'IDI coaxiale pour des systèmes tiers. Ce faisant, son comportement a également contribué à limiter les débouchés et le développement technique. De même, le tribunal a déjà examiné les arguments de la recourante et constaté que le comportement de la recourante a été mis en œuvre, dès lors qu'il a été démontré que la pression exercée par la recourante pour s'assurer un contrôle sur des installations intérieures avait été perçue par les propriétaires d'immeubles et que la simple menace de résilier le raccordement au télé-réseau avait eu l'effet dissuasif escompté. Il suit de là que le grief de la recourante n'a pas de portée propre.

Il s'ensuit qu'aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante dans le cadre de son recours ne justifie une réduction de la sanction ; rien ne permet, en effet, de remettre en cause l'analyse effectuée par l'autorité inférieure sur ce point.

**12.3.5** L'autorité inférieure a ensuite examiné si le montant de la sanction ne dépassait pas le montant maximal admissible selon l'art. 49a al. 1 LCart. Elle retient, sur la base des chiffres d'affaires 2014, 2015 et 2016, que le montant maximal de la sanction s'élève à [...] francs. La recourante ne formule aucun grief à l'encontre de ce montant.

Le tribunal constate donc que le montant de la sanction retenu, soit 3'259'246.75 francs, ne dépasse pas le montant maximal admissible.

**12.3.6** Finalement, l'autorité inférieure a tenu compte de la capacité contributive de la recourante. Dès lors que la recourante considère elle-même que sa santé financière est bonne (cf. acte 109) et que la sanction finale n'atteint pas le montant de la sanction maximale possible, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante ne soulève aucun grief à cet effet.

**12.3.7** Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce que la sanction prise à l'encontre de la recourante doit être fixée à 3'259'246 francs.

**13.**

En tant que la recourante conclut à l'annulation de la décision attaquée, elle s'attaque également aux émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure. Elle ne formule toutefois aucun grief particulier à leur encontre.

**13.1** En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

En l'occurrence, l'autorité inférieure a fixé les émoluments sur la base des classes de salaire des employés chargés de l'affaire et du temps y consacré. Elle parvient à un émolument total de 260'460 francs.

**13.2** Il convient de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. arrêt B-3975/2013 *Flammarion* précité consid. 21.5). En effet, si l'autorité a mal calculé le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas du calcul concret de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

Rien ne permet donc de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure.

**14.**

Dans son mémoire de réponse du 18 novembre 2019, l'intimé sollicite la mise en place d'une expertise judiciaire tendant à démontrer que le mixage du signal du télé-réseau avec le signal provenant de son système Supermédia ne créerait aucune perturbation du canal retour utilisé par la recourante pour ses services interactifs. Quant à la recourante, elle



sollicite, dans sa réplique du 28 février 2020, que l'expert privé soit entendu afin de confirmer le contenu de son expertise privée.

Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non-arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc in fine et 124 I 208 consid. 4a).

En l'espèce, les pièces du dossier – lesquelles ont également été produites devant l'autorité inférieure – sont suffisantes pour établir les faits pertinents de la cause, de sorte que l'expertise judiciaire sollicitée par l'intimé ne s'avère pas nécessaire. De même, on ne saisit pas quels éléments ne figurant pas déjà dans le rapport d'expertise privée et au dossier, le témoignage de l'expert privé aurait été susceptible d'apporter, ce d'autant plus que le Tribunal n'a pas écarté les éléments constatés par ce dernier et que la question du mixage des signaux provenant du télé-réseau et du satellite s'est révélée non pertinente (cf. supra consid. 11.3.5.7).

Sur le vu de ce qui précède, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, rejette les réquisitions de preuves déposées par les parties.

#### **15.**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure partiellement réformée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de 3'571'936 francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à 3'259'246 francs.

En revanche, il y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 260'460 francs.

#### **16.**

Les frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif

fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause.

Vu les décisions incidentes du 29 juillet 2019 et du 29 janvier 2020 ainsi que le présent arrêt, les frais de procédure doivent être arrêtés à 30'000 francs.

La sanction ayant été réduite, il est partiellement fait droit aux conclusions principales de la recourante. Celle-ci succombe toutefois, par décisions incidentes des 29 juillet 2019 et 29 janvier 2020, dans l'intégralité de ses conclusions incidentes. Il suit de là que les frais de procédure doivent être supportés, à raison de 28'500 francs, par la recourante. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 30'000 francs prestée le 25 mai 2018. Le solde de 1'500 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

Quant à l'intimé, il succombe partiellement, en tant qu'il conclut au rejet du recours, de sorte qu'il devrait, en principe, supporter le reste des frais de la procédure. Toutefois, il y a lieu de relever qu'il ne formule aucun grief quant au calcul de la sanction. De plus, l'essentiel des éléments nécessaires au calcul du montant de base, et qui conduisent à l'admission partielle du recours, se fonde sur des secrets d'affaires de la recourante dont l'intimé n'a pas eu connaissance. Dans ce contexte, il n'y a exceptionnellement pas lieu de lui faire supporter une partie des frais de la procédure (art. 63 al.1 3<sup>e</sup> phrase PA en lien avec art. 6 let. b FITAF).

#### **17.**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucuns dépens ne sont alloués pour la

procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA ; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2).

En l'espèce, l'intimé qui obtient majoritairement gain de cause et qui est représenté par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens. Contrairement aux frais qui peuvent être exceptionnellement remis (cf. supra consid. 16), lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens sont nécessairement réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Faute de décompte remis par l'intimé, il convient, eu égard aux écritures déposées par celui-ci dans le cadre de la présente procédure – à savoir une requête de 2 pages le 26 mai 2018, des déterminations de 4 pages le 31 octobre 2018, des déterminations de 2 pages le 17 décembre 2018, une réponse de 32 pages le 18 novembre 2019, d'une duplique de 13 pages le 15 mai 2020, d'observations de 2 pages le 9 septembre 2020 et d'une page le 20 octobre 2020 – de lui allouer, *ex aequo et bono*, une indemnité de 30'000 francs à titre de dépens réduits et de mettre celle-ci à la charge de la recourante, qui succombe dans la majorité de ses conclusions.

La recourante, dont la sanction a été réduite, a, quant à elle, droit à des dépens réduits. Faute de décompte remis par la recourante, il convient, eu égard aux écritures déposées par celle-ci dans le cadre de la présente procédure – à savoir un recours de 62 pages le 14 mai 2018, de déterminations de 6 pages le 14 septembre 2018 et de 3 pages le 3 décembre 2018, d'une réplique de 33 pages le 28 février 2020, d'observations de 14 pages le 7 juillet 2020 et de déterminations de 6 pages le 28 septembre 2020, de lui allouer, *ex aequo et bono*, une indemnité à titre de dépens réduits, une indemnité de 3'000 francs et de mettre celle-ci, non pas à la charge de l'intimé (cf. supra consid. 16), mais à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 3 PA *a contrario*).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :****1.**

Le recours est partiellement admis.

**2.**

Le chiffre 1 du dispositif de la décision du 11 décembre 2017 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit :

*« Condamne la société Naxoo SA, en application de l'art. 49a al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e LCart, au paiement d'un montant de CHF 3'259'246.- (trois-millions-deux-cent-cinquante-neuf-mille-deux-cent-quarante-six) ».*

**3.**

Les frais de procédure, d'un montant réduit de 28'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 1'500 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

**4.**

Une indemnité de 30'000 francs est allouée à l'intimé à titre de dépens réduits et mis à la charge de la recourante.

**5.**

Une indemnité de 3'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits et mis à la charge de l'autorité inférieure.

**6.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (anticipé par courriel ; acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement »)
- à l'intimé (anticipé par courriel ; acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 32-0257 ; anticipé par courriel ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)
- à Swisscom (Suisse) SA, Konzernrechtsdienst (dispositif ; selon courrier du 23 mai 2018 ; recommandé)
- au Conseil administratif de la Ville de Genève (dispositif ; selon courrier du 23 mai 2018 ; recommandé)

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 23 mars 2021