



Remarque :

Cette décision a été portée devant les instances fédérales de recours. L'arrêt définitif est l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2021 du 9 mai 2023.

Décision

du 11 décembre 2017

en l'affaire

enquête relative à l'art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels [LCart] ; RS 251)

concernant

32-0257: Supermédia

relative à des pratiques illicites selon l'art. 7 LCart

Table des matières

A	Etat de fait	8
A.1	Objet de l'enquête et parties au sens large.....	8
A.1.1	Objet de l'enquête	8
A.1.2	Parties au sens large.....	9
A.1.2.1	Naxoo.....	9
A.1.2.2	Gératronic	10
A.2	Définitions	10
A.2.1	Définitions générales	10
A.2.1.1	Le CATV et l'IPTV	10
A.2.1.2	Le canal retour	11
A.2.1.3	Le système Supermédia	11
A.2.1.4	La MoCA	12
A.2.1.5	La technologie LoRa	13
A.2.1.6	L'offre dite « triple play »	13
A.2.1.7	La notion de « propriétaires d'immeubles »	13
A.2.2	Définitions spécifiques aux infrastructures de télécommunication et radiodiffusion	14
A.2.2.1	Le télé-réseau et le Réseau Naxoo	15
A.2.2.1.1	L'infrastructure horizontale du télé-réseau	16
A.2.2.1.2	L'infrastructure verticale du télé-réseau (l'IDI coaxiale).....	16
A.2.2.1.3	La configuration en série ou en étoile des IDI coaxiales	16
A.2.2.2	Le cuivre torsadé.....	17
A.2.2.3	La fibre optique	18
A.2.2.4	Le satellite	19
A.2.2.4.1	Réception par parabole individuelle	19
A.2.2.4.2	Réception par parabole collective	20
A.2.2.4.3	Le « SPAUN »	22
A.2.2.5	La TNT	22
A.3	Procédure.....	23
A.3.1	Dénonciation.....	23
A.3.2	Observation de marché	24
A.3.3	Enquête préalable	32
A.3.4	Enquête	33
A.4	Etablissement des faits	47
A.4.1	Remarques théoriques	47
A.4.1.1	En ce qui concerne la preuve en général.....	47
A.4.1.2	En ce qui concerne les expertises privées	49
A.4.2	Naxoo	49
A.4.2.1	Remarques générales.....	49
A.4.2.1.1	Les liens entre Naxoo et UPC	49
A.4.2.1.2	L'offre de base et les offres (ou services) à valeur ajoutée de Naxoo	50
A.4.2.1.3	Statistiques concernant les contrats Naxoo	50
A.4.2.2	Les conventions et contrats de Naxoo	52

A.4.2.2.1	La CRI	53
A.4.2.2.2	Le Contrat de raccordement individuel ou collectif.....	53
A.4.2.2.3	Les Conditions générales.....	54
A.4.2.2.4	Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales.....	54
A.4.2.2.5	Les Recommandations techniques des IDI coaxiales	55
A.4.2.3	Les conditions commerciales problématiques	55
A.4.2.3.1	Dans la CRI	55
A.4.2.3.2	Dans les Contrats de raccordement individuel ou collectif.....	57
A.4.2.3.3	Dans les Conditions générales.....	57
A.4.2.3.4	Dans les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales)	57
A.4.2.3.5	Dans les Recommandations techniques des IDI coaxiales.....	59
A.4.2.3.6	Conclusion intermédiaire en ce qui concerne les conditions commerciales problématiques.....	59
A.4.2.4	La stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques.....	60
A.4.2.4.1	La crainte que le télé-réseau soit coupé.....	60
A.4.2.4.2	Le refus d'entretenir des relations commerciales.....	60
A.4.2.4.3	Le refus de valider des schémas d'installations	62
A.4.2.4.4	Les tentatives d'intimidation	63
A.4.2.4.5	La condamnation pour concurrence déloyale	63
A.4.2.4.6	Résumé des chantiers sur lesquels Naxoo a posé des difficultés	64
A.4.2.5	Recommandations du Secrétariat dépourvues d'effet	65
A.4.2.6	Conclusions intermédiaires	67
A.4.3	Gératronic.....	68
A.4.3.1	Remarques générales.....	68
A.4.3.2	L'anticipation de l'évolution technique par Gératronic.....	69
A.4.3.3	La question du coût d'une deuxième IDI coaxiale.....	70
A.4.4	Examen de la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers	70
A.4.4.1	Les différentes déclarations jusqu'à la proposition du Secrétariat	70
A.4.4.1.1	Déclarations de Gératronic.....	70
A.4.4.1.2	Déclarations de Naxoo	71
A.4.4.1.3	Déclarations d'UPC	71
A.4.4.1.4	Déclarations de tiers.....	71
A.4.4.2	L'expertise privée déposée par Naxoo.....	72
A.4.4.2.1	Remarques générales tirées de l'expertise privée	72
A.4.4.2.2	Analyse de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort à Genève	73
A.4.4.2.3	Analyse de l'immeuble situé Boulevard des tranchées à Genève	73
A.4.4.2.4	Analyse de l'immeuble situé Route de Malagnou à Genève	74
A.4.4.2.5	Complément d'expertise privée du 17 novembre 2017	74
A.4.4.2.6	Appréciation de l'expertise privée	75
A.4.4.3	Les immeubles raccordés par UPC et les systèmes tiers.....	77
A.4.4.3.1	Remarques générales d'UPC.....	77
A.4.4.3.2	Les immeubles en particulier.....	78
A.4.4.4	Naxoo a démontré qu'une cohabitation est possible	79
A.4.4.5	Conclusions concernant la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers... 80	
A.4.5	Les autres fournisseurs de services multimédias.....	80

A.4.5.1	Swisscom	80
A.4.5.2	Sunrise	81
A.4.5.3	M-Budget (par Wingo).....	82
A.4.5.4	VTX	83
A.4.5.5	Green.ch	83
A.4.5.6	Synthèse des offres triple play	84
B	Considérants	87
B.1	Champ d'application de la LCart et prescriptions réservées	87
B.1.1	Champ d'application personnel	87
B.1.2	Champ d'application matériel	87
B.1.3	Champ d'application territorial	88
B.2	Destinataire de la décision	88
B.3	Lien avec d'autres dispositions légales	88
B.4	Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante	89
B.4.1	Le marché pertinent.....	90
B.4.1.1	Le marché de produits pertinent	90
B.4.1.2	Le marché géographique pertinent	93
B.4.1.3	Prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché pertinent	93
B.4.1.4	Conclusion intermédiaire.....	97
B.4.2	Position dominante de Naxoo sur le marché pertinent.....	97
B.4.2.1	Concurrence actuelle	97
B.4.2.2	Concurrence potentielle	99
B.4.2.3	Comportement de la demande.....	99
B.4.2.4	Influence des marchés en aval	100
B.4.2.5	Prise de position de Naxoo sur la question de sa position dominante sur le marché pertinent	101
B.4.2.6	Conclusion intermédiaire.....	103
B.4.3	Pratiques illicites.....	104
B.4.3.1	Remarques préliminaires	104
B.4.3.1.1	En ce qui concerne les relations contractuelles	104
B.4.3.1.2	En ce qui concerne le marché sur lequel les abus sont commis.....	104
B.4.3.2	Les pratiques illicites de Naxoo en détail	105
B.4.3.3	Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart)	106
B.4.3.3.1	Refus d'entretenir des relations commerciales	106
B.4.3.3.2	Conclusion intermédiaire.....	107
B.4.3.4	Imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart).....	107
B.4.3.4.1	Remarques théoriques	107
B.4.3.4.2	Prix ou autres conditions commerciales	108
B.4.3.4.3	Imposition	109
B.4.3.4.4	Caractère inéquitable des conditions commerciales	111
B.4.3.4.5	Absence de considérations commerciales légitimes.....	112
B.4.3.4.6	La question de l'entrave à la concurrence.....	117
B.4.3.4.7	Casuistique pertinente pour le cas d'espèce.....	119
B.4.3.4.8	Conclusion intermédiaire.....	120

B.4.3.5	Limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart)	120
B.4.3.5.1	Remarques théoriques	120
B.4.3.5.2	Limitation artificielle de l'accès au marché	121
B.4.3.5.3	Atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents	122
B.4.3.5.4	Absence de considérations commerciales légitimes	123
B.4.3.5.5	Conclusion intermédiaire	123
B.4.4	Résultat	123
C	Mesures	124
C.1	Injonction portant sur des mesures	124
C.2	Sanction	124
C.2.1	Éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart	124
C.2.1.1	L'entreprise	124
C.2.1.2	Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart	124
C.2.2	Imputabilité	125
C.2.3	Calcul de la sanction	126
C.2.3.1	Calcul concret de la sanction	126
C.2.3.1.1	Montant de base	127
C.2.3.1.2	Durée de l'infraction	129
C.2.3.1.3	Circonstances aggravantes et atténuantes	130
C.2.3.2	Sanction maximale	132
C.2.3.3	Examen de la proportionnalité	133
C.2.4	Résultat	133
D	Frais	135
E	Résultat	136
F	Dispositif	137

Table des abréviations

A	acte(s) au dossier
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
AGH SA	Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich SA
al.	alinéa(s)
APGCI	Association professionnelle des gérants et courtiers en immeubles de Genève
art.	article(s)
ATAF	arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CATV	Community Antenna Television
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	conferre (se référer à)
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations ; RS 220)
COMCO	Commission de la concurrence
consid.	considérant(s)
CoRe	Commission de recours pour les questions de concurrence, remplacée par le TAF à partir du 1 ^{er} janvier 2007
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CRI	Convention de raccordement immobilier
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (RS 101)
DTV	Digital Television
DVB-C	Digital Video Broadcasting – Cable
DVB-IPTV	Digital Video Broadcasting – Internet Protocol Television
DVB-S	Digital Video Broadcasting – Satellite
éd.	éditeur(s)
et al.	et alii (et autres)
etc.	et caetera
ex.	exemple(s)
FRC	Fédération romande des consommateurs
FTTB	Fiber To The Building
FTTH	Fiber To The Home
FTTS	Fiber To The Street
Gératronic	entreprise individuelle Gératronic, Pascal Emery
HFC	Hybrid Fiber Coax
HT	hors taxes
IDI	Installation de Distribution d'Immeuble
in	dans
IP	Internet Protocol
IPTV	Internet Protocol Television
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels (RS 251)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10)

Message 1995	Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472
Message 2001	Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911
MoCA	Multimedia over Coax Alliance
N	numéro(s) de paragraphe dans la décision
Naxoo	Naxoo SA
OCCE	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4)
OEmol-LCart	Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (RS 251.2)
OFCOM	Office fédéral de la communication
OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart ; RS 251.5)
OTO	prise de télécommunication optique (Optical Telecommunications Outlet)
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
pp.	pages
RCI	Règlement cantonal genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses (RS L 5 05.01)
s.	et suivant(e)
SIG	Services industriels de Genève
ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TNT	Télévision Numérique Terrestre
TPI	Tribunal de première instance
TTC	toutes taxes comprises
TV	télévision
UH	unité(s) d'habitation
UPC	UPC Suisse Sàrl
USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier

A Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête et parties au sens large

A.1.1 Objet de l'enquête

1. Le 8 avril 2013, l'entreprise individuelle Gérardtronic, Pascal Emery (ci-après : Gérardtronic) a déposé auprès du Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : le Secrétariat) une dénonciation à l'encontre de la société Naxoo SA (ci-après : Naxoo). En substance, Gérardtronic reprochait à Naxoo des entraves à la concurrence, et plus spécifiquement une violation de l'art. 7 LCart¹. Selon Gérardtronic, Naxoo disposerait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refuserait de raccorder les immeubles équipés du système Supermédia, développé par Gérardtronic, lequel permet le mixage au niveau de la prise de chaque abonné de signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Ce comportement excluait *de facto* Gérardtronic et son système Supermédia du marché en Ville de Genève.

2. Le 30 mars 2016 et d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après : la COMCO), le Secrétariat a ouvert une enquête à l'encontre de Naxoo.

3. Premièrement, l'enquête vise à déterminer si Naxoo occupe 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 Naxoo est en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles.

4. Deuxièmement, l'enquête vise à déterminer si Naxoo abuse de cette position dominante en imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et à des sociétés tierces fournissant également des services de télécommunication – notamment satellitaires –, sans qu'il n'y ait de nécessités commerciales ou techniques. L'enquête examine également si et dans quelle mesure Naxoo intimide directement ou indirectement les propriétaires d'immeubles avec des conséquences négatives ou à connotations négatives s'ils devaient accepter, sur leurs Installations de Distribution d'Immeuble (ci-après : IDI) coaxiales, l'installation par des tiers de services de télécommunication supplémentaires ou différents. Finalement, le comportement de Naxoo aurait pour conséquence d'entraver l'accès de ces sociétés tierces au marché. En résumé, les pratiques suivantes font l'objet d'un examen dans le cadre de l'enquête :

- refus d'entretenir des relations commerciales : Naxoo refuserait de raccorder un immeuble au télé-réseau si le propriétaire de l'immeuble refuse de signer sa Convention de raccordement, laquelle permettrait à Naxoo d'écarter un éventuel tiers de l'IDI coaxiale alors qu'il n'existerait aucune impossibilité technique constituant une considération commerciale légitimant un tel refus ;
- imposition de conditions commerciales inéquitables : Naxoo imposerait au moyen de différents contrats et conditions commerciales des conditions inéquitables aux propriétaires d'immeubles. Elle s'arrogerait de ce fait l'usage exclusif des IDI coaxiales, ce qui lui permettrait d'écarter tout utilisateur tiers potentiel de ces IDI coaxiales ;
- limitation des débouchés ou du développement technologique : le comportement de Naxoo limiterait les débouchés de tiers et le développement technologique de

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

services tiers, alors qu'il n'existerait aucune impossibilité technique constituant une considération commerciale légitime.

5. Les IDI cuivre et fibre optique utilisées par des acteurs comme Swisscom ou encore Sunrise ne sont pas concernées par la présente enquête (Tableau 1 ci-dessous). Les différents marchés liés aux consommateurs finaux ne font pas non plus l'objet de la présente enquête, vu que la problématique examinée en l'espèce se situe en amont de ces marchés.

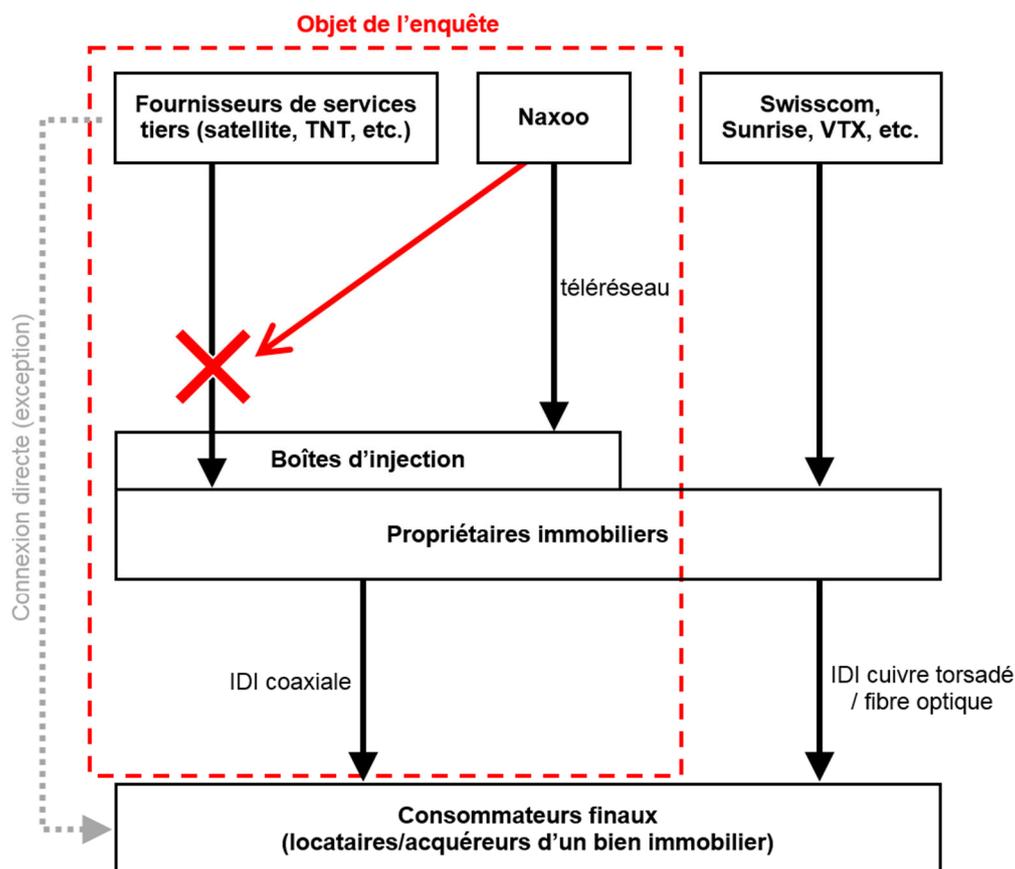


Tableau 1 : Objet de l'enquête

A.1.2 Parties au sens large

A.1.2.1 Naxoo

6. Naxoo² est la société visée par l'enquête.

7. C'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.³

8. Bien que Naxoo soit enregistrée depuis le 1^{er} avril 2007 auprès de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) en tant que fournisseur de services de télécommunication,⁴ la société ne l'a vraisemblablement été que pour le service de base limité à la télévision. Naxoo

² « 022 Télégénève SA » a changé sa dénomination sociale à « naxoo SA » le 1.1.2016, acte 63 (ci-après : A 63).

³ Extrait du Registre du commerce du canton de Genève.

⁴ <www.eofcom.admin.ch/eofcom/public/searchCatalog.do> (5.7.2016).

précise en effet que jusqu'au mois de février 2014⁵ – date de l'arrêt définitif de la fourniture de Digital Television (ci-après : DTV) –, elle était à la fois active en qualité de fournisseur de contenu radio-TV (programmes) et en qualité de fournisseur d'accès à des services multimédias (réseau câblé). Depuis mars 2014, Naxoo n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à des services (réseau câblé), le contenu radio-TV (programmes) étant entièrement fourni par UPC Suisse Sàrl (ci-après : UPC⁶). Naxoo 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.⁷ Quant aux contrats à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique), ils sont conclus directement entre UPC et les consommateurs.⁸

9. Naxoo est dotée d'un capital-actions de [...], réparti depuis 2007 entre la Ville de Genève à hauteur de [...] % et la société UPC Cablecom Holdings GmbH à hauteur de [...] %.⁹

A.1.2.2 Gérardronic

10. L'entreprise individuelle Gérardronic, Pascal Emery, est la partie dénonciatrice. Dans la procédure, elle a qualité de tiers participant à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁰

11. Gérardronic a son siège à Lancy et 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.¹¹ Les interlocuteurs de Gérardronic sont ceux des téléreseaux ou des systèmes comparables, soit des ingénieurs, électriciens, régies immobilières, architectes, entreprises générales, de la clientèle privée ou encore des installateurs radio-TV.¹²

12. Gérardronic a développé le système Supermédia (N¹³ 17 ss).

A.2 Définitions

A.2.1 Définitions générales

A.2.1.1 Le CATV et l'IPTV

13. Les consommateurs disposent à ce jour notamment de deux technologies pour la réception de la télévision numérique : d'une part l'injection numérique du signal dans les réseaux de *Community Antenna Television* (CATV) des câblo-opérateurs (soit le système coaxial généralement utilisé par le téléreseau) ; d'autre part la technologie d'*Internet Protocol Television* (IPTV), qui est utilisée en premier lieu pour la transmission par le réseau téléphonique de Swisscom et les réseaux de fibre optique.

14. Alternativement, les programmes TV peuvent également être captés via une plateforme satellite ou TNT. Le signal est alors injecté soit dans l'IDI coaxiale de l'ensemble

⁵ Respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques, voir note 109.

⁶ « UPC Cablecom » s'appelle « UPC » depuis le 25.5.2016, <www.upc.ch/fr/about/qui-sommes-nous/centre-des-medias/communiques-de-presse/media-detail/?newsid=2016.351_9589_uzm0d0> (9.11.2016).

⁷ A 115, pp. 3 et 10 ; voir aussi réponse 3.

⁸ A 56, réponses 1 *in fine*, 5 et 6.

⁹ A 56, réponse 11 ; A 115, réponse 7.

¹⁰ A 100.

¹¹ Extrait du Registre du commerce du canton de Genève.

¹² A 91, réponse B2.

¹³ « N » fait référence à la numérotation des paragraphes de la présente décision.

de l'immeuble (antenne ou parabole collective), soit directement sur le téléviseur du consommateur (antenne ou parabole individuelle). Un décodeur vient parfois s'intercaler avant le téléviseur.

A.2.1.2 Le canal retour

15. Le canal retour (ou canal montant) permet le retour d'informations ou l'interactivité (téléphonie, Internet, commande de vidéos à la carte, visiophonie, pilotage de fonctions, etc.). En d'autres termes, il offre une possibilité de communication entre le fournisseur et le consommateur. Un canal retour est ainsi nécessaire aux câblo-opérateurs si ceux-ci souhaitent prêter des services interactifs comme ceux mentionnés ci-dessus. Il en va notamment ainsi des offres triple play (définition N 29).

16. En sens inverse, le terme de voie descendante (ou canal descendant) est employé pour les signaux diffusés depuis la tête de réseau jusqu'à l'unité d'habitation (ci-après : UH) du consommateur.

A.2.1.3 Le système Supermédia

17. Le système Supermédia a été développé par Gérardtronic. Il permet le mixage de signaux provenant du télé-réseau et du satellite, mixage qui est alors disponible au niveau de la prise de chaque abonné. Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a indiqué que le système Supermédia peut fonctionner indépendamment du télé-réseau et ne présuppose pas nécessairement la présence du télé-réseau,¹⁴ ce qui est infirmé par Gérardtronic.¹⁵ Ce point n'est toutefois pas déterminant dans la présente enquête.

18. Selon Gérardtronic, le système est compatible avec le télé-réseau (distribué par câble coaxial 75 ohms), mais pas avec les réseaux de fibre optique en cours d'installation par les Services industriels de Genève (ci-après : les SIG) et Swisscom.¹⁶

19. Le système Supermédia nécessite l'installation d'une antenne parabolique collective en toiture d'immeuble, elle-même reliée à un tableau de mixage situé généralement au sous-sol, après le point d'injection du télé-réseau.¹⁷ Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque appartement via l'IDI coaxiale sur une prise qui permet à chaque occupant de recevoir et de choisir indistinctement entre les signaux provenant du télé-réseau ou du satellite, ou les deux simultanément.

20. Selon l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES à Genève, le système Supermédia permettrait au consommateur de bénéficier de toutes les fonctionnalités du télé-réseau (télévision, téléphonie et Internet), soit le triple play (N 29 ss), tout en offrant la possibilité de profiter également d'un système satellitaire (environ 3'500 chaînes), répondant ainsi aux besoins d'une très grande frange de la population. En matière purement télévisuelle, l'offre en nombre de chaînes serait largement supérieure via le satellite par rapport aux opérateurs traditionnels.¹⁸ Le dossier contient notamment un exemple où ce système a été installé dans des immeubles destinés à des fonctionnaires internationaux, anglophones en majorité (sis Rue Cramer à Genève). La réception par satellite devait être disponible dans chaque appartement afin de permettre aux locataires d'avoir accès à leurs chaînes nationales.¹⁹ Concernant un autre immeuble sis Rue Abraham-Gevray, les installations Supermédia avaient été requises par le maître d'ouvrage, car les appartements

¹⁴ A 198, N 45.

¹⁵ A 208, réponses 1 et 2.

¹⁶ A 1, p. 2, N 6 ; voir aussi A 219, I. 165 ss.

¹⁷ Pour une représentation schématique, voir A 1, annexe 3.

¹⁸ A 154, Rapport annexé, N 3 ; A 166, réponse 9 ; A 159, réponses 9 et 10.

¹⁹ A 154, réponse 6.

étaient de très haut standing.²⁰ Quant à un hôtel particulier sis Rue Le-Fort, le propriétaire souhaitait, d'une part, un raccordement à une antenne parabolique pour ses besoins professionnels et, d'autre part, le téléseu pour les besoins familiaux.²¹

21. Tant l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES (voir ci-dessus) que Gérardtronic²² indiquent que le système Supermédia serait compatible avec le triple play, à savoir qu'il peut fonctionner en parallèle d'une offre triple play du téléseu sur l'IDI coaxiale. La question de savoir si le système Supermédia est effectivement compatible avec des services interactifs – ce qui présuppose l'existence d'un canal retour fonctionnel et non perturbé (N 15) – a fait l'objet d'un examen spécifique dans la présente décision (N 329 ss).

22. La prise spécifique au système Supermédia fait l'objet d'un brevet délivré le 29 janvier 2010.²³

23. Conformément aux indications de Gérardtronic,²⁴ le chiffre d'affaires réalisé avec le système Supermédia de 2011 à 2015 serait de [...] ²⁵, ce qui correspondrait à [...] du chiffre d'affaires total de Gérardtronic sur la même période ([...]). Gérardtronic précise que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia. Selon elle, cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux Conventions de raccordement immobilier (ci-après : CRI) de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès de la société Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.²⁶

24. Dans le cadre de l'enquête, Gérardtronic a fourni la liste des installations Supermédia réalisées par ses soins,²⁷ précisant qu'elle ne pouvait donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle s'est bornée à fournir du matériel.

A.2.1.4 La MoCA

25. La *Multimedia over Coax Alliance* (ci-après : la MoCA) est une initiative industrielle ouverte permettant de faciliter la mise en réseau d'appareils électroniques multimédias et de divertissement par le biais du câblage coaxial domestique en parallèle aux signaux Internet et TV/radio existants. La technologie MoCA permet de créer un réseau domestique entre plusieurs appareils multimédias en utilisant le câblage coaxial.²⁸

26. [...] ²⁹ Naxoo ajoute qu'après interrogation de l'association SUISSEDIGITAL, il apparaîtrait que la technologie MoCA n'est pas utilisée en Suisse et qu'aucune demande en ce sens n'ait été formulée par les opérateurs ou les consommateurs. Elle ne présenterait aucun avantage pour les opérateurs de télécommunication disposant de leur propre IDI.³⁰

27. Gérardtronic a indiqué qu'elle n'avait jamais utilisé cette technologie.³¹

²⁰ A 139.

²¹ A 165, annexes 4, courrier du 4 novembre 2002.

²² Annexe à l'A 17, courrier du 9.11.2012 ; A 19, annexe 1 ; A 219, l. 155 ss et l. 257 ss.

²³ A 1, annexe 4.

²⁴ A 91, réponses B3 et B4.

²⁵ Ce chiffre comprend tant les réalisations effectuées par Gérardtronic comme sous-traitant des entreprises générales d'électricité, que comme fournisseur de matériel pour d'autres installations.

²⁶ A 91, réponses B3 et B4 ; A 165, réponse 4.

²⁷ A 210, qui constitue la liste la plus à jour reçue au cours de l'enquête.

²⁸ A 115, annexe 30, p. 23.

²⁹ A 163, réponse 2a.

³⁰ A 163, réponse 2b.

³¹ A 165, réponse 15a.

A.2.1.5 La technologie LoRa

28. La technologie LoRa³² porte sur la création d'un réseau complémentaire destiné à ce qui est communément appelé l'« Internet des objets ». ³³ Le réseau est conçu pour transmettre de manière indépendante du réseau électrique (objets fonctionnant donc sur batterie) de très petites quantités de données. Swisscom est membre de la LoRa Alliance depuis janvier 2015, ce qui ne semble pas être le cas d'UPC ou encore de Naxoo.³⁴ Selon Naxoo, l'IDI coaxiale pourrait être utilisée pour transporter des signaux basse fréquence dans le cadre de l'Internet des objets.³⁵

A.2.1.6 L'offre dite « triple play »

29. Dans l'industrie des télécommunications, le triple play³⁶ est une offre commerciale par laquelle un opérateur propose à ses abonnés un ensemble de trois services dans le cadre d'un contrat unique (« package ») : l'accès à Internet ; la téléphonie fixe ; la télévision avec parfois des services supplémentaires comme la *video on demand* ou encore le *replay*.

30. Les services triple play sont en règle générale fournis au moyen d'un boîtier spécifique (on parle souvent de « box », notamment en France), appelé par exemple « TV-Box » chez Swisscom, « TV Set-Top-Box » chez Sunrise ou encore « Horizon HD Recorder » ou « HD Mediabox » chez UPC.

31. Selon Naxoo, la téléphonie ou encore des services triple play de qualité avec des prestations telles que le *replay* ou la *video on demand* ne peuvent être proposés par le télé-réseau que s'il existe un canal retour le moins perturbé possible.³⁷

32. L'enseigne SOS-Télé a indiqué au cours de l'enquête que le triple play par le satellite est actuellement déconseillé, car pour la téléphonie, le temps d'accès au satellite est d'environ une seconde, ce qui provoque des échos.³⁸ M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES indique que le triple play n'est pas accessible par le satellite.³⁹

A.2.1.7 La notion de « propriétaires d'immeubles »

33. Par propriétaires au sens utilisé dans la présente décision, on entend les propriétaires d'immeubles déjà construits ou les futurs propriétaires d'immeubles en construction. En effet, le système Supermédia peut être installé également dans des immeubles déjà construits pourvus d'une IDI coaxiale en bon état, voire rénovée, bien que les cas exposés dans la présente décision portent davantage sur des nouvelles constructions.

34. En Ville de Genève, les maisons individuelles représentaient 9.9 % de l'ensemble des bâtiments en 2016, alors que la proportion moyenne s'élevait à 68.1 % dans le reste du

³² Elle fait l'objet d'une association regroupant des acteurs au niveau mondial, la LoRa Alliance : <www.lora-alliance.org> (19.20.2016).

³³ Ce réseau, appelé *Low Power Network* (LPN) ou *Low Power Wide Area Network* (LPWAN), constitue la base de l'Internet des objets, et donc des villes intelligentes, des bâtiments efficaces du point de vue énergétique, de l'interconnexion entre machines et des nouvelles applications numériques.

³⁴ <www.lora-alliance.org/The-Alliance/Member-List> (19.10.2016).

³⁵ A 115, p. 7.

³⁶ Néologisme provenant de l'anglais.

³⁷ A 115, réponse 46 ; A 198, N 86.

³⁸ A 120, réponse 9.

³⁹ A 154, réponse 9.

canton.⁴⁰ Par conséquent, le nombre de bâtiments avec plusieurs logements est bien plus important en Ville de Genève (plus de 90 %) que le nombre de maisons individuelles.

35. Cette situation est confirmée par la justice genevoise, qui a retenu en 2014 qu'« *il est notoire qu'en ville de Genève et dans certaines communes où le réseau est détenu par des sociétés mixtes (notamment à Carouge, Onex, Grand-Saconnex), l'habitat est majoritairement composé d'immeubles locatifs, tandis que des zones résidentielles de villas composent principalement les communes où les sociétés privées détiennent le réseau (communes périphériques situées dans la campagne genevoise)* ». ⁴¹

36. Cela a notamment pour conséquence qu'en Ville de Genève, les propriétaires qui résident dans leurs propres bâtiments ne sont en règle générale pas les seuls résidents et y cohabitent avec un, voire de nombreux autres consommateurs. Ce fait a une influence déterminante au moment du choix des différentes infrastructures IDI et des différents fournisseurs de services de télécommunications ; les propriétaires tiendront compte dans leurs décisions de l'intérêt commun actuel et futur des autres consommateurs.

37. En outre, les propriétaires ou futurs propriétaires d'un bien immobilier pourraient parfaitement se trouver dans un autre canton ou à l'étranger et avoir délégué certains droits à des promoteurs ou des gérances. C'est la raison pour laquelle, dans la présente enquête, des questionnaires ont notamment été transmis à des agences et autres régies ou gérances immobilières (N 151) plutôt qu'aux propriétaires légaux directement, vu que ces derniers ne connaissent pas forcément l'aménagement exact de leurs immeubles s'ils n'y résident pas. Cela concerne par exemple les entreprises ou assurances qui sont propriétaires d'immeubles et dont la construction ou la gestion ont été déléguées.

A.2.2 Définitions spécifiques aux infrastructures de télécommunication et radiodiffusion

38. Ce titre expose quelques notions techniques nécessaires à la compréhension des développements subséquents.

39. Selon Naxoo,⁴² en plus du télé-réseau, il existe les infrastructures de télécommunication et de radiodiffusion suivantes permettant d'accéder à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie, Internet et services connexes) : le cuivre torsadé, la fibre optique, le satellite et la Télévision Numérique Terrestre (ci-après : la TNT). La coexistence de ces infrastructures peut être schématisée de façon générale au moyen du Tableau 2 ci-après.

⁴⁰ Voir les statistiques cantonales officielles du canton de Genève pour l'année 2016 : <www.ge.ch/statistique/tel/domaines/09/09_02/T_09_02_1_2_01.xls> (8.5.2017).

⁴¹ A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. R p. 14.

⁴² A 115, pp. 4 ss.

A.2.2.1.1 L'infrastructure horizontale du téléseu

43. Le téléseu se divise en trois infrastructures. Les deux premières infrastructures peuvent être qualifiées d'« horizontales ». Il s'agit des infrastructures de transport collectives (colonne vertébrale du réseau), lesquelles sont composées de fibre optique, ainsi que des infrastructures de proximité qui relient les infrastructures de transport collectives aux immeubles, à savoir jusqu'aux points d'injection du téléseu généralement situés au sous-sol des immeubles. Ces deux infrastructures sont de la propriété de Naxoo.

A.2.2.1.2 L'infrastructure verticale du téléseu (l'IDI coaxiale)

44. L'IDI coaxiale constitue la troisième infrastructure, laquelle peut être qualifiée de « verticale ». Elle comprend les câbles coaxiaux reliant le point d'injection aux prises des consommateurs. L'IDI coaxiale d'un immeuble permet ainsi d'acheminer les signaux du point d'injection jusqu'aux UH individuelles sises dans l'immeuble concerné. Par conséquent, le média qu'est l'IDI coaxiale est le dernier maillon du réseau, celui qui s'arrête à la prise du consommateur.

45. L'IDI coaxiale est en règle générale installée lors de la construction de l'immeuble par des prestataires de services disposant d'une formation d'électricien (comme Egg-Telsa SA⁴⁶ ou Teleste Network Services SA⁴⁷). Le propriétaire de l'immeuble est également propriétaire de l'IDI coaxiale.⁴⁸

46. La construction d'une colonne montante ainsi que d'une liaison jusqu'au logement coûterait en moyenne environ [...].⁴⁹ Selon Naxoo, ce montant devrait être revu à la baisse s'agissant d'une installation nouvelle.⁵⁰ Naxoo a de plus ajouté lors de son audition que le coût d'une IDI coaxiale varie entre [...] et [...] pour un immeuble, sans que la taille de l'immeuble ne soit précisée.⁵¹

A.2.2.1.3 La configuration en série ou en étoile des IDI coaxiales

47. Il existe deux configurations possibles des IDI coaxiales : la configuration dite « en série » (ou en arborescence), et la configuration dite « en étoile ».

48. Naxoo indique que les bâtiments anciens seraient le plus souvent configurés en série. Dans cette configuration, les différentes UH sont dépendantes les unes des autres. Modifier une telle configuration serait susceptible d'entraîner des coûts substantiels selon la construction de l'immeuble.⁵²

49. La configuration en étoile⁵³ permet selon Naxoo de connecter ou déconnecter une UH de manière indépendante, sans influencer les autres UH. Une telle configuration faciliterait les interventions techniques (recherche de pannes ou perturbations, absence d'interruption de service pour les UH non concernées). Elle permettrait également de déconnecter une UH du téléseu sans intervenir dans l'UH elle-même.⁵⁴ Les nouveaux immeubles sont généralement configurés en étoile. Lors de la modernisation d'IDI coaxiales, la configuration en étoile serait privilégiée lorsqu'une telle configuration est raisonnablement envisageable,

⁴⁶ A 162, réponses 2 et 3.

⁴⁷ A 155, réponses 2 et 3.

⁴⁸ A 5, réponse 2 ; A 56, réponses 9 et 10 ; A 115, p. 7 ; A 159, réponse 7 ; A 166, réponse 7 ; A 198, N 101.

⁴⁹ A 56, réponse 8.

⁵⁰ A 198, N 102.

⁵¹ A 222, p. 7.

⁵² A 115, réponse 48b.

⁵³ Pour une représentation schématique : A 115, annexe 30, pp. 9 et 18.

⁵⁴ A 115, réponse 48a ; A 222, p. 3, réponse 1 ; A 222, réponse 1.

sans quoi la configuration existante serait maintenue.⁵⁵ Gératronic indique que la configuration en série est obsolète.⁵⁶

50. En cas de raccordement individuel (N 238), Naxoo fait valoir une différence entre une IDI coaxiale configurée en série et une IDI coaxiale configurée en étoile : le consommateur dispose de la liberté de conclure un abonnement avec Naxoo ou non en cas de raccordement individuel (*opt in*). Il lui est ainsi loisible, indépendamment du choix des autres habitants d'un immeuble, de ne pas bénéficier de l'offre de Naxoo et de choisir un autre mode de réception de programmes de télévision. Dans ce cas, il suffit de supprimer la dérivation en cas de raccordement en étoile alors qu'en cas de raccordement en série, la prise se trouvant dans l'habitation du consommateur concerné doit être plombée. Le signal sera maintenu dans le reste des habitations de l'immeuble dans les deux cas.⁵⁷

51. Au cours de l'enquête, Gératronic a indiqué que l'association Swisssdigital recommandait de construire en étoile depuis 2005 en tout cas.⁵⁸ Selon les retours qui seraient parvenus à Gératronic, Naxoo n'aurait respecté ces instructions que depuis deux ou trois ans environ pour les nouvelles constructions. En revanche, Naxoo « *continuerait de rénover, à ses frais dans le cadre de son service plus, les installations d'immeubles non étoilés, en les maintenant dans leur configuration initiale, ce qui restreint en même temps la possibilité d'abonnement au télé-réseau en mode individuel* ». ⁵⁹ Quant à Naxoo, elle a expressément indiqué que lors de la modernisation d'IDI coaxiales, la configuration en étoile était privilégiée lorsqu'une telle configuration était raisonnablement envisageable, sans quoi la configuration existante était maintenue.⁶⁰ Dans sa prise de position, Naxoo indique que si l'IDI coaxiale est totalement à reconstruire, Naxoo privilégierait une configuration en étoile. Si l'IDI peut être exploitée en l'état avec un niveau qualitatif répondant aux besoins, Naxoo la maintiendrait en série pour limiter les investissements.⁶¹

52. Selon les indications de Teleste Network Services SA, laquelle modernise les IDI coaxiales pour le compte de Naxoo,⁶² la part des immeubles configurés en étoile s'élève à 50 % en Ville de Genève.⁶³ Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a indiqué que [...] % environ du parc actuel d'immeubles raccordés au réseau de Naxoo étaient configurés en série⁶⁴, soit [...] % en étoile. Quant à l'entreprise Egg-Telsa SA, elle n'a pas pu donner d'estimation.⁶⁵ Il semble ainsi que le parc immobilier genevois est actuellement majoritairement configuré en étoile plutôt qu'en série.

A.2.2.2 Le cuivre torsadé

53. L'IDI cuivre constituait autrefois le réseau par lequel transitait uniquement le téléphone. Aujourd'hui, l'IDI cuivre ne se limite plus à la téléphonie et peut fournir des services triple play (N 29).

⁵⁵ A 115, réponse 48b ; voir aussi A 1, annexe 7, ou encore A 60, N 5 p. 4.

⁵⁶ A 57, p. 2.

⁵⁷ A 5, p. 3.

⁵⁸ A 165, réponse 14 et annexe 17.

⁵⁹ A 165, réponse 14.

⁶⁰ A 115, réponse 48b.

⁶¹ A 198, N 107.

⁶² A 155, réponse 3b.

⁶³ A 155, réponse 9.

⁶⁴ A 198, N 109.

⁶⁵ A 162, réponses 3b et 9.

54. La construction de l'IDI cuivre est financée par le propriétaire de l'immeuble, ce dernier en étant également le propriétaire.⁶⁶

55. Tous les opérateurs IPTV distribuent leur offre télévisuelle par l'IDI cuivre ou l'IDI fibre optique si elle existe. En Ville de Genève, il s'agit principalement des offres de Swisscom, Sunrise, M-Budget, Green.ch et VTX.

A.2.2.3 La fibre optique

56. Une fibre optique est un fil en verre ou en matière synthétique très fin qui a la propriété de transmettre des données haut débit codées en signaux lumineux entre deux lieux distants de plusieurs centaines, voire milliers de kilomètres. Elle s'est généralisée pour le transport à longue distance de signaux tant pour les opérateurs de téléseaux que pour Swisscom. L'infrastructure de transport collective de Naxoo (infrastructure horizontale, N 43) est composée de fibre optique.

57. Selon Naxoo, Swisscom aurait – en partenariat avec les SIG – développé le réseau de fibre optique en Ville de Genève : chaque UH serait à même de bénéficier d'une connexion à haut débit, que ce soit par le biais du cuivre seul, de la fibre optique (FTTH : fibre optique dans l'immeuble) ou d'un mélange des deux (FTTB ou FTTS : fibre optique jusqu'à l'immeuble ou à proximité, cuivre torsadé jusqu'à l'UH).⁶⁷ Selon une estimation de Teleste Network Services SA, 65 % des immeubles en Ville de Genève disposeraient à la fois d'une IDI cuivre et d'une IDI fibre optique.⁶⁸ A l'inverse, Gératronic a indiqué que les bâtiments reliés avec de la fibre optique jusqu'aux prises des consommateurs étaient très rares.⁶⁹ Egg-Telsa SA n'a pas pu donner d'estimation.⁷⁰

58. Il a été demandé à Swisscom d'indiquer le pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec fibre optique jusqu'à l'utilisateur final, soit fibre optique FTTH. Les informations données le 8 novembre 2017 sont les suivantes, étant précisé que selon Swisscom, les chiffres correspondent au pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec au minimum une prise OTO installée, ce qui signifie que toutes les UH du bâtiment ne sont pas forcément équipées d'une prise optique⁷¹ :

2011	2012	2013	2014	2015	2015
[0-15 %]	[15-30 %]	[40-55 %]	[55-70 %]	[65-80 %]	[70-85 %]

Tableau 3 : Pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec au minimum une prise OTO installée

59. Concernant les communes de Cologny, Carouge et Conches, les pourcentages sont beaucoup plus faibles et il peut être renvoyé à la pièce correspondante.⁷²

60. Naxoo a indiqué [...].⁷³

61. La fibre optique utilise la technologie IPTV pour transmettre les signaux. Partant, les prestataires utilisant le cuivre torsadé peuvent en règle générale également utiliser la fibre optique. En revanche, le système Supermédia n'est pas compatible avec une IDI fibre optique,

⁶⁶ A 126, réponse 2.

⁶⁷ A 115, p. 6.

⁶⁸ A 155, réponse 7.

⁶⁹ A 91, réponse B11.

⁷⁰ A 162, réponse 7.

⁷¹ A 209.

⁷² A 207.

⁷³ A 163, réponse 9b.

et a nécessairement besoin d'une IDI coaxiale pour distribuer le signal à l'intérieur du bâtiment.⁷⁴

62. Dans sa prise de position, Naxoo avance que le signal satellite peut être réceptionné et transmis par la fibre optique, car les satellites sont dotés de facultés optiques pour la transmission.⁷⁵ Naxoo omet toutefois d'indiquer que contrairement aux IDI coaxiales – présentes dans la quasi-totalité des bâtiments –, les IDI fibre optique (FTTH) sont beaucoup plus rares, en particulier sur la période visée par l'enquête,⁷⁶ ce à quoi s'ajoute que même si un bâtiment est équipé d'une IDI fibre optique, rien n'indique que toutes les UH sont équipées des prises optiques correspondantes (N 58). De plus, les IDI coaxiales sont généralement possédées et contrôlées par les propriétaires d'immeubles, alors que les IDI fibre optique le sont en règle générale par Swisscom ou les SIG, qui les louent probablement à tout tiers intéressé. Naxoo part ainsi d'une prémisse incorrecte, à savoir que les IDI coaxiales et les IDI fibre optique (FTTH) sont pleinement substituables (voir aussi N 439).

A.2.2.4 Le satellite

63. La réception satellitaire est possible de deux manières : par des paraboles individuelles ou par une parabole collective installée en toiture. La société Teleste Network Services SA estime à 75 % les bâtiments en Ville de Genève pourvus d'une antenne collective en toiture.⁷⁷ Egg-Telsa SA et Gérardtronic n'ont pas pu donner d'estimation.⁷⁸

A.2.2.4.1 Réception par parabole individuelle

64. La première solution de réception satellitaire consiste à installer une parabole individuelle sur le balcon et à relier celle-ci par un câble à un téléviseur, un décodeur venant éventuellement encore s'intercaler entre la parabole et le téléviseur. Ce mode de réception est toutefois limité techniquement : la qualité de la réception dépend en particulier de l'environnement direct. Ainsi, la réception sera meilleure pour une parabole collective installée en toiture d'immeuble que pour une parabole individuelle installée aux étages inférieurs d'un immeuble entouré d'autres immeubles. En outre, l'installation de paraboles individuelles peut être réglementée par différents acteurs, comme les pouvoirs publics ou les régies immobilières. Dans le canton de Genève, le RCI⁷⁹ prévoit à son art. 59 que « *les immeubles neufs ou complètement transformés ne peuvent être équipés que d'un collecteur unique, faisant partie d'une installation radioélectrique réceptrice de radiodiffusion sonore et visuelle, avec distribution collective* ». Seule une parabole collective est ainsi autorisée pour les nouvelles constructions ou les transformations d'immeubles, à l'exclusion des paraboles individuelles. A l'art. 57, le RCI prévoit en outre que les nouvelles antennes doivent être conformes à l'un des types agréés par le département du point de vue de la sécurité publique et de l'esthétique, et doivent grouper sur un seul support la réception des ondes radio, UKW⁸⁰ et télévision. Finalement, la connexion entre la parabole individuelle et le téléviseur nécessite souvent le perçage d'un trou dans la façade. Si cette opération ne présente aucune difficulté technique, les propriétaires préféreront l'éviter afin de conserver leur bien immobilier intact, cela d'autant plus s'ils ont la possibilité d'utiliser la parabole collective installée en toiture et reliée à l'IDI coaxiale.

⁷⁴ A 165, réponse 10 ; A 219, I. 165 ss.

⁷⁵ A 198, N 665.

⁷⁶ A 207 et 209.

⁷⁷ A 155, réponse 8.

⁷⁸ A 162, réponse 8 ; A 165, réponse 6.

⁷⁹ Règlement cantonal genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses (RCI ; RS L 5 05.01).

⁸⁰ *Ultrakurzwellen*, ondes ultracourtes.

A.2.2.4.2 Réception par parabole collective

65. La deuxième possibilité consiste à capter les signaux satellitaires via une antenne parabolique collective installée en toiture, laquelle est reliée à l'IDI coaxiale de l'immeuble à l'aide d'une boîte de mixage généralement située au sous-sol. Au cours de l'enquête, il est apparu qu'au minimum deux systèmes différents sont principalement utilisés en région genevoise : le système Supermédia de Gératronic, et le système « à la carte, Démodulé & Remodulé » proposé notamment par Fréquence TV à Gland, Télévision Nicolet à Meyrin ou encore ICS Installation Câble et Satellite à Genève.⁸¹ Comme vu au titre précédent, l'installation de paraboles collectives est obligatoire dans certains cas.

66. Le Tableau 4 ci-dessous schématise l'antenne parabolique collective installée en toiture et reliée à un système tiers comme le Supermédia de Gératronic, système tiers qui est installé après la boîte d'injection du télé-réseau et qui mixe les signaux du satellite et du télé-réseau.

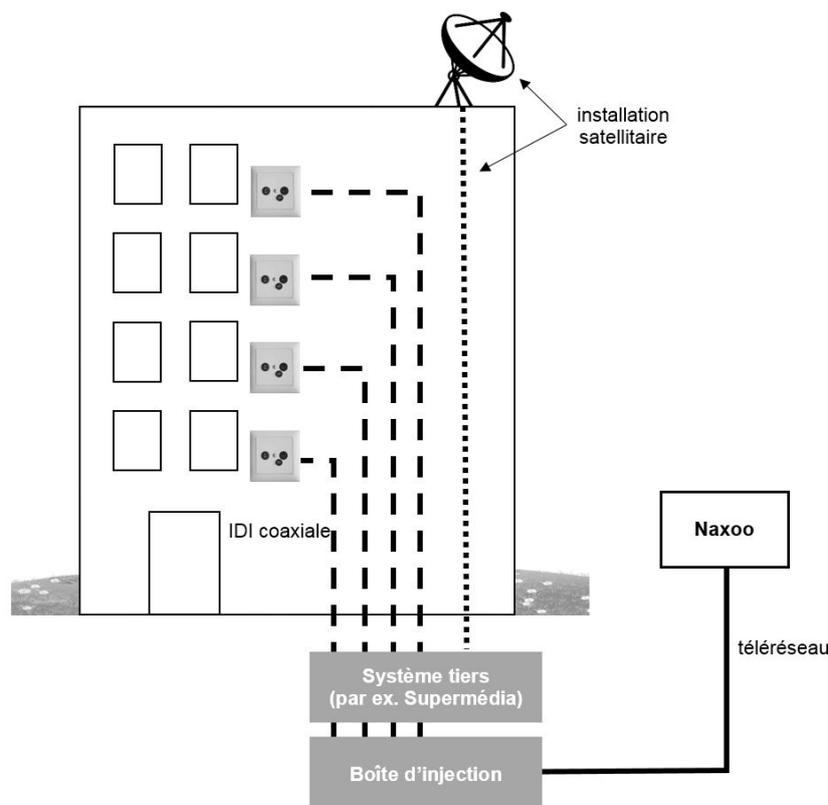


Tableau 4 : Antenne parabolique collective et IDI coaxiale en étoile

a. Le système Supermédia

67. Il est renvoyé aux N 17 ss concernant le fonctionnement général du système Supermédia.

68. Le système n'est pas compatible avec les IDI fibre optique.⁸² L'utilisation de l'IDI cuivre n'est pas non plus envisageable, vu en particulier que la boîte d'injection de ce type de réseau n'est pas prévue pour accueillir un système tiers. Un système satellitaire collectif a

⁸¹ A 91, réponse B9 ; A 165, réponse 7.

⁸² A 1, p. 2, N 6 ; A 165, réponse 10 ; A 219, l. 165 ss.

ainsi nécessairement besoin d'une IDI coaxiale pour distribuer le signal à l'intérieur du bâtiment (N 18 et 61).

69. Le système appelé « SAT Optic » n'est pas un troisième système de réception satellitaire, mais désigne une technologie de Gérardronic utilisant la fibre optique pour relier la parabole collective à la boîte de mixage. Selon Gérardronic, le système SAT Optic a été utilisé dans les dernières installations sises Rue Cramer et Rue Abraham-Gevray. Un câble optique relie l'antenne parabolique située sur le toit à un dérivateur situé avant la boîte de mixage au sous-sol de l'immeuble, mais l'IDI de l'immeuble reste en coaxial vu qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de tuner satellite disposant d'une entrée optique pour le consommateur.⁸³ Gérardronic ajoute encore qu'il est rarissime que des fibres optiques soient installées en attente dans les immeubles existants pour une IDI fibre optique à venir.⁸⁴ SOS-Télé à Broc indique que le système SAT Optic est surtout utile ou rentable pour de longues distances et de grandes installations collectives.⁸⁵

b. Le système « à la carte, Démodulé & Remodulé »

70. Gérardronic indique que certains installateurs utilisent encore un système appelé « à la carte, Démodulé & Remodulé » permettant l'utilisation d'un ou de plusieurs canaux laissés libres pour la télévision dans l'IDI coaxiale pour diffuser une ou plusieurs chaînes satellitaires. Selon Gérardronic, ce système est différent du système Supermédia et serait coûteux, peu approprié à l'évolution technique et à ses mutations constantes, et risqué dès lors que les téléreseaux évoluent avec de nouvelles chaînes dans la bande passante initiale.⁸⁶

c. Les différentes configurations techniques possibles d'un système satellitaire collectif

71. L'installation d'un système satellitaire collectif peut intervenir selon des configurations techniques différentes :

72. **Configuration A :** au niveau du local technique de l'immeuble, le signal du téléreseau, 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 téléreseau et du satellite dans son appartement. C'est la configuration qui est présentée par Gérardronic comme étant « le système Supermédia ».⁸⁷

73. **Configuration B :** au niveau du local technique de l'immeuble avec distribution de l'IDI coaxiale en étoile, chaque câble coaxial partant dans chaque UH peut être branché alternativement *soit* sur le téléreseau, *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 téléreseau, soit du satellite dans son appartement, sans qu'il ne puisse lui-même switcher du téléreseau au satellite, ou vice-versa. Le switch 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.⁸⁸

74. **Configuration C :** il y a deux IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. Le téléreseau est distribué sur une des IDI coaxiales, et le satellite est distribué sur l'autre

⁸³ A 219, I. 165 ss.

⁸⁴ A 91, réponse B11 et annexe 16.

⁸⁵ A 120, réponse 12.

⁸⁶ A 91, réponse B9 ; A 165, réponse 7.

⁸⁷ A 208, réponses A.1 et A.2.

⁸⁸ A 208, réponse A.2.

IDI coaxiale. Les signaux ne sont jamais mélangés, et les deux IDI coaxiales aboutissent séparément dans chaque appartement.⁸⁹

75. **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.⁹⁰

76. **Configuration E** : sorte de mélange entre les configurations A et C, le mixage intervient dans un local technique au niveau de chaque appartement.⁹¹ Une telle configuration semble donc pouvoir s'ajouter à une configuration C pour certains ou pour tous les appartements.

A.2.2.4.3 Le « SPAUN »

77. Le terme de « SPAUN » se réfère à une marque allemande⁹² qui fabrique des amplificateurs et des multicommutateurs, et plus généralement du matériel équipant notamment les réseaux coaxiaux. Naxoo a fait référence à un équipement de marque SPAUN lors de son audition devant la COMCO.⁹³ Le boîtier de mélange SPAUN est le boîtier qui mixe les signaux du télé-réseau et les signaux du satellite en un signal unique, avant qu'il ne soit injecté dans l'IDI coaxiale.⁹⁴ Un tel boîtier est également utilisé dans les appartements des clients afin de séparer à nouveau les signaux.⁹⁵

A.2.2.5 La TNT

78. La TNT porte sur la diffusion de signaux de télévision numérique par un réseau de réémetteurs hertziens terrestres. C'est une solution pour les personnes qui ne captent la télévision ni par satellite ni par câble, mais au moyen d'une antenne intérieure ou extérieure, et qui ne souhaitent pas recevoir le signal via des opérateurs téléphoniques afin d'éviter des coûts d'abonnement.⁹⁶

79. La TNT n'est pas une offre triple play et elle se limite à la télévision. Elle ne permet de capter que quatre chaînes de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) en Suisse romande.⁹⁷ En outre, la TNT ne permet pas de capter la radio.

80. Selon Gérardtronic, celle-ci a dû installer un système TNT à plusieurs reprises afin de pallier le refus de Naxoo de raccorder certaines constructions au télé-réseau en raison de la présence du système Supermédia.⁹⁸ Gérardtronic précise que les chaînes transmises par la TNT sont généralement incluses dans l'offre de base du télé-réseau, rendant de ce fait inutile la mixité d'une installation TNT avec le télé-réseau.⁹⁹

⁸⁹ A 208, réponse A.2.

⁹⁰ A 208, réponse A.2.

⁹¹ A 208, réponses A.1 et A.2.

⁹² <www.spaun.de> (18.12.2017).

⁹³ A 222, réponse 5, pp. 6 à 8.

⁹⁴ A 1, annexe 3 ; A 218, annexe 3 ; A 199, annexe 4 et ses annexes 1 et 2 ainsi que les photographies 19 ss ; A 222, réponse 5, pp. 6 à 8.

⁹⁵ A 1, annexe 3.

⁹⁶ A 154, Rapport annexé, N 1.2.

⁹⁷ <www.broadcast.ch/fr/television/antenne-tnt> (13.2.2017) ; <<http://2222.ch/tnt/tnt-suisse.html>> (13.2.2017).

⁹⁸ A 165, réponses 1a et 1d ; A 154, réponse 3a.

⁹⁹ A 165, réponse 8.

A.3 Procédure

A.3.1 Dénonciation

81. Le 8 avril 2013, Gérardtronic a déposé auprès du Secrétariat une dénonciation à l'encontre de Naxoo.¹⁰⁰ En substance, Gérardtronic reproche à Naxoo des entraves à la concurrence, et plus spécifiquement une violation de l'art. 7 al. 2 let. a LCart. Selon Gérardtronic, « *une installation est essentielle lorsque son utilisation est une condition indispensable à l'entreprise requérante pour avoir accès à un marché voisin de celui duquel l'entreprise est dominante et qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à cette installation* ». En l'espèce selon Gérardtronic, Naxoo disposerait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refuserait de raccorder les immeubles équipés du système Supermédia, excluant *de facto* Gérardtronic du marché en Ville de Genève. Gérardtronic ajoute que le refus de Naxoo ne serait fondé sur aucune raison commerciale (le réseau intérieur de distribution des immeubles serait construit et financé par le propriétaire) ni technique (le système Supermédia ne créerait pas de perturbations). Gérardtronic sollicite l'ouverture d'une enquête au sens des art. 27 ss LCart, à laquelle elle sollicite de pouvoir participer conformément à l'art. 43 al. 1 let. a LCart.

82. Dans un courrier du 23 mai 2005 d'UPC transmis par Gérardtronic,¹⁰¹ UPC s'est notamment prononcée comme suit sur le système Supermédia, après l'avoir fait examiner par son département qualité à Zurich :

- « - *Votre projet Supermédia a été étudié par notre département qualité à Zurich et il en est ressorti que votre concept pourrait être adjoint à des raccordements télé-réseau et ce sur les réseaux propriété de Cablecom, à savoir Chêne-Bougeries, Bernex, Bellevue, Plan-les-Ouates, Confignon, Versoix, Puplinge, Troinex, Chêne-Bourg, Vernier et Thônex.*
- *Toute perturbation ou problème constaté lors d'interventions de notre part qui serait provoqué par l'adjonction du satellite entraînerait immédiatement, avec l'accord du client, la suppression du système pour n'y laisser que le télé-réseau.*
- *Toute réparation ou échange de matériel [...] ne correspondant pas au standard de Cablecom ne se fera en aucun cas par nos services et ne sera pas pris en charge par Cablecom.*
- *Il est de votre ressort d'aviser clairement les régies, propriétaires et locataires que toute modification de votre concept pour mélanger le satellite avec le télé-réseau et ses produits multimédias ne se fera en aucun cas aux frais de Cablecom, ni par Cablecom.*
- *Tous les schémas que vous nous ferez parvenir pour des installations utilisant ce concept devront porter une indication claire nous indiquant le style d'installation que vous comptez réaliser et nous ne dessinerons que la partie télé-réseau. Nous avons par ailleurs retenu de notre entretien que vous engagez votre responsabilité en cas de perturbations dues à l'adjonction de ce système [...].*
- *Comme pour les installations conventionnelles, toutes les mises en route d'installations présentant des problèmes et ne permettant pas le bon fonctionnement du télé-réseau seront annulées et reportées à une date ultérieure [...] ».*

83. D'un autre courrier du 25 février 2013 (daté par erreur de 2012) et transmis en annexe à la dénonciation,¹⁰² il ressort que Naxoo se serait opposée à l'installation du système

¹⁰⁰ A 1.

¹⁰¹ A 1, annexe 5.

¹⁰² A 1, annexe 7.

Supermédia dans les immeubles sis Rue Cramer à Genève, en indiquant notamment que « [L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du téléseu dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ».

A.3.2 Observation de marché

84. Par courrier du 31 mai 2013, le Secrétariat a informé Naxoo qu'il procédait à une observation du marché concernant l'accès de Gérardtronic à l'IDI coaxiale.¹⁰³ Le Secrétariat a en outre transmis un questionnaire à Naxoo. Le Secrétariat a également informé UPC de l'observation du marché, et lui a transmis un questionnaire.¹⁰⁴

85. D'un courrier [...] du 21 mai 2013 envoyé à Naxoo et transmis par Gérardtronic au Secrétariat (N 90),¹⁰⁵ il ressort les éléments suivants : « Nous accusons réception de votre courrier du 16 mai 2013 qui a retenu toute notre attention. Néanmoins nous tenons à vous signaler que nous sommes dans l'obligation de maintenir notre position et donc de rester sur les conventions de raccordement signées par le Maître d'ouvrage et nous même transmises à [Naxoo] le 8 avril 2013. En effet, seuls les termes de ce courrier et donc des conventions de raccordement annexées nous permettent de respecter notre contrat avec notre client le Maître d'ouvrage. Par conséquent, nous vous demandons une dernière fois une réponse claire et ferme à la question suivante : Est-ce que [Naxoo] accepte de raccorder les immeubles [...] rue Cramer Genève, sachant que le réseau intérieur de distribution assure la diffusion simultanée du téléseu et du satellite (immeuble Supermédia) ? ».

86. Naxoo a donné la réponse suivante à [...] le 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 ». Ces dispositions sont conformes à nos procédures de travail qui nous permettent d'apporter à nos clients un haut niveau de qualité dans la diffusion des services proposés. Nous restons bien entendu très intéressés à travailler ensemble sur ce projet et nous respectons les décisions du propriétaire quant au choix du futur prestataire de services ».¹⁰⁶

87. Le 21 juin 2013,¹⁰⁷ UPC a indiqué en substance qu'en 2007, la société Cablecom Sàrl d'alors a informé que rien ne s'opposait à l'installation de prises Supermédia, sous réserve du respect par Gérardtronic des normes en vigueur ainsi que d'une exécution dans les règles de l'art. UPC indique encore que les IDI qui contiennent des prises Supermédia n'ont pas fait l'objet de problèmes techniques jusqu'à ce jour. Plus loin, elle décrit le système Supermédia comme un produit additionnel au téléseu. Finalement, UPC indique que dans le futur, le système Supermédia et le téléseu pourraient être confrontés à un conflit de cohabitation en raison de l'évolution de la gamme des fréquences utilisées. Gérardtronic en aurait déjà été informé par le passé. C'est au propriétaire d'immeubles qu'il reviendrait alors de choisir entre les services du téléseu ou ceux d'un système satellitaire.

88. Le 24 juin 2013,¹⁰⁸ Naxoo a notamment indiqué qu'« [elle] n'est pas propriétaire des réseaux Inhouse. C'est le propriétaire de l'immeuble qui est propriétaire de cette partie du

¹⁰³ A 2.

¹⁰⁴ A 3.

¹⁰⁵ A 6, annexes 10.

¹⁰⁶ A 6, annexes 10.

¹⁰⁷ A 4.

¹⁰⁸ A 5.

réseau [...]. En cas d'utilisation d'un câblage unique comme vecteur de transmission des signaux de Naxoo et satellite, deux catégories de questions sont susceptibles de se poser : 1. Problèmes liés aux abonnements individuels des usagers ; 2. Problèmes de maintenance technique [...]. L'insertion du système Supermédia au-delà de la prise ne pose pas de problèmes particuliers sous un angle technique, dans la mesure où les techniciens de [Naxoo] pourront procéder à leurs tests diagnostiques en amont du mélange des deux signaux. En revanche, l'insertion du système Supermédia entre le point d'injection et la prise poserait des problèmes diagnostics aux équipes techniques de [Naxoo], à tout le moins sur deux points. D'une part, les techniciens de [Naxoo] ne sont pas en mesure de détecter l'origine d'un éventuel problème à partir du point d'insertion du système Supermédia, les instruments de mesure dont ils disposent n'étant en effet pas adaptés aux fréquences utilisées par le système Supermédia. D'autre part, ils ne disposent pas des connaissances permettant de résoudre les problèmes éventuels liés au système Supermédia [...]. Une telle situation créerait de grands problèmes à [Naxoo], aussi bien en termes d'attribution des responsabilités qu'en termes d'image et de service à la clientèle [...]. Dès lors, la seule possibilité pour [Naxoo] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système Gérardronic au-delà du point de mélange, privant ainsi par la même occasion ses abonnés du service auquel ils sont en droit de s'attendre [...] ». Plus loin, Naxoo indique que « nous n'avons pas connaissance de tels cas [problèmes techniques causés par l'installation de Supermédia], nos équipes techniques n'ayant jamais dû intervenir pour un problème technique causé par la technologie Supermédia à nos clients ».

89. Sur la question de savoir si la technologie Supermédia peut être considérée comme un produit concurrent aux produits TV de Naxoo ou plutôt un produit supplémentaire, Naxoo a répondu que « cette offre de service peut être considérée comme une offre concurrente de l'offre proposée par [Naxoo] en matière d'offre de programmes de télévision, puisqu'elle permet la réception de programmes de télévision par voie satellitaire. Elle représente donc une alternative supplémentaire offerte aux usagers, ces derniers disposant ainsi d'un large choix de produits, allant de la réception de programmes de télévision par câble coaxial, par fibre optique, par voie hertzienne (TNT ou satellite) ou par Internet. La réponse donnée ci-dessus repose sur une appréciation fondée sur les possibilités en théorie offertes par cette technologie et sur l'hypothèse que la qualité des services proposés par le biais de la technologie Supermédia sont similaires ou proches de ceux offerts par [Naxoo] ». ¹⁰⁹

90. Par courrier du 26 juin 2013, Gérardronic a transmis diverses correspondances. ¹¹⁰ Elle mentionne en particulier ce qui suit : « [...] a écrit à plusieurs reprises à [Naxoo] pour lui demander si elle acceptait de raccorder les immeubles en sachant que le réseau intérieur de distribution des immeubles assurait la diffusion simultanée des réseaux et du satellite. Par correspondance du 6 juin 2013, Naxoo a confirmé à [...] qu'elle ne pouvait prendre en compte les modifications apportées à la convention de raccordement, précisant ensuite, dans une correspondance de pure forme, que sa position n'avait rien à voir avec l'existence de Supermédia ».

¹⁰⁹ A 5, réponse 5 ; A 17, réponse 2 ; la réponse de Naxoo doit en outre être précisée dans le sens où, bien qu'elle soit enregistrée depuis le 1.4.2007 auprès de l'OFCOM en tant que fournisseur de services de télécommunication, la société ne l'a vraisemblablement été que pour le service de base limité à la télévision. Naxoo précise en effet que jusqu'au mois de février 2014 (respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques) – date de l'arrêt définitif de la fourniture de DTV –, elle fournissait directement le contenu télévisuel sur son réseau. Depuis cette date, le contenu télévisuel est fourni par UPC. Naxoo n'a en outre jamais fourni de services dans le domaine de l'Internet ou de la téléphonie aux consommateurs, ces services étant toujours proposés par UPC. Pour les contrats à valeur ajoutée (Internet ou téléphone ou télévision numérique), les contrats sont conclus directement entre UPC et les consommateurs (A 115, p. 3 ; A 56, réponses 1 *in fine*, 5 et 6).

¹¹⁰ A 6.

91. Le 6 août 2013, le Secrétariat a imparti à Naxoo un délai afin de négocier une solution pour qu'il soit possible d'exploiter la technologie Supermédia en parallèle aux services qu'elle fournit à ses clients.¹¹¹ Le Secrétariat estimait en effet que les problèmes décrits par Naxoo le 24 juin 2013 pouvaient être résolus.¹¹²

92. Par courrier du 3 septembre 2013 et en substance, Naxoo a indiqué au Secrétariat qu'« *afin de poursuivre la réflexion et d'être à même d'évaluer d'éventuelles propositions qui lui seraient faites* », elle souhaite pouvoir analyser l'ensemble des caractéristiques techniques du matériel Supermédia et étudier les accords existants entre Gératronic et UPC. Elle demande en outre au Secrétariat de lui faire parvenir un certain nombre de documents (informations et descriptions techniques liées au matériel Supermédia ; copie de l'accord existant entre Gératronic et UPC ; processus de correction de pannes lors de la présence du matériel Supermédia sur le réseau) « *afin de lui permettre de se prononcer sur la proposition du Secrétariat du 6 août 2013 en toute connaissance de cause* ». ¹¹³

93. Le 27 septembre 2013, le Secrétariat a notamment indiqué à Naxoo que depuis 2007, UPC « *accepte la modification de la prise pour le signal du réseau câble avec la prise Supermédia (brevet d'invention CH 699 157 B1), si les composants techniques répondent aux exigences CENELEC EN 50053. [UPC] nous a informés que jusqu'à présent il n'existait pas de problèmes techniques. En conséquence, nous partons toujours du principe qu'il est sans autre possible d'opérer les deux technologies en parallèle. Pour les informations et descriptions techniques liées au matériel dit « Supermédia », nous vous prions de vous adresser à Gératronic, qui sera davantage à même de vous fournir ces données relatives aux détails techniques [...]* ». Le Secrétariat a en outre requis de Naxoo que celle-ci l'informe sur les démarches entreprises jusqu'alors dans le but de trouver un accord avec Gératronic.¹¹⁴

94. Le 17 octobre 2013, Naxoo a indiqué en substance que dans un contexte de plusieurs procédures judiciaires en cours, elle ne pouvait raisonnablement envisager une coopération commerciale avec la société Gératronic, qui ne prévoit pas une claire répartition des responsabilités de chacun.¹¹⁵

95. Naxoo mentionne alors que la coexistence avec Gératronic, loin de favoriser le choix des consommateurs, réduirait l'offre disponible en raison de l'impossibilité pour Naxoo, ou d'autres câblo-opérateurs, de développer les prestations offertes à la clientèle. De plus, elle entraverait les câblo-opérateurs dans leur capacité à concurrencer les nouvelles offres disponibles sur le marché, notamment les offres d'acteurs majeurs comme Swisscom (cuivre et fibre optique) et les services industriels (fibre optique). Enfin, elle affecterait, dès aujourd'hui, la qualité de transmission des données (perturbations entre signaux, voie de retour, maintenance).

96. Naxoo ajoute que le risque de perturbations lié à la coexistence des deux systèmes sur un même support pose la question cruciale de la maintenance (service après-vente) et de la répartition des responsabilités entre les opérateurs de ces systèmes. Cette problématique serait essentielle pour la fiabilité des services, mais également pour l'attribution de la prise en charge des coûts y relatifs. La seule solution permettant, dans l'immédiat, à moyen et long terme, de préserver la qualité des services ainsi que les capacités d'évolution de ses prestations est d'effectuer une claire répartition des responsabilités entre les opérateurs.

¹¹¹ A 7 et 8.

¹¹² A 5.

¹¹³ A 9.

¹¹⁴ A 10 et 11.

¹¹⁵ A 12.

97. Naxoo termine en indiquant qu'elle n'a pour l'heure entrepris aucune démarche en vue de trouver un quelconque accord avec Gérardtronic.¹¹⁶

98. Les 7 et 27 novembre 2013, Gérardtronic a interpellé le Secrétariat sur l'état de l'avancement de la procédure.¹¹⁷ Le 11 décembre 2013, le Secrétariat a répondu à Gérardtronic que la procédure suivait son cours.¹¹⁸

99. Le 13 décembre 2013, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Naxoo relatif à sa position sur le marché ainsi que ses rapports avec Gérardtronic.¹¹⁹ Naxoo a répondu le 28 janvier 2014,¹²⁰ en déposant en outre un nombre important d'annexes, en particulier concernant les diverses procédures judiciaires ouvertes entre Naxoo et Gérardtronic.

100. Le 21 février 2014, Gérardtronic a à nouveau interpellé le Secrétariat sur l'état de l'avancement de la procédure, en précisant que « *le préjudice subi par Monsieur Emery du fait des actes de [Naxoo] se poursuit* ». ¹²¹

101. Le 3 mars 2014, Gérardtronic a indiqué au Secrétariat que « *[Naxoo] persiste dans ses pratiques contraires à l'art. 7 LCart* ». ¹²² A titre d'exemples non exhaustifs, elle décrit un certain nombre de faits datant de 2012 et 2013 en lien avec l'installation intérieure du télé-réseau dans plusieurs immeubles sis Rue Abraham-Gevray à Genève. Gérardtronic dépose en outre plusieurs documents.

102. Par courrier du 6 mars 2014 et pour donner suite aux courriers de Gérardtronic des 21 février et 3 mars 2014, le Secrétariat a résumé la situation et la position des parties depuis la dénonciation de Gérardtronic du 8 avril 2013,¹²³ avec copie à Gérardtronic.¹²⁴ Il a en particulier indiqué, en s'adressant à Naxoo, que « *nous vous prions de bien vouloir informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représente pas un cas d'application de l'art. 9.4 (i) de la Convention de Raccordement Immobilier pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par Naxoo* ». Le Secrétariat a ajouté que pour autant qu'une telle confirmation soit donnée aux propriétaires d'immeubles qui veulent utiliser le système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, il ne considère pas qu'une action immédiate soit indiquée dans ce cas. Le Secrétariat a encore ajouté qu'il allait continuer à observer l'évolution de la situation sur le marché afin de prendre d'éventuelles mesures dans le cadre de ses activités de surveillance.

103. Le 10 mars 2014, Gérardtronic a remis au Secrétariat un courrier que lui a adressé Naxoo lui annonçant la suspension de la mise en service d'un immeuble Rue Abraham-Gevray, ainsi que la lettre que M. Emery a alors adressée à Naxoo.¹²⁵

104. Le 18 mars 2014 et en réponse au courrier du Secrétariat du 6 mars 2014, Naxoo a en substance confirmé au Secrétariat qu'elle intégrera ses recommandations visant à informer les propriétaires d'immeubles intéressés à l'installation d'un système tiers de l'absence d'application automatique de l'art. 9.4 (i) de sa CRI en cas de coexistence de son signal avec celui lié d'un système parallèle sur le même support.¹²⁶ Naxoo a ajouté qu'elle était en train

¹¹⁶ A 7.

¹¹⁷ A 13 et 14.

¹¹⁸ A 15.

¹¹⁹ A 16.

¹²⁰ A 17.

¹²¹ A 18.

¹²² A 19.

¹²³ A 21.

¹²⁴ A 20 et 24.

¹²⁵ A 23.

¹²⁶ A 25.

d'analyser la prise de position du Secrétariat du 6 mars 2014 et qu'elle se réservait la possibilité de s'adresser au Secrétariat afin de clarifier certains points ou de valider sa compréhension de la prise de position.

105. Par courrier du 24 mars 2014, Naxoo a transmis au Secrétariat une liste d'exigences pour pouvoir accepter l'installation et le fonctionnement d'un système tiers en parallèle sur le même réseau câblé.¹²⁷ Naxoo mentionne notamment que le schéma de raccordement devra être approuvé par ses services, et qu'elle est d'accord avec le fait que la coexistence de son signal avec celui d'un système parallèle sur les installations intérieures de l'immeuble ne constituera pas *en soi* [mise en évidence par la COMCO] un motif de résiliation de la CRI au sens de l'art. 9.4 (i). Naxoo ajoute qu'elle est en droit d'obtenir du propriétaire d'immeubles un schéma de raccordement qui reflète l'intégration du système tiers et comporte l'ensemble des détails techniques relatifs à ce système tiers, et que le schéma de raccordement proposé doit être conforme aux exigences techniques usuelles de Naxoo. Naxoo souhaite également être informée de toute modification apportée au schéma technique validé par elle, doit pouvoir exiger qu'un schéma de raccordement non conforme soit mis en conformité avec ses exigences techniques usuelles et, le cas échéant, en cas de persistance d'une situation non conforme, doit pouvoir soit faire procéder à une mise en conformité aux frais du propriétaire d'immeubles, soit pouvoir résilier la CRI. Dans la suite de son courrier, Naxoo pose encore un certain nombre d'autres exigences afin de pouvoir accepter la coexistence de plusieurs signaux parallèles exploitant le même support et, en particulier, la mise en place d'une allocation claire des responsabilités de chacun en cas de perturbations techniques liées à la présence d'un système tiers sur le même support que le signal téléseu.

106. Le 26 mars 2014, Gérardtronic a transmis plusieurs documents (correspondance entre Naxoo et Gérardtronic), en précisant que « *Naxoo s'obstine à ne pas tenir compte des injonctions de votre Commission* ». ¹²⁸

107. S'en est suivie une série d'échanges de courriers n'ayant pas fait avancer la situation.¹²⁹ Contrairement à ce qu'indique Naxoo dans sa prise de position du 16 octobre 2017,¹³⁰ on n'y trouve pas trace que Naxoo aurait – clairement et sans plusieurs réserves –, « confirmé à plusieurs reprises vouloir suivre les recommandations de l'autorité ».

108. Le Secrétariat a transmis un questionnaire à UPC le 13 juin 2014.¹³¹

109. UPC a répondu au questionnaire le 12 septembre 2014.¹³² Elle a en particulier indiqué que jusqu'à cette date, le système Supermédia n'avait pas été une problématique technique importante pour elle, vu que (a) il y a très peu de cas et uniquement en région genevoise, et (b) la gamme de fréquences utilisée par Gérardtronic n'est pour le moment pas utilisée par UPC. L'impact opérationnel de la coexistence de deux services techniquement différents sur l'IDI coaxiale utilisée par UPC a ainsi été minime jusqu'à présent. L'accord entre UPC et Gérardtronic prendrait toutefois tout son sens si des conflits avec risques de pannes survenaient au-delà d'une gamme de fréquences de 860 MHz.

110. En réponse à la question 2, UPC a répondu en substance qu'en cas d'utilisation conjointe de la même IDI coaxiale, il s'agit de mettre en place des solutions techniques permettant d'éviter ou de minimiser le risque de perturbations, plutôt que de chercher à

¹²⁷ A 26.

¹²⁸ A 27.

¹²⁹ A 28 à 33.

¹³⁰ A 198, N 164 s.

¹³¹ A 34.

¹³² A 35 à 38.

déterminer la responsabilité de chacun ainsi que le partage des coûts d'intervention, questions complexes et sensibles.

111. En réponse à la question 5, UPC a répondu en résumé que la coupure ou la suppression d'un service doit toujours être l'*ultima ratio*. Si cela intervient sans implication du propriétaire de l'immeuble, de Gérardtronic ou des clients Supermédia, il y a le risque d'une escalade des problèmes au lieu de leur résolution. La suppression pure et simple d'une installation de Gérardtronic (par UPC ou un tiers mandaté) comporterait en outre des risques juridiques. Plus généralement, UPC indique que bloquer un service n'est dans tous les cas pas une solution pour les consommateurs.

112. Gérardtronic a transmis des courriers au Secrétariat les 15 septembre et 24 octobre 2014.¹³³ Il y est notamment mentionné ce qui suit : « *M. Emery persiste à penser que rien ne justifie la position adoptée par [Naxoo], que ce soit du point de vue juridique ou du point de vue technique [...]. 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 5 à 860 MHz. M. Emery [a] d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des téléopérateurs* ».

113. Le 24 octobre 2014, le Secrétariat a résumé la situation et la position des parties.¹³⁴ En particulier, il a relevé que « *[Naxoo] doit aujourd'hui se conformer à l'injonction du 6 mars 2014 sans condition, à savoir que [Naxoo] ne doit pas soumettre unilatéralement et sans qu'il n'y ait de réelles nécessités commerciales ou techniques des conditions de collaboration supplémentaires à Gérardtronic ou à des tiers. Un comportement contraire tendrait à démontrer que [Naxoo] vise à empêcher ou à retarder Gérardtronic dans l'installation de son système Supermédia – en particulier dans les nouveaux immeubles –, alors que le système Supermédia coexiste depuis plusieurs années avec le téléopérateur [...]. L'observation du marché opérée par le Secrétariat permet de constater que [Naxoo] doit tolérer l'installation du système Supermédia par le biais d'un câblage unique et après la boîte d'injection du signal de [Naxoo], le signal de [Naxoo] et le signal satellite de Gérardtronic étant alors acheminés aux usagers par le même câble. Une telle cohabitation fonctionne depuis plusieurs années avec UPC Cablecom, sans que des problèmes techniques n'entravent le fonctionnement en parallèle des deux systèmes [...]. Partant et dès aujourd'hui, [Naxoo] doit tolérer l'installation du système Supermédia ou de tout système analogue provenant d'un tiers, sans menacer directement ou indirectement les propriétaires d'immeubles de couper son service ou de ne pas enclencher son propre service si un autre système devait également être choisi, et en évitant l'emploi de tout autre moyen dilatoire ayant pour effet d'empêcher ou de retarder l'installation d'un système tiers comme Supermédia. Un tempérament doit toutefois être assorti à l'injonction qui précède, à savoir que la maintenance technique des réseaux doit être possible tant pour [Naxoo] que pour Gérardtronic ou tout autre tiers. Partant, la manière de procéder ainsi que la responsabilité de chaque fournisseur de services doivent être clarifiées, sans toutefois que cela n'empêche dans l'intervalle l'installation du système Supermédia* ».

114. Le Secrétariat a ainsi proposé à Naxoo que celle-ci trouve un terrain d'entente avec Gérardtronic sur la façon de faire cohabiter les deux systèmes afin de pouvoir clore l'affaire. Un délai au 28 novembre 2014 a été fixé à cet effet. Il a encore été précisé qu'au cas où Naxoo devait s'obstiner à s'opposer à l'exploitation en parallèle des deux systèmes – notamment en fixant des conditions techniques inutiles ou en menaçant de désactiver son propre service en cas d'installation d'un service tiers comme Supermédia –, le Secrétariat envisagera l'ouverture d'une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart. Des discussions ont alors été menées entre Naxoo et Gérardtronic et le délai a été prolongé au 12 décembre 2014 sur demande des

¹³³ A 39 et 40.

¹³⁴ A 41 et 42.

protagonistes.¹³⁵ Aucun accord n'est intervenu entre Naxoo et Gérardtronic au délai fixé par le Secrétariat.

115. Par courrier du 12 décembre 2014, Naxoo a résumé la situation de la manière suivante :¹³⁶

1. « [Naxoo] ne s'oppose pas à l'installation d'un système tiers sur les installations intérieures d'immeuble, pour autant que le signal du télé-réseau ne soit pas perturbé ;
2. [Naxoo] a modifié la CRI dans ce sens [Dans l'éventualité où (i) une installation ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo et/ou que le Propriétaire refuse la remise en état de celle-ci si elle perturbe la réception des signaux arrivant dans la boîte d'injection jusqu'aux prises situées dans toutes les unités locatives de l'Immeuble et/ou (ii)...] ;
3. [Naxoo] a préparé une lettre à l'attention des propriétaires d'immeubles intéressés à l'installation d'un système tiers, précisant et complétant la CRI sur certains points particuliers, notamment à des fins de répartition des responsabilités entre les propriétaires et [Naxoo] s'agissant du système tiers ;
4. S'agissant du système Supermédia, [Naxoo] a confirmé sa non-opposition à l'installation d'un tel système au vu des garanties offertes par Gérardtronic Pascal Emery ».

116. Naxoo a en outre transmis deux annexes, à savoir un courrier à l'intention de Gérardtronic ainsi qu'un projet de courrier à l'intention des propriétaires d'immeubles.

117. Le 15 décembre 2014, Gérardtronic a indiqué au Secrétariat que les négociations menées avec Naxoo avaient échoué. Gérardtronic mentionne notamment ce qui suit :¹³⁷ « La communication destinée aux propriétaires d'immeubles jointe à ce courrier trahit la position de [Naxoo] qui, au lieu de se limiter à son rôle de fournisseur de services, se comporte comme une autorité qui pense pouvoir dicter ses conditions à M. Emery et aux propriétaires d'immeubles qui, dans leur large majorité, sont propriétaires des réseaux intérieurs qu'ils ont installés à leurs frais. Outre sa forme, la communication destinée aux propriétaires n'est pas acceptable car

- [Naxoo] s'immisce dans la conception des réseaux intérieurs d'immeubles, en imposant des normes techniques discriminatoires, le schéma de principe ayant pour but de permettre un calcul des puissances à la prise ;
- sauf contrat d'entretien ou instruction du propriétaire d'immeuble, [Naxoo] n'a pas à s'arroger le droit de débrancher une installation intérieure dont elle n'est pas propriétaire ;
- [Naxoo] s'obstine à maintenir les clauses discriminatoires figurant dans ses dispositions contractuelles, en particulier l'article 9.4 de la convention de raccordement auquel le projet de courrier aux propriétaires fait expressément référence ».

118. Le courrier était en outre accompagné de six annexes, soit des courriers, des projets de conventions et des bases de discussions.

¹³⁵ A 43 à 47.

¹³⁶ A 49.

¹³⁷ A 50.

119. Le 19 décembre 2014, Naxoo a transmis une nouvelle prise de position au Secrétariat, accompagnée de neuf annexes.¹³⁸

120. Dans un courriel daté du 20 novembre 2014 et adressé à Gératronic (une des annexes transmises), Naxoo indique ce qui suit : « *Du point de vue de [Naxoo], les éléments suivants sont essentiels :*

1. *Le schéma de raccordement technique doit être complet et précis, et doit permettre à [Naxoo] (i) de s'assurer que les prescriptions techniques de [Naxoo] ont été respectées et (ii) de procéder aux calculs de puissance nécessaires ;*
2. *[Naxoo] doit pouvoir débrancher le système tiers à des fins de diagnostic lors d'interventions, sans être contrainte de rebrancher ce système tiers. Elle pourra le faire, sans y être contrainte, lorsque la perturbation du signal ne provient pas du système tiers ;*
3. *[Naxoo] ne procédera à aucune intervention sur le système tiers ou du matériel fourni par des tiers ;*
4. *[Naxoo] ne pourra encourir une quelconque responsabilité en relation avec le système tiers.*

Il va de soi que les éléments qui précèdent partent de l'hypothèse fondamentale que le système tiers permet une coexistence paisible des signaux du téléseuil et du système tiers, de sorte que les usagers des deux systèmes puissent jouir de l'ensemble des prestations dont ils souhaitent bénéficier. Comme indiqué, il serait utile que [Naxoo] dispose des données techniques relatives au système Supermédia afin de pouvoir en tenir compte lors du paramétrage de ses systèmes. Bien entendu, [Naxoo] ne s'attend pas à ce que ces données lui soient communiquées lors de chaque raccordement d'immeuble, sous réserve de modifications apportées au système Supermédia ».

121. Gératronic a pris position le 23 décembre 2014 sur le courrier du 19 décembre 2014 et a transmis douze annexes. En substance, elle indique ce qui suit :¹³⁹ « [...] *[Naxoo] s'ingénie à compliquer une problématique résolue de façon claire, concise et satisfaisante avec Cablecom depuis près de 10 ans. C'est ainsi qu'il a été convenu avec UPC Cablecom qu'un débranchement du système Supermédia peut intervenir, avec l'accord du client, pour autant que la perturbation provienne du satellite et non pas de façon systématique comme le souhaite [Naxoo]. De même, [Naxoo] s'arroge le droit de valider les schémas intérieurs d'immeubles alors que, selon son courrier du 29 décembre 2005, les schémas sont fournis uniquement à des fins de calcul [...]. Au lieu de reprendre les conditions convenues entre M. Emery et UPC Cablecom, [Naxoo] n'a eu de cesse que de vouloir compliquer la situation, puis de rompre les négociations en préparant un courrier unilatéral aux propriétaires dont le seul but est de les décourager d'accepter le système Supermédia décrit par le conseil de [Naxoo] comme « parasite ». L'échec des négociations était apparemment programmé car [Naxoo] préparait ses nouveaux tarifs valables dès janvier 2015 et qui incluent, à titre « gratuit », un contrat de modernisation des installations intérieures d'immeubles en contrepartie de la cession à [Naxoo] de l'usage exclusif des réseaux intérieurs d'immeubles ».*

¹³⁸ A 52.

¹³⁹ A 53.

A.3.3 Enquête préalable

122. Le 29 janvier 2015, constatant qu'aucun terrain d'entente n'avait été trouvé entre Naxoo et Gérardtronic et conformément à ce qui avait été annoncé, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable sur la base de l'art. 26 LCart à l'encontre de Naxoo.¹⁴⁰

123. Il est précisé que l'enquête préalable a été ouverte non pas en raison de l'absence d'accord entre Naxoo et Gérardtronic dans le délai imparti par le Secrétariat¹⁴¹ – ce qui aurait sinon permis à Gérardtronic d'instrumentaliser la procédure dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête préalable –, mais bien parce que les pièces transmises par Naxoo¹⁴² dans le délai fixé tendaient à démontrer que Naxoo n'avait pas l'intention de changer de pratique (par ex. maintien de l'approbation du schéma de raccordement, modification sur la forme de l'art. 9.4 de la Convention de raccordement qui ne règle pas le problème de fond de l'obligation des tiers de se conformer aux spécifications techniques de Naxoo, ou encore lettre visant à alarmer et décourager les propriétaires et à les détourner d'un système tiers).

124. L'enquête préalable visait à déterminer s'il existait des indices que Naxoo abuse de sa position dominante en tant que gestionnaire technique du réseau câblé (télé-réseau) en Ville de Genève. Un questionnaire adressé à Naxoo a en outre été joint au courrier d'ouverture de l'enquête préalable. Gérardtronic a été informée de l'ouverture de l'enquête préalable par courrier du 29 janvier 2015.¹⁴³ Naxoo a répondu au questionnaire le 2 mars 2015. Elle a en outre transmis dix annexes avec ses réponses.¹⁴⁴

125. Le 9 avril 2015, Gérardtronic a informé le Secrétariat d'un élément nouveau.¹⁴⁵ Selon elle, des nouvelles recommandations techniques distribuées par Naxoo pour les installations de distribution intérieure tenteraient d'imposer l'utilisation de prises à deux trous dans les immeubles, alors que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques. A cela s'ajoute selon Gérardtronic que Naxoo s'abstiendrait de suggérer, à l'instar de l'association Swissdigital, la construction des réseaux intérieurs en étoile, préférant le système obsolète de l'arborescence, certainement parce que le système de la distribution en étoile permettrait de faciliter aux consommateurs le choix de leur fournisseur de services, alors que la distribution en arborescence imposerait un prestataire unique. Gérardtronic a en outre transmis deux annexes avec son courrier. Le 13 avril 2015, le courrier de Gérardtronic a été transmis à Naxoo pour prise de position.¹⁴⁶

126. Naxoo a transmis sa prise de position au Secrétariat le 6 mai 2015, accompagnée de deux annexes.¹⁴⁷ Naxoo indique notamment qu'elle « *se fondera sur la technologie la plus récente et les standards actuels dans la version définitive de ses recommandations. Il ne ferait que peu de sens pour [Naxoo] de recommander l'installation de matériel désuet ou sous-optimal. Il en va ainsi des prises à trois trous mentionnées dans la lettre. Si de telles prises sont admises par [Naxoo] puisque conformes aux seuils prescrits, elles ne peuvent être recommandées en ceci qu'elles ne garantissent pas la même qualité de signal que les prises à deux trous. Le fait que les prises à trois trous soient « encore parfaitement utilisables » selon les termes de la lettre n'en fait pas une solution à recommander pour une nouvelle installation, sauf spécificités du cas d'espèce. On relèvera par ailleurs que le remplacement d'une prise à deux trous par une prise à trois trous représente une dépense infime pour toute personne désireuse de procéder à ce changement, de sorte qu'un tel remplacement ne saurait être*

¹⁴⁰ A 41, 42 et 54.

¹⁴¹ A 42.

¹⁴² Annexes à l'A 49.

¹⁴³ A 55.

¹⁴⁴ A 56.

¹⁴⁵ A 57.

¹⁴⁶ A 58 et 59.

¹⁴⁷ A 60.

considéré comme un obstacle à l'installation du système Supermédia ou de tout autre système présumant la pose d'une prise à trois trous ». Concernant la construction des réseaux intérieurs d'immeubles, Naxoo indique « qu'elle recommande les schémas de raccordement en étoile lorsque la configuration d'un immeuble le permet ». Naxoo indique encore que « **l'insuccès commercial du système Supermédia** conçu et promu par Monsieur Pascal Emery relève plutôt de l'inaction de ce dernier sur le plan commercial que des griefs formulés à l'encontre de [Naxoo] ». ¹⁴⁸ Naxoo suggère d'ailleurs que le Secrétariat requière un certain nombre de documents de la part de Gératronic pour confirmer ce point. Finalement, Naxoo sollicite de rencontrer le Secrétariat afin de mieux saisir l'objet de l'enquête préalable ainsi que les éventuelles préoccupations de l'autorité, et afin de contribuer efficacement à la résolution de la situation. Elle transmet en outre deux annexes.

127. Par courrier du 21 mai 2015, le Secrétariat a informé Naxoo qu'il ne jugeait pas nécessaire une rencontre à ce stade de la procédure et que l'objet de l'enquête est expressément mentionné dans le courrier d'ouverture de l'enquête préalable du 29 janvier 2015, en précisant encore que de façon générale, la procédure est essentiellement menée par écrit. ¹⁴⁹

128. Par courrier du 19 août 2015, Gératronic a informé le Secrétariat des développements récents suite à la prise de position de Naxoo du 6 mai 2015. ¹⁵⁰ Elle a notamment indiqué que la problématique de l'interdiction des prises à trois trous a été supprimée implicitement. Gératronic a en outre transmis trois annexes.

129. Le 23 septembre 2015, Naxoo a informé le Secrétariat qu'elle changera sa dénomination sociale de « 022 Télégénève SA » à « naxoo SA » à partir du 1^{er} janvier 2016. ¹⁵¹

130. Par courrier du 21 décembre 2015, Gératronic a fait part au Secrétariat de quelques faits supplémentaires. ¹⁵² Elle a en outre transmis quatre annexes.

131. Un rapport final ¹⁵³ a été rédigé le 20 janvier 2016 à l'issue de l'enquête préalable ouverte le 29 janvier 2015. Se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent, le Secrétariat est arrivé aux conclusions suivantes :

- « 1. Constate qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence par le fait que Naxoo détient une position dominante sur le télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, et abuse de la position dominante qui en découle sur le marché de l'exploitation de l'IDI situé en aval ;
2. décide d'ouvrir une enquête au sens de l'art. 27 LCart à l'encontre de Naxoo, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence ;
3. informe Naxoo, Gératronic et la Ville de Genève de l'ouverture de l'enquête ;
4. communique le présent rapport final à Naxoo ».

A.3.4 Enquête

132. Le 30 mars 2016 et d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, le Secrétariat a ouvert une enquête au sens de l'art. 27 LCart à l'encontre de Naxoo SA. ¹⁵⁴ L'enquête vise à établir si le comportement de Naxoo constitue effectivement des restrictions

¹⁴⁸ A 60, p. 4, N 7.

¹⁴⁹ A 61.

¹⁵⁰ A 62.

¹⁵¹ A 63.

¹⁵² A 64.

¹⁵³ Annexe à l'A 68.

¹⁵⁴ A 68 à 76.

illicites à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart. Le rapport final du 20 janvier 2016 a été communiqué à Naxoo dans une forme partiellement caviardée.¹⁵⁵ Gérardtronic et la Ville de Genève ont été informés de l'ouverture de l'enquête.¹⁵⁶ En outre, des questionnaires ont été envoyés à Naxoo ainsi qu'à Gérardtronic.¹⁵⁷ Finalement, les actes de la procédure d'enquête préalable ont été soumis respectivement à Naxoo, Gérardtronic et UPC afin de les épurer des secrets d'affaires et de les inclure dans la procédure d'enquête.¹⁵⁸

133. Par courrier du 31 mars 2016, Naxoo a transmis une procuration au Secrétariat pour la procédure d'enquête.¹⁵⁹

134. En application de l'art. 28 LCart, l'ouverture de l'enquête a été publiée notamment dans la Feuille officielle suisse du commerce le 12 avril 2016, avec un délai de 30 jours imparti aux tiers concernés pour indiquer s'ils désiraient participer à la procédure.¹⁶⁰

135. Le 22 avril 2016, des questionnaires ont été envoyés à Swisscom (Suisse) SA, Sunrise Communications SA, M-Budget (par Wingo SA), VTX Services SA, Green.ch SA, K-SYS SA et SOS-Télé à Broc.¹⁶¹

136. Le 2 mai 2016, Gérardtronic a fait parvenir au Secrétariat ses réponses au questionnaire du 30 mars 2016.¹⁶² En substance, Gérardtronic a indiqué les chiffres d'affaires réalisés de 2011 à 2015 (totaux et séparément avec le système Supermédia). Gérardtronic précise que depuis le 1^{er} janvier 2016, elle n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia, en indiquant que cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, société mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales dans la Ville de Genève. Gérardtronic dépose également une liste de toutes les installations Supermédia réalisées par ses soins, en précisant qu'elle ne peut donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle a uniquement fourni le matériel.¹⁶³ Gérardtronic ajoute qu'elle n'a connaissance d'aucune plainte en relation avec ses installations Supermédia. Toutefois, une installation située à Nyon aurait connu certains problèmes liés à l'existence simultanée d'une installation Supermédia et d'un système « à la carte, Démodulé & Remodulé » souhaité par le client.¹⁶⁴ Gérardtronic précise encore qu'à l'issue d'une étude technique complète, elle a trouvé une solution permettant de résoudre un éventuel futur problème de chevauchement de fréquences suite à l'évolution prévue de la gamme des fréquences utilisées par le téléseuil.¹⁶⁵ Finalement, Gérardtronic indique que la question des antennes est réglée par le règlement sur les constructions (droit cantonal), qui prévoit que les immeubles neufs ou rénovés doivent être pourvus d'une antenne collective.¹⁶⁶ Gérardtronic requiert en outre de pouvoir participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.

137. Le 3 mai 2016, Swisscom a requis de pouvoir participer à l'enquête comme tiers à la procédure au sens de l'art. 28 en lien avec l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁶⁷

¹⁵⁵ A 68.

¹⁵⁶ A 69 et 70.

¹⁵⁷ A 71 et 72.

¹⁵⁸ A 73 à 75.

¹⁵⁹ A 77.

¹⁶⁰ A 81.

¹⁶¹ A 82 à 88.

¹⁶² A 91.

¹⁶³ A 91, réponses B3 à B5.

¹⁶⁴ A 91, réponse B5.

¹⁶⁵ A 91, réponse B6b.

¹⁶⁶ A 91, réponse B7.

¹⁶⁷ A 99.

138. Le 4 mai 2016, le Secrétariat a admis l'entreprise individuelle Gératronic, Pascal Emery, à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁶⁸

139. Le 18 mai 2016, le Secrétariat a sommairement informé Pascal Emery de la différence entre la qualité de tiers à l'enquête au sens de l'art. 43 LCart et celle de partie à la procédure au sens de l'art. 6 PA¹⁶⁹, et l'a invité à consulter son mandataire pour le surplus.¹⁷⁰

140. Le 19 mai 2016, le Secrétariat a indiqué à Swisscom que celle-ci n'était en l'état pas admise à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart. En effet, Swisscom n'était vraisemblablement pas en concurrence avec Naxoo pour l'utilisation des IDI coaxiales ni située en amont ou en aval de Naxoo. Swisscom ne semblait pas non plus avoir un intérêt économique direct et actuel à ce que la restriction de concurrence supposée soit modifiée ou supprimée.¹⁷¹

141. Le 20 mai 2016, VTX Services SA a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁷² Le 23 mai 2016, Wingo SA (M-Budget) a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁷³

142. Le 3 juin 2016, Naxoo a répondu au questionnaire du 30 mars 2016.¹⁷⁴ Selon Naxoo, elle fournissait directement le contenu télévisuel sur son réseau jusqu'en février 2014, soit la date de l'arrêt définitif de la fourniture de DTV.¹⁷⁵ Depuis lors, le contenu télévisuel est fourni par UPC. Naxoo n'a en revanche jamais fourni de services dans le domaine de l'Internet ou de la téléphonie aux consommateurs, ces services étant toujours proposés par UPC. Naxoo ajoute que ses infrastructures se concentrent essentiellement sur les codes postaux 1201 à 1209, soit en Ville de Genève. Elle précise toutefois que certaines adresses périphériques, faisant anciennement partie de la Ville de Genève, sont également raccordées au Réseau Naxoo, à savoir certaines adresses relevant à l'heure actuelle des codes postaux 1223 (Cologny), 1227 (Carouge) et 1231 (Conches). Quelques [...] UH localisées dans ces zones sont raccordées au Réseau Naxoo. Cette dernière a inclus les chiffres y relatifs dans les données fournies dans ses réponses.¹⁷⁶

143. Naxoo ajoute que le câble ne représente que l'une des infrastructures permettant d'accéder à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie, Internet et services connexes). En plus du satellite et de la TNT, d'autres infrastructures permettent selon Naxoo d'avoir accès à des prestations similaires, identiques, voire supérieures à celles proposées par Naxoo en partenariat avec UPC :¹⁷⁷

- le cuivre torsadé (technologie xDSL), le principal acteur étant Swisscom
- la fibre optique (FTTH, fiber to the home / FTTB, fiber to the building / FTTS, fiber to the street), le principal acteur étant également Swisscom, en partenariat avec les SIG.

144. Selon Naxoo, les prestataires de services de télécommunications utilisent tous des IDI, seule change la technologie utilisée. Cette distribution peut être faite de cuivre torsadé, de câble coaxial ou de fibre optique. Ainsi, Swisscom, Sunrise et M-Budget utilisent l'IDI cuivre des immeubles. De même, les SIG – en partenariat avec Swisscom – utilisent l'IDI fibre optique

¹⁶⁸ A 100.

¹⁶⁹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

¹⁷⁰ A 104.

¹⁷¹ A 108.

¹⁷² A 111.

¹⁷³ A 112.

¹⁷⁴ A 115.

¹⁷⁵ Respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques, voir note 109.

¹⁷⁶ A 115, p. 3, note 2.

¹⁷⁷ A 115, pp. 4 s.

des immeubles. Plusieurs IDI coexistent dans un même immeuble et seraient – selon Naxoo – substituables les unes aux autres pour le transport de signaux multimédias (câble, cuivre, fibre). Selon la compréhension de Naxoo, les SIG/Swisscom se réservent le droit d'emprunter les infrastructures existantes aux fins de raccorder les UH d'un immeuble à leur réseau de fibre optique, ce qui peut se traduire soit par une cohabitation entre le réseau de fibre optique et l'IDI coaxiale, soit par une suppression de l'IDI coaxiale au profit de la fibre optique. En Ville de Genève, chaque immeuble et UH sont raccordés au cuivre torsadé (xDSL). La Ville de Genève étant couverte par le réseau de fibre optique des SIG/Swisscom, chaque UH est à même de bénéficier d'une connexion à haut débit, que ce soit par le biais du cuivre seul, de la fibre optique (FTTH) ou d'un mélange des deux (FTTB ou FTTS : fibre optique jusqu'à l'immeuble ou à proximité, cuivre torsadé jusqu'à l'UH). Dans chaque immeuble raccordé au télé-réseau, il existerait donc une alternative selon Naxoo, si ce n'est plusieurs, au télé-réseau pour l'accès à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie ou accès à Internet et services connexes).¹⁷⁸

145. Le 8 juin 2016, le Secrétariat a requis des informations concernant Naxoo et Géatronix auprès de la Fédération romande des consommateurs (ci-après : la FRC) et du magazine Bon à Savoir.¹⁷⁹

146. Le 10 juin 2016, Swisscom a indiqué que l'argumentation du Secrétariat du 19 mai 2016 était incorrecte et qu'elle se basait sur un état de fait incomplet. En résumé, Swisscom considère qu'elle remplit les conditions pour participer à l'enquête au sens de l'art. 43 LCart. Swisscom laisse en outre entendre qu'elle doit être libérée de l'obligation de répondre au questionnaire du 22 avril 2016 si elle n'est pas admise à participer à l'enquête sur la base de l'art. 43 LCart.¹⁸⁰

147. Le 10 juin 2016, SOS-Télé à Broc a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸¹ SOS-Télé indique notamment que le triple play par satellite est actuellement déconseillé pour le téléphone, le temps d'accès au satellite étant d'environ 1 seconde, ce qui provoque des échos. Quant à Internet par satellite, il porterait actuellement sur des débits jusqu'à 22 Mbit/s en download, et 6 Mbit/s en upload. La société ViaSat offrirait à l'horizon 2020 des débits jusqu'à 1 Tbit/s (soit plus que la fibre) avec de nouveaux satellites en orbite basse, ce qui supprimerait par ailleurs le temps d'accès de 1 seconde.¹⁸²

148. Le 15 juin 2016, le Secrétariat a indiqué à Swisscom que cette dernière est en premier lieu une entreprise dont les renseignements peuvent contribuer à établir les faits, indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure elle est ou non concernée par l'affaire faisant l'objet de l'enquête. L'obligation de renseigner de Swisscom trouve ainsi d'abord son origine en tant qu'entreprise en mesure de fournir au Secrétariat des informations importantes afin que celui-ci puisse procéder à des délimitations de marchés et des mesures d'enquête efficaces et ciblées. Partant, le champ d'application quant aux personnes physiques ou morales concernées de l'art. 40 LCart ne se recoupe pas entièrement avec celui de l'art. 43 LCart. Une entreprise invitée à fournir des renseignements sur la base de l'art. 40 LCart ne peut valablement assortir son obligation de renseigner à la condition de l'octroi de la qualité de tiers participant à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart. En conséquence, Swisscom a été enjointe à répondre au questionnaire du 22 avril 2016 dans le délai fixé. Parallèlement à cela, Swisscom a été invitée à démontrer concrètement au Secrétariat qu'elle avait un intérêt à participer à l'enquête. Le Secrétariat lui a en outre indiqué que sur la base

¹⁷⁸ A 115, p. 6.

¹⁷⁹ A 116 et 117.

¹⁸⁰ A 119.

¹⁸¹ A 120.

¹⁸² A 120, p. 3 ; cette interdiction se trouve dans le Règlement communal d'urbanisme (RCU) de la Commune de Gruyères du 27.5.1999, art. 13 N 7.5 let. d (pour la vieille ville) ou encore art. 23 N 3 (antennes collectives obligatoires).

des documents reçus ainsi que des différentes indications de Swisscom à ce sujet, il procéderait à la réévaluation de la requête de Swisscom du 3 mai 2016 de participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁸³

149. Le 16 juin 2016, Green.ch SA a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁴ Le 23 juin 2016, Sunrise a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁵ Toujours le 23 juin 2016, Swisscom a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁶

150. Le 28 juin 2016, Naxoo a requis l'accès au dossier, qui lui a été octroyé le 29 juin 2016.¹⁸⁷

151. Le 30 juin 2016, 23 questionnaires ont été envoyés à des régies immobilières genevoises, ainsi qu'à des personnes responsables d'immeubles dotés du système Supermédia ou ayant installé le système Supermédia.¹⁸⁸ Il est précisé que les questionnaires avec réponse négative à la question de savoir si le système Supermédia est connu ou a été installé dans au moins un des immeubles sous gestion n'ont pas été mentionnés plus en avant dans la présente décision. Le dossier contient un tableau résumant les différentes suites données aux questionnaires.¹⁸⁹

152. Le 30 juin également, il a été demandé à la Chambre genevoise immobilière, à l'Association professionnelle des gérants et courtiers en immeubles de Genève (ci-après : l'APGCI) ainsi qu'à l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (ci-après : l'USPI) d'indiquer notamment les 5 plus grandes gérances/régies/agences immobilières actives dans le canton de Genève en matière de volume de biens immobiliers sous gestion, ainsi qu'une estimation du pourcentage total du volume de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève de ces 5 plus grandes gérances/régies/agences immobilières.¹⁹⁰

153. Le 5 juillet 2016, l'APGCI a répondu qu'elle n'était pas compétente pour répondre aux questions du Secrétariat et que c'est l'USPI qui était à même d'y répondre.¹⁹¹

154. Le 7 juillet 2016, le magazine Bon à Savoir a répondu qu'il n'avait pas de plaintes ou de remarques à communiquer au Secrétariat concernant des systèmes parallèles au télé-réseau.¹⁹²

155. Le 11 juillet 2016, l'USPI a indiqué qu'elle n'était pas en possession des chiffres de chacune de ses régies membres, notamment en ce qui concerne le volume de biens immobiliers sous gestion et du pourcentage total du volume de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève. Toutefois selon l'USPI, il est de notoriété publique que les cinq plus grandes régies sont les suivantes : Société Privée de Gérance SA, Naef Immobilier Genève SA, Comptoir Immobilier SA, Brolliet SA et Régie du Rhône SA.¹⁹³

156. Le 12 juillet 2016, la FRC a répondu au courrier du Secrétariat du 8 juin 2016. Elle a notamment indiqué qu'elle avait reçu depuis 2011 environ [...] plaintes concernant Naxoo, [...].

¹⁸³ A 121.

¹⁸⁴ A 122.

¹⁸⁵ A 125.

¹⁸⁶ A 126.

¹⁸⁷ A 127 et 128.

¹⁸⁸ A 129.

¹⁸⁹ A 176.

¹⁹⁰ A 132.

¹⁹¹ A 133.

¹⁹² A 134.

¹⁹³ A 136.

Elle n'a toutefois pas reçu de plaintes ou de questions au sujet de Gératronic. La FRC a en outre classé les différentes plaintes, questions et interpellations par thèmes et par années.¹⁹⁴

157. Le 13 juillet 2016, le Secrétariat a envoyé un second questionnaire à Naxoo ainsi qu'à Gératronic dans le cadre de l'enquête, avec délai au 14 septembre 2016 pour y répondre.¹⁹⁵ Il a également envoyé un questionnaire aux entreprises Egg-Telsa SA et Comptoir Immobilier SA.¹⁹⁶

158. Toujours le 13 juillet 2016, le Secrétariat a requis de la part de la FRC les documents relatifs aux différentes plaintes, questions et interpellations en lien avec trois sujets mentionnés par la FRC susceptibles de contenir des informations utiles pour l'enquête.¹⁹⁷

159. Le 14 juillet 2016, la Chambre genevoise immobilière a mentionné les cinq mêmes régies que l'USPI. Elle a en outre indiqué au Secrétariat qu'elle estimait à environ 33 % le volume total de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève de ces cinq plus grandes gérances/régies/agences immobilières, en précisant qu'une estimation était toutefois très difficile.¹⁹⁸

160. Le 16 juillet 2016, [...] a notamment indiqué qu'il ne travaillait plus pour l'entreprise Egg-Telsa SA depuis août 2015, mais qu'il avait été amené à collaborer avec Gératronic sur deux « chantiers Supermédia ». Concernant l'immeuble sis Rue Abraham-Gevery, il indique que l'installation Supermédia faisait suite à une demande du maître d'ouvrage, car les appartements étaient de très haut standing.¹⁹⁹

161. Le 20 juillet 2016, un questionnaire a été transmis à l'entreprise Teleste Network Services SA, avec délai au 14 septembre 2016 pour y répondre.²⁰⁰

162. Le 21 juillet 2016 et suite au courrier du Secrétariat du 15 juin 2016, Swisscom a pris position en ce qui concerne sa participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart, et a transmis un certain nombre d'annexes.²⁰¹

163. Le 27 juillet 2016, le Secrétariat a informé Swisscom qu'après examen des différents documents et des nouveaux arguments motivés, Swisscom était admise à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 28 LCart.²⁰²

164. Le 5 août 2016, M. Morales de la société GSé Global Services électricité SA a répondu au questionnaire du Secrétariat.²⁰³ Il y indique notamment qu'il répond en tant qu'ancien responsable technique de l'entreprise Egg-Telsa SA jusqu'au 31 juillet 2015, et qu'en cette qualité, il a eu à s'occuper de l'installation de plusieurs systèmes Supermédia en collaboration avec M. Emery. Concernant le mandat relatif aux immeubles Rue Cramer, M. Morales indique que le système Supermédia y a été installé, mais que Naxoo aurait refusé de raccorder l'immeuble si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée pour le signal satellite, d'une part, et le signal téléseu, d'autre part. Or, selon M. Morales, cela aurait très sensiblement renchéri le projet, ce que le maître d'ouvrage a refusé. Il ajoute encore que lors d'une réunion, [...] [de Naxoo] lui aurait très clairement indiqué qu'il considérait qu'il avait un

¹⁹⁴ A 135.

¹⁹⁵ A 140 et 141.

¹⁹⁶ A 142 et 143.

¹⁹⁷ A 137.

¹⁹⁸ A 138.

¹⁹⁹ A 139.

²⁰⁰ A 146.

²⁰¹ A 147.

²⁰² A 148.

²⁰³ A 154.

parti pris pour M. Emery, et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre Naxoo et Egg-Telsa SA, ce qui représentait un chiffre d'affaires important.²⁰⁴ S'agissant des immeubles sis Rue Cramer, M. Morales indique qu'il s'agissait d'immeubles destinés à des fonctionnaires internationaux, anglophones en majorité. C'est la raison pour laquelle le cahier des charges adressé à l'entreprise générale ([...]) indiquait que la réception par satellite devait être disponible dans chaque appartement afin de permettre aux locataires d'avoir accès à leurs chaînes nationales.²⁰⁵ Il ajoute que l'offre télévisuelle du système Supermédia serait supérieure à celle des téléreseaux (plusieurs milliers de chaînes supplémentaires), étant souligné que cette offre inclut l'écrasante majorité des chaînes offertes par le téléreseau. Le triple play n'étant pas accessible par satellite, il en découlerait un avantage évident de pouvoir proposer au consommateur les deux systèmes en parallèle sur la même IDI coaxiale.²⁰⁶ Il indique finalement que pour avoir collaboré avec Gérardtronic sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents, il peut attester n'avoir jamais rencontré de problèmes techniques avec le téléreseau en raison de la présence du système Supermédia. La très grande majorité des problèmes techniques rencontrés avec les téléreseaux trouveraient leur source dans un mauvais raccordement chez le consommateur.²⁰⁷

165. Egalement le 5 août 2016, Teleste Network Services SA a répondu au questionnaire du Secrétariat.²⁰⁸ Elle indique notamment qu'elle ne fournit aucune prestation à Gérardtronic, mais qu'elle fournit des prestations de modernisation des IDI (remplacement des câbles et prises TV). Elle ajoute qu'elle estime à 65 % les bâtiments en Ville de Genève dotés d'une IDI coaxiale et de fibre optique, à 34 % les bâtiments dotés uniquement d'une IDI coaxiale, et à 1 % les bâtiments dotés uniquement de fibre optique. Elle indique encore qu'elle estime à 75 % les bâtiments en Ville de Genève pourvus d'une antenne collective en toiture et à 50 % les bâtiments en Ville de Genève disposant d'une configuration du réseau interne en étoile.

166. Le 1^{er} septembre 2016, la gérance [...] (environ [...] logements sous gérance) a répondu au questionnaire du Secrétariat en indiquant qu'elle a [...] immeubles, respectivement [...] appartements sous gérance disposant du système Supermédia, mais non reliés au téléreseau. Elle indique notamment qu'elle n'a jamais connu de problèmes techniques avec le système Supermédia.²⁰⁹ Selon Naxoo, ces immeubles se trouveraient toutefois en dehors de la zone desservie par Naxoo.²¹⁰

167. Le 8 septembre 2016, un court questionnaire a encore été transmis à Swisscom.²¹¹

168. La société Egg-Telsa SA a répondu au questionnaire du 13 juillet 2016 le 12 septembre 2016.²¹² Elle indique notamment qu'aucune prestation n'est fournie par Egg-Telsa SA à Gérardtronic, mais qu'Egg-Telsa SA a installé des systèmes Supermédia avec Gérardtronic comme sous-traitant. Elle ajoute qu'elle n'a aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système. Egg-Telsa SA indique finalement qu'elle n'a subi aucune pression de la part de Naxoo visant à empêcher ou ralentir l'installation du système Supermédia ou d'un système similaire.

²⁰⁴ A 154, réponse 3a.

²⁰⁵ A 154, réponse 6.

²⁰⁶ A 154, réponse 9.

²⁰⁷ A 154, réponses 12 à 16.

²⁰⁸ A 155.

²⁰⁹ A 159.

²¹⁰ A 198, N 233.

²¹¹ A 160.

²¹² A 162.

169. Le 13 septembre 2016, Naxoo a répondu au second questionnaire transmis par le Secrétariat dans le cadre de l'enquête.²¹³ Naxoo indique premièrement qu'en ce qui concerne la technologie MoCA, [...].²¹⁴ Plus loin, Naxoo précise que par *unités d'habitation* (UH), elle entend les locaux, c'est-à-dire les logements ou locaux commerciaux (commerces, arcades, bureaux) raccordés au Réseau Naxoo par le biais d'un contrat de raccordement individuel ou collectif et faisant l'objet d'une facturation au titre de l'offre de base. Le terme de *logement* correspond quant à lui au nombre total théorique de logements utilisés à titre privé ou commercial (commerces, arcades, bureaux), situés dans les immeubles raccordés au Réseau de Naxoo. Ces logements peuvent faire l'objet d'un raccordement ou non et donc être facturés ou non au titre de l'offre de base.²¹⁵ Naxoo indique encore que son offre de base comprend une offre de téléphonie (ligne fixe gratuite) depuis le 24 février 2015 et une prestation Internet à 2 Mbit/s depuis le 14 janvier 2013. [...]. Les clients doivent s'enregistrer auprès d'UPC pour activer nominativement ces services.²¹⁶ A la réponse 8, Naxoo donne des précisions relatives à la modernisation des IDI dans le cadre d'un contrat de modernisation. Concernant la fibre optique, Naxoo indique [...].²¹⁷

170. Le 14 septembre 2016, Gératronic a répondu au second questionnaire transmis par le Secrétariat dans le cadre de l'enquête.²¹⁸ Gératronic indique notamment, pour chaque immeuble listé dans le questionnaire du 13 juillet 2016,²¹⁹ quel a été le résultat final à sa connaissance, respectivement si le système Supermédia a en fin de compte pu être installé ou non et dans quelles circonstances. Gératronic mentionne également qu'en prenant en compte le nombre de clients atteint par Naxoo sur le marché genevois – qui est certainement sous-évalué au regard des possibilités totales dudit marché –, il pourrait prudemment être évalué à 9'000 au moins le nombre de raccordements potentiellement touchés par les actions de Naxoo.²²⁰ Gératronic ajoute encore que les instructions de l'association Swissdigital recommandent de construire selon la technique *en étoile* depuis 2005 en tout cas.²²¹ Selon les retours parvenus à Gératronic, Naxoo n'aurait respecté ces instructions que depuis deux ou trois ans environ pour les nouvelles constructions.²²² En revanche, Naxoo continuerait de rénover, à ses frais dans le cadre de son service plus, les installations d'immeubles non étoilés, en les maintenant dans leur configuration initiale, ce qui restreint en même temps la possibilité d'abonnement au télé-réseau en mode individuel.²²³ Finalement et concernant la société DSAT SA, Gératronic indique que Pascal Emery est administrateur de cette société dirigée par [...], directeur et unique employé. Gératronic collaborerait étroitement avec DSAT SA.²²⁴

171. Le 14 septembre 2016 toujours, la gérance immobilière [...] a répondu au questionnaire du Secrétariat.²²⁵ Elle y indique notamment que le système Supermédia pourrait remplacer les offres proposées par les câblo-opérateurs, car il permet selon elle plus de flexibilité et un plus grand nombre de chaînes. Entre le système Supermédia et le télé-réseau,

²¹³ A 163.

²¹⁴ A 163, réponse 2a.

²¹⁵ A 163, réponse 3.

²¹⁶ A 163, réponse 7.

²¹⁷ A 163, réponses 9 et 10.

²¹⁸ A 165.

²¹⁹ A 141.

²²⁰ A 165, réponse 2.

²²¹ A 165, annexe 17.

²²² A 165, annexe 11.

²²³ A 165, réponse 14.

²²⁴ A 165, réponse 17.

²²⁵ A 166.

elle choisirait le système Supermédia, car il offre plus de liberté dans les choix.²²⁶ En outre, aucun problème technique n'est signalé, malgré la présence en parallèle du télé-réseau.²²⁷

172. Le 23 septembre 2016, Swisscom a répondu au court questionnaire complémentaire du 8 septembre 2016, qui concernait essentiellement le traitement des données.²²⁸

173. Le 12 octobre 2016 et en réponse à la requête du Secrétariat du 13 juillet 2016, la FRC a transmis les documents relatifs aux différentes plaintes, questions et interpellations en lien avec trois sujets mentionnés par la FRC susceptibles de contenir des informations utiles pour l'enquête.²²⁹

174. Le 16 décembre 2016,²³⁰ Gératronic a souhaité être informée des éventuelles autres parties à l'enquête, ainsi que des éventuels autres tiers au sens de l'art. 43 LCart. De plus, elle a indiqué deux points de fait qui, selon elle, devraient être spécifiquement instruits par le Secrétariat. D'une part, il s'agit de l'historique des modifications des CRI, d'autre part de l'existence éventuelle de clauses particulières concernant Gératronic dans les contrats conclus par Naxoo avec l'entreprise Egg-Telsa SA.

175. Le Secrétariat a répondu à Gératronic par courrier du 22 décembre 2016.²³¹

176. Le 29 mars 2017, Naxoo a requis l'accès au dossier, qui lui a été octroyé le 31 mars 2017.²³²

177. Le 1^{er} mai 2017, le Secrétariat a requis de Naxoo le chiffre d'affaires pour l'année 2016.²³³

178. Par courriers du 3 mai 2017, le Secrétariat a invité Naxoo et Gératronic à signer et à lui retourner une déclaration de restriction d'utilisation de certaines déclarations qui ont été faites durant l'enquête.²³⁴

179. Le 9 mai 2017, Naxoo a indiqué au Secrétariat qu'elle ne pouvait pas signer la déclaration susmentionnée en l'état.²³⁵ Gératronic a quant à elle retourné la déclaration signée.²³⁶

180. Par courrier du 17 mai 2017, différents chiffres actualisés à l'année 2016 ont encore été requis de la part de Naxoo.²³⁷

181. Suite à un contact téléphonique entre le Secrétariat et la personne concernée le 19 mai 2017, la question de la restriction d'utilisation de certaines déclarations qui ont été faites durant l'enquête est devenue sans objet.²³⁸

²²⁶ A 166, réponses 9 et 10.

²²⁷ A 166, réponses 8 et 12 ss.

²²⁸ A 169.

²²⁹ A 171.

²³⁰ A 173 et 174.

²³¹ A 175.

²³² A 178 à 180.

²³³ A 181.

²³⁴ A 182 et 183.

²³⁵ A 184.

²³⁶ A 185.

²³⁷ A 186.

²³⁸ A 187 et 188.

182. Le 30 mai 2017, Naxoo a fait parvenir au Secrétariat les différents chiffres requis, actualisés à l'année 2016.²³⁹

183. Le 20 juillet 2017, le Secrétariat a envoyé à Naxoo, Gérardtronic et Swisscom sa proposition datée du même jour, en leur impartissant un délai au 14 septembre 2017 pour prendre position si souhaité, en application de l'art. 30 al. 2 LCart.²⁴⁰

184. Le 30 août 2017, Naxoo a requis une prolongation de délai pour prendre position sur la proposition, requête qui a partiellement été acceptée par le Secrétariat. Le nouveau délai a été fixé au 16 octobre 2017.²⁴¹

185. Gérardtronic a fait parvenir sa prise de position au Secrétariat le 14 septembre 2017.²⁴²

186. Par courriers du 10 octobre 2017 adressés à Naxoo et Gérardtronic,²⁴³ le Secrétariat leur a indiqué que des auditions auraient très probablement lieu devant la COMCO le 27 novembre 2017. Il a été précisé qu'une citation détaillée leur parviendrait ultérieurement, ainsi que quelques détails sur le déroulement concret des auditions.

187. Naxoo a fait parvenir sa prise de position au Secrétariat le 16 octobre 2017.²⁴⁴ Cette prise de position était en particulier accompagnée d'une expertise privée datée du 9 octobre 2017.

188. Par courriel du 18 octobre 2017 accompagné de six pages annexées, Naxoo a indiqué que quelques références avaient été omises dans sa prise de position et a prié le Secrétariat de bien vouloir procéder au remplacement des pages concernées, ce qui a été fait.²⁴⁵

189. Par courrier du 27 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Gérardtronic une demande d'informations complémentaires sous forme d'un questionnaire portant principalement sur les différentes configurations possibles d'une installation Supermédia ainsi que l'utilisation de la fibre optique.²⁴⁶

190. Le 30 octobre 2017, Naxoo a transmis au Secrétariat les coordonnées des représentants de Naxoo dont la participation aux auditions du 27 novembre 2017 était envisagée.²⁴⁷ Naxoo y a par ailleurs confirmé son intention d'assister à l'audition de Pascal Emery.

191. Egalement le 30 octobre 2017, Gérardtronic a transmis au Secrétariat la liste des participants aux auditions du 27 novembre 2017.²⁴⁸

192. Par courrier du 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Naxoo une demande d'informations complémentaires portant essentiellement sur l'expertise privée jointe par Naxoo à sa prise de position du 16 octobre 2017.²⁴⁹

²³⁹ A 189.

²⁴⁰ A 190 à 192.

²⁴¹ A 193 s.

²⁴² A 195.

²⁴³ A 196 s.

²⁴⁴ A 198 s.

²⁴⁵ A 200.

²⁴⁶ A 201.

²⁴⁷ A 202.

²⁴⁸ A 203.

²⁴⁹ A 204.

193. Par courrier du 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Swisscom une demande d'informations complémentaires portant sur les IDI fibre optique en Ville de Genève.²⁵⁰

194. Toujours le 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir aux SIG une demande d'informations complémentaires portant sur les IDI fibre optique en Ville de Genève.²⁵¹

195. Les SIG ont répondu aux questions du 31 octobre 2017 par courrier du 2 novembre 2017, mais uniquement pour les communes de 1223 Cologny, 1227 Carouge et 1231 Conches, d'entente avec le Secrétariat.²⁵²

196. Le 6 novembre 2017, Gératronic a répondu au questionnaire du 27 octobre 2017.²⁵³ En particulier, Gératronic a précisé que le système Supermédia se définissait bien et exclusivement comme une solution technique permettant de mixer deux signaux sur une IDI unique, en d'autres termes de mixer les signaux satellitaires, d'une part, et les signaux du télé-réseau, d'autre part, sur un câble coaxial unique. Gératronic a également envoyé une liste mise à jour des installations Supermédia qu'elle a réalisées.²⁵⁴ Elle a en outre confirmé que le système Supermédia ne fonctionne pas avec les réseaux de fibre optique, le système impliquant obligatoirement un mixage sur un câble coaxial de façon à ce que la prise Supermédia puisse être installée au niveau de l'utilisateur final.

197. Swisscom a répondu aux questions du 31 octobre 2017 par courrier du 8 novembre 2017.²⁵⁵

198. Par courrier du 9 novembre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à UPC une demande de clarification de certains points sous forme d'un questionnaire.²⁵⁶ Ce questionnaire portait principalement sur les différentes installations Supermédia réalisées par Gératronic sur le territoire d'activité d'UPC, dans des immeubles censés ne contenir qu'une seule IDI coaxiale.

199. Par courrier du 9 novembre 2017, Naxoo a fourni au Secrétariat les informations complémentaires requises le 31 octobre 2017.²⁵⁷

200. Pour l'immeuble Rue François-Le-Fort, Naxoo indique que les investigations effectuées dans ce bâtiment confirmeraient l'impossibilité pour Naxoo d'offrir des services nécessitant une voie de retour. En d'autres termes, les problèmes rencontrés dans cet immeuble confirmeraient l'incompatibilité du système Supermédia avec l'offre triple play de Naxoo, respectivement d'UPC, et plus généralement avec tout service nécessitant l'utilisation de la voie de retour. [...]. Naxoo dépose également un certain nombre de documents en lien avec les problèmes rencontrés (annexes 1 à 3) : il ressort de l'annexe 1 que [...]. Il ressort principalement de l'annexe 2 que le canal retour du client ne fonctionnait pas. Il ressort également de ces pièces que le client en question était équipé d'une prise à deux trous, alors que Gératronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques.²⁵⁸

²⁵⁰ A 205.

²⁵¹ A 206.

²⁵² A 207.

²⁵³ A 208.

²⁵⁴ A 208, annexe 3 ; voir aussi A 210.

²⁵⁵ A 209.

²⁵⁶ A 211.

²⁵⁷ A 212.

²⁵⁸ A 57, p. 2 ; A 219, l. 143 s.

201. Pour l'immeuble sis Rue Abraham-Gevray, Naxoo dépose plusieurs documents (annexes 4 à 7, en partie déjà déposées avec l'A 23) portant sur le raccordement intervenu en 2016²⁵⁹ : il ressort d'un courrier de Gérardtronic du 10 mars 2014 que celle-ci a demandé à Naxoo de bien vouloir lui confirmer que l'installation du système Supermédia ne constituait pas un cas d'application de l'art. 9.4 CRI et, plus généralement, que l'installation du système Supermédia dans un immeuble, une fois le schéma approuvé, ne constituait pas un motif de résiliation de la CRI au sens de l'art. 9.4 CRI. Les annexes ne contiennent pas l'éventuelle réponse qui a été donnée à Gérardtronic par Naxoo. En revanche, les courriels ultérieurs de Naxoo (15 avril 2014 et 24 juin 2014) insistent auprès du représentant du propriétaire pour que les CRI lui soient retournées dûment signées, avec précision que « *les installations parallèles sont acceptées sur les installations sans condition* » (courriel du 15 avril 2014). Dans le courriel du 24 juin 2014, Naxoo indique de façon plus nuancée que « *Dès réception [de la CRI dûment signée et accompagnée du schéma de la distribution intérieure], notre Service Projets procédera aux calculs techniques et à la validation du schéma sur lequel vous aurez pris soin de mentionner l'existence des matériels parallèles. Etant entendu que la validation du schéma technique par notre société n'exonère pas le propriétaire d'immeuble de ses responsabilités s'agissant des installations intérieures de l'immeuble, telles que prévues par la Convention de Raccordement Immobilier. Nous vous confirmons, sur la base de ces préalables, que nous raccorderons les immeubles dans les meilleurs délais* ». La CRI sera finalement signée le [...] (annexe 7), le propriétaire ayant toutefois dû équiper l'immeuble d'une deuxième IDI indépendante en définitive.²⁶⁰ L'annexe 6 porte quant à elle sur une demande fin 2015 des propriétaires d'un appartement de pouvoir bénéficier du téléseuil, demande à l'occasion de laquelle Naxoo a proposé trois variantes : coexistence entre le téléseuil et le satellite sur un même câble, [...] (variante 1) ; installation de deux câbles parallèles et distincts dans le logement (variante 2) ; suppression du satellite et utilisation du câble par le téléseuil (variante 3). Ainsi et comme le relève Naxoo, celle-ci a proposé fin 2015, respectivement début 2016 plusieurs options aux propriétaires intéressés par le téléseuil, y compris la possibilité que les signaux satellite et téléseuil coexistent sur le même câble.

202. Finalement, pour les immeubles sis Route de Malagnou, Naxoo indique que la documentation est limitée compte tenu du fait qu'ils ont été raccordés au téléseuil en 2004. Naxoo dépose toutefois quelques documents (annexes 8 à 11). Il ressort en particulier d'un courrier du 9 décembre 2004 que Naxoo a essayé de dénigrer le système de Gérardtronic auprès des propriétaires, ce qui a provoqué une procédure pénale à l'encontre de Naxoo (N 292 ss). Les immeubles ont finalement été raccordés au téléseuil, mais ils sont équipés de deux IDI indépendantes.²⁶¹

203. Par courriers du 15 novembre 2017, Naxoo et Gérardtronic ont été citées à être entendues par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶² Les personnes citées ainsi que le déroulement des auditions y ont notamment été indiqués.

204. Le 20 novembre 2017, UPC a répondu à la demande de clarifications supplémentaires du 9 novembre 2017.²⁶³ Il ressort en particulier des réponses d'UPC que la cohabitation sur une IDI coaxiale unique des signaux du satellite (DVB-S) et du téléseuil (DVB-C) peut se révéler délicate. Il peut en résulter selon UPC une impossibilité de fournir des services nécessitant une voie de retour dépourvue de perturbations, ou alors une nécessité de procéder à des investissements techniques supplémentaires. Le canal retour peut être perturbé (Ingress) ou pas du tout disponible. Selon UPC, une cohabitation serait dans tous les cas impossible si le système satellitaire avait également besoin d'un canal retour, ce qui n'est

²⁵⁹ A 198, N 16.

²⁶⁰ A 198, N 16.

²⁶¹ A 198, N 16.

²⁶² A 214 et 215.

²⁶³ A 216.

pas le cas avec le système Supermédia. Pour éviter tout problème et pour rendre le plombage des prises possible chez les consommateurs, UPC conseille en règle générale l'installation de deux IDI coaxiales en parallèle, qui peuvent être combinées sur une prise standard unique chez le consommateur. Concernant les différentes installations Supermédia réalisées par Gérardtronic sur le territoire d'activité d'UPC, dans des immeubles censés ne contenir qu'une seule IDI coaxiale, UPC a indiqué qu'il y avait des indices que le canal retour n'ait pas fonctionné ou pas directement, ou qu'il n'ait plus fonctionné, et que le système Supermédia pourrait en être la cause. Les produits touchés seraient ceux qui nécessitent un canal retour parfaitement fonctionnel, à savoir les produits triple play. Les renseignements d'UPC relatifs à des immeubles précis sont examinés plus loin en détail (N 355).

205. Par courrier du 23 novembre 2017, Naxoo a transmis une prise de position complémentaire au Secrétariat, accompagnée notamment d'un complément d'expertise privée du 17 novembre 2017. Il ressort en particulier de ce complément d'expertise privée que l'utilisation conjointe de deux signaux DVB (télé-réseau et satellite) sur un seul câble coaxial serait toujours complexe en pratique. Toutefois, chaque cas est particulier et les conclusions tirées d'une situation individuelle ne seraient pas d'emblée et automatiquement applicables à une autre situation individuelle. C'est la raison pour laquelle l'installation de tels systèmes complexes nécessiterait une coopération entre l'installateur du système tiers et le câblo-opérateur lors de la mise en place. En matière de chevauchement des fréquences, l'expert privé ajoute qu'à court terme, respectivement à moyen terme, les signaux du télé-réseau vont se chevaucher avec ceux du satellite à partir d'une fréquence de 900 MHz. Les deux signaux seraient perturbés, et une diffusion propre des programmes TV ne pourrait alors plus être garantie. Plus loin, l'expert privé indique encore que la nouvelle demande de brevet de Gérardtronic (demande CH 709 225 A2) ne résoudrait pas le problème du chevauchement des fréquences au-delà de 1006 MHz et ne va pas dans le sens de ce qui est attendu d'un réseau câblé moderne. L'expert privé précise encore de façon générale que tant pour la prise brevetée (brevet CH 699 157 B1) que pour la nouvelle demande de brevet (demande CH 709 225 A2), un plombage de la prise ne serait pas possible pour le câblo-opérateur.²⁶⁴

206. Suite à la détermination d'UPC du 20 novembre 2017, Gérardtronic a pris position le 24 novembre 2017 et a déposé quelques annexes.²⁶⁵ Elle indique qu'UPC a testé le système Supermédia et en a admis l'intégration en mai 2005 déjà, appréciation qu'elle a ensuite confirmée en 2008 puis en 2013. Au demeurant selon Gérardtronic, UPC n'aurait jamais fait usage de la clause de l'accord réservant la possibilité de supprimer l'installation du système Supermédia en cas de problème ou perturbation quelconque. Enfin, le système Supermédia n'utiliserait pas de voie retour. En effet selon Gérardtronic, le système Supermédia se limiterait aux fréquences libres et non exploitées 950 à 2150 MHz, le télé-réseau s'arrêtant à la fréquence 860 MHz (avec la voie de retour 5-65 MHz). Il serait en outre parfaitement possible d'utiliser les services triple play avec le système Supermédia, moyennant l'installation décrite dans le schéma figurant au dossier.²⁶⁶ Si cette installation ne devait pas être respectée, des problèmes pourraient survenir selon Gérardtronic, mais cela n'aurait rien à voir avec la fiabilité technique de l'installation. Finalement, Gérardtronic met en doute la fiabilité des déclarations d'UPC selon lesquelles le système Supermédia pourrait être la cause des incidents décrits. Pour l'immeuble n° 10 en particulier, Gérardtronic indique que selon toute vraisemblance, « il » avait été omis d'installer un séparateur ad hoc entre la prise et le routeur, sans qu'il ne soit toutefois précisé si c'est le câblo-opérateur qui a omis ce séparateur, ou si c'est Gérardtronic qui n'a pas procédé au contrôle, au suivi ou encore à la mise à jour nécessaires de cette installation. Gérardtronic conclut en indiquant qu'en définitive, force est de constater qu'il ne

²⁶⁴ A 217, annexe 2.

²⁶⁵ A 218.

²⁶⁶ A 1, annexe 3.

ressort de la détermination d'UPC du 20 novembre 2017 aucun élément probant établissant que le système Supermédia causerait des problèmes techniques.

207. M. Emery pour Gérardtronic a été auditionné par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶⁷ Il a notamment été question du nombre de trous des prises installées chez les consommateurs. M. Emery a en particulier indiqué que la prise pour les téléreseaux avait tout d'abord 3 trous (deux grands et un petit), puis dès 2010 environ, des prises à 2 trous ont commencé à être installées (pur téléreseau, sans Supermédia). Dans un premier temps, le troisième trou était impératif pour la voie retour du téléreseau, mais dès 2013, la voie retour aurait été introduite dans un des deux grands trous. M. Emery a indiqué que sans troisième trou, l'installation du système Supermédia n'est pas possible à l'heure actuelle (l. 143 s.). M. Emery a également confirmé que le canal retour du téléreseau passe par le troisième trou (l. 151), soit le même trou que le signal du satellite pour livrer son signal (l. 139). M. Emery a également indiqué que jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu de nécessité de mettre à jour le système Supermédia (l. 179 s.). Les autres réponses de M. Emery seront reprises au besoin dans les parties concernées de la présente décision. Les diapositives PowerPoint présentées par le mandataire de M. Emery sont en outre jointes au dossier, ainsi que deux prises téléreseau (avec et sans Supermédia).²⁶⁸

208. Naxoo a également été auditionnée par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶⁹ Elle a en particulier indiqué que dans une prise à 3 trous, le canal retour se fait par le troisième trou, soit le petit. Elle a précisé que le problème n'est pas tant le fonctionnement de la prise à trois trous que la qualité du signal. Selon Naxoo, la problématique en cas de mixage se situe déjà au niveau du mélange des signaux, soit avant d'être au niveau des prises des consommateurs.²⁷⁰ Naxoo a notamment indiqué à ce sujet qu'en théorie les deux signaux se mélangeraient sur une même IDI sans problème. En pratique toutefois, des composants électriques (résistances) qui permettent le mixage pourraient émettre des parasites sur des bandes de fréquence qui ne se chevauchent pas. Le problème ne serait pas les perturbations, mais une disparition de la voie de retour de Naxoo. En résumé sur ce point, le matériel de Gérardtronic ne permettrait actuellement pas le fonctionnement de la voie retour de Naxoo.²⁷¹ Naxoo a aussi déclaré que tant pendant la période d'enquête qu'actuellement, la bande de fréquences entre 950 et 1'200 MHz n'est pas utilisée par Naxoo, respectivement que pendant la période de l'enquête, il n'y avait pas de problème de chevauchement de bandes de fréquences.²⁷² Toutefois et dans le futur, le conflit de fréquences porterait sur la bande de fréquences 950 à 1'200 MHz.²⁷³ Les autres réponses de Naxoo seront reprises au besoin dans les parties concernées de la présente décision. Les diapositives PowerPoint présentées par le mandataire de Naxoo sont en outre jointes au dossier.²⁷⁴

209. Par courrier du 28 novembre 2017, le Secrétariat a demandé à Naxoo de bien vouloir produire la demande de modification/les directives d'UPC/Suissedigital visant à passer de prises à 3 trous à des prises à 2 trous.²⁷⁵

²⁶⁷ A 219 à 221.

²⁶⁸ A 220 et 221.

²⁶⁹ A 222 à 223.

²⁷⁰ A 222, réponse 2, p. 3.

²⁷¹ A 222, réponses 3 et 4, pp. 4 s.

²⁷² A 222, réponses 3 et 4, pp. 4 s.

²⁷³ A 222, réponse 3, p. 4.

²⁷⁴ A 223.

²⁷⁵ A 224.

210. Naxoo a répondu à la requête du Secrétariat par courrier du 5 décembre 2017, accompagné d'une lettre de Suissedigital du 4 décembre 2017, de schémas de conflits de fréquences ainsi que d'un autre document technique.²⁷⁶

A.4 Etablissement des faits

A.4.1 Remarques théoriques

A.4.1.1 En ce qui concerne la preuve en général

211. Les dispositions de la PA s'appliquent à la procédure d'enquête, dans la mesure où la LCart n'y déroge pas (art. 39 LCart). L'art. 12 PA prévoit que l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par documents, renseignements des parties, renseignements ou témoignages de tiers, visite des lieux ou expertises. La procédure d'enquête devant les autorités de la concurrence est donc régie par la maxime d'office et la maxime inquisitoire. L'établissement des faits nécessaires à la décision est toutefois mené dans la limite des possibilités des autorités de la concurrence, sur la base des renseignements que leur fournissent les parties ou des tiers.²⁷⁷

212. Les autorités de la concurrence appliquent le principe de la libre appréciation des preuves (art. 39 LCart en lien avec l'art. 19 PA ainsi que l'art. 40 de la Loi fédérale de procédure civile fédérale²⁷⁸). Elles ne sont aucunement liées par la valeur probante de certains moyens de preuve et il n'y a aucune hiérarchie entre les différents moyens de preuve.²⁷⁹

213. Selon la pratique de la COMCO ainsi que la doctrine, une preuve peut être amenée au moyen d'indices (« *Beweiserbringung mittels Indizien* »).²⁸⁰ Par analogie à la jurisprudence développée en droit pénal, l'administration de preuves indirectes ou médiate, c'est-à-dire d'indices, permet également de tirer des conclusions significatives. Des indices sont des faits qui permettent de conclure à un autre fait pertinent. Dans la preuve par indice, un fait non prouvé directement est considéré comme établi parce que d'autres faits prouvés – les indices – et l'expérience générale de la vie imposent d'y conclure. Il n'y a pas *a priori* de différence de valeur entre une preuve par indice et une preuve directe, même si en règle générale la première laisse – à la différence de la preuve directe – la possibilité que le lien soit remis en question et qu'un doute soit suscité. La possibilité d'une preuve par indice est reconnue et, en particulier lorsque celle-ci repose sur plusieurs indices différents, elle permet de conclure à satisfaction de droit à la preuve pleine (« *Vollbeweis* »).²⁸¹

214. Dans l'arrêt *Publigroupe*, le Tribunal fédéral (ci-après : le TF) s'est prononcé sur les principes régissant le degré de la preuve concernant plusieurs éléments (matériels) de l'énoncé de fait légal de l'art. 7 LCart, comme la définition du marché pertinent ou encore l'appréciation de la position sur le marché.²⁸² Selon la Haute Cour, il ne faut pas perdre de vue

²⁷⁶ A 225.

²⁷⁷ VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 177.

²⁷⁸ Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273).

²⁷⁹ Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 834 consid. 2.1.2, *Nikon/COMCO* ; CHRISTOPH AUER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (éd.), Zurich 2008, art. 12 PA N 17 ; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 30 LCart N 99 ; STEFAN BILGER, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 39 LCart N 62.

²⁸⁰ Voir DPC 2012/2, 385 N 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (n'est pas encore en force) ; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, « Si unus cum una... » : Vom Beweismass im Kartellrecht, in : Baurecht (BR), Fribourg 2005, pp. 114 ss, 116.

²⁸¹ Voir arrêt du TF 6B_332/2009 du 4.8.2009, consid. 2.3.

²⁸² ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 et 9.2.3.4 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2 et 9.2.3.4), *Publigroupe/COMCO*.

que l'analyse des rapports du marché est complexe, que les données sont en principe incomplètes et que la récolte de données supplémentaires est difficile. Dans ces circonstances, les exigences du degré de la preuve des rapports économiques ne doivent pas être exagérées, eu égard aux buts de la LCart d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.²⁸³ Une certaine logique de l'analyse économique et la probabilité de la justesse des éléments retenus doivent cependant être concluantes et compréhensibles.²⁸⁴

215. En résumé, il peut être retenu qu'en règle générale dans une procédure administrative ordinaire, une preuve est réputée apportée si l'autorité est convaincue de la réalisation des circonstances pertinentes, une certitude absolue n'étant toutefois pas indispensable.²⁸⁵

216. Le degré de preuve doit être distingué de la question du fardeau de la preuve ainsi que de l'obligation de prouver les faits allégués (aussi dénommé fardeau de la preuve objectif et subjectif). Le fardeau de la preuve détermine quelle partie doit amener la preuve, respectivement qui supporte le défaut de preuve. L'obligation de prouver les faits allégués détermine quant à elle celui qui doit effectivement amener la preuve. Vu la maxime inquisitoire en procédure administrative (art. 12 PA), c'est à l'autorité que revient l'obligation de prouver les faits allégués en procédure de droit des cartels. A cette obligation de l'autorité fait toutefois face l'obligation des parties de collaborer ainsi que leur devoir de coopérer.²⁸⁶ Vu le principe de la présomption d'innocence, l'obligation de collaborer des parties est toutefois relativisée, en particulier par le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* de l'art. 6 al. 1 CEDH, qui prévoit en procédure pénale que nul n'est tenu de s'accuser lui-même.²⁸⁷ Il peut cependant être exigé des parties que celles-ci fassent valoir par exemple des motifs justificatifs, sans quoi l'autorité peut partir du principe qu'il n'y en a pas.²⁸⁸ C'est ainsi qu'en procédure pénale ordinaire, les autorités pénales n'examinent les circonstances atténuantes comme les motifs justificatifs que si cela s'impose vu la situation concrète, ou si la personne prévenue les invoque de façon vraisemblable.²⁸⁹

217. Dans la mesure où une sanction au sens de l'art. 49a LCart entre en ligne de compte et en raison du caractère pénal de cette mesure, les autorités de la concurrence doivent en principe respecter les garanties de procédure prévues par les art. 6 et 7 CEDH²⁹⁰ ainsi que les art. 30 resp. 32 Cst^{291, 292}. Des incertitudes quant aux faits sont ainsi à retenir en faveur des

²⁸³ ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 et les références citées (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2 et les références citées), *Publigroupe/COMCO*.

²⁸⁴ ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2), *Publigroupe/COMCO* ; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Fribourg 2002, pp. 305 ss.

²⁸⁵ Voir par ex. arrêt du TF 2A.500/2002 du 24.3.2003, consid. 3.5 ; DPC 2009/4, 341 N 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

²⁸⁶ Voir ATF 129 II 18, consid. 7.1 (= DPC 2002/4, 743 consid. 7.1), *Buchpreisbindung* ; Arrêt du TF 2A.430/2006 du 6.2.2007, DPC 2007/1, 133 consid. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./COMCO, REKO/WEF*.

²⁸⁷ Voir par ex. ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1.

²⁸⁸ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 663 consid. 570, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

²⁸⁹ Voir ESTHER TOPHINKE, in : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (éd.), Bâle 2011, art. 10 CPP N 21.

²⁹⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

²⁹¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (Cst ; RS 101).

²⁹² ATF 139 I 72, consid. 2.2.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 2.2.2), *Publigroupe/COMCO*.

parties susceptibles de faire l'objet d'une sanction, conformément au principe de la présomption d'innocence prévu à l'art. 6 al. 2 CEDH, respectivement à l'art. 32 al. 1 Cst.²⁹³

A.4.1.2 En ce qui concerne les expertises privées

218. Selon l'art. 12 let. e PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par des expertises. Les parties déposent parfois spontanément une expertise, alors appelée *expertise privée* ou encore *expertise présentée par une partie*. L'art. 33 al. 1 PA prévoit que l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits.

219. Selon la jurisprudence, on ne saurait dénier, par principe, toute force probante aux expertises qu'une partie a fait effectuer et qui sont produites dans la procédure en tant que moyen de preuve, uniquement parce qu'elles proviennent d'une partie.²⁹⁴ Cependant, une expertise présentée par une partie a, en règle générale, une force probante moindre par rapport à une expertise ordonnée par l'autorité.²⁹⁵ Dès le départ, elle n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire au sens de l'art. 12 let. e PA. En effet, on doit présumer que la partie va soumettre à son expert privé en priorité les éléments importants de l'état de fait litigieux selon sa propre perception subjective des faits. Enfin, contrairement à l'expertise ordonnée par une autorité, une expertise privée n'est pas réalisée sous la menace de sanctions pénales, en cas de faux rapport.²⁹⁶ Dans le domaine pénal, le Tribunal fédéral a également jugé que les expertises privées n'ont pas la même valeur qu'une expertise demandée par les autorités d'instruction ou par un tribunal. Les résultats d'une expertise privée réalisée sur mandat du prévenu sont soumis au principe de la libre appréciation des preuves, sont considérés comme de simples allégués des parties et n'ont pas la qualité de preuve. Etant donné qu'en règle générale, des expertises privées ne sont présentées que si elles sont favorables à leur mandant, il convient de les interpréter avec prudence.²⁹⁷ En matière civile, la jurisprudence du Tribunal fédéral va dans le même sens.²⁹⁸

A.4.2 Naxoo

A.4.2.1 Remarques générales

A.4.2.1.1 Les liens entre Naxoo et UPC

220. Naxoo et UPC sont des partenaires et non des concurrents sur le territoire visé par l'enquête. Une convention d'actionnaires lie d'ailleurs la Ville de Genève, Cablecom et Naxoo au moins depuis 2006.²⁹⁹ Depuis mars 2014, Naxoo n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à des services (réseau câblé), le contenu radio-TV (programmes) étant entièrement fourni par UPC. [...].³⁰⁰

²⁹³ ATF 139 I 72, consid. 8.3.1 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.1), *Publigruppe/COMCO*.

²⁹⁴ ATF 137 II 266, consid. 3.2 et les références citées.

²⁹⁵ BERNHARD WALDMANN, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e édition, Waldmann/Weissenberger (éd.), Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 19 PA N 16 et 22.

²⁹⁶ ATAF 2013/9, consid. 3.8.1 et les références citées.

²⁹⁷ ATF 141 IV 369, consid. 6.2 et les références citées.

²⁹⁸ ATF 132 III 83, consid. 3.4 ; ATF 141 III 433, consid. 2.6.

²⁹⁹ A 56, annexe 3.

³⁰⁰ A 115, p. 19 ; voir aussi A 56, réponses 1, 5 et 6.

A.4.2.1.2 L'offre de base et les offres (ou services) à valeur ajoutée de Naxoo

a. L'offre de base

221. En souscrivant à l'offre de base pour un montant de CHF 29.95 par mois, les abonnés de Naxoo bénéficient de certains services multimédias (télévision, radio, téléphonie et Internet). Naxoo a lancé cette offre triple play, en partenariat avec UPC, en mars 2008.³⁰¹ Le montant mensuel de CHF 29.95 est dû par chaque UH raccordée au Réseau Naxoo, que ce soit par le biais d'un Contrat de raccordement collectif ou d'un Contrat de raccordement individuel (N 238). Cette souscription représente un préalable nécessaire et indispensable pour pouvoir souscrire à des services à valeur ajoutée proposée par UPC.³⁰² Le montant de CHF 29.95 TTC inclut le prix du raccordement de l'UH (Contrat de raccordement collectif ou individuel), les prestations de l'offre triple play de base, CHF 2.18 au titre de droits d'auteur et CHF 2.20 au titre de TVA.³⁰³

222. L'accès aux services de téléphonie et d'Internet inclus dans l'offre de base nécessite une inscription unique (requis pour des raisons d'identification de l'IP par l'OFCOM) auprès d'UPC, qui fournit alors, moyennant paiement d'une taxe d'activation unique de CHF 99.-, le matériel nécessaire (modem) pour bénéficier de ces services. Cette inscription peut se faire directement auprès d'UPC ainsi que via une enseigne Naxoo ou le centre d'appel de Naxoo.³⁰⁴

223. La conclusion d'une CRI ou la conclusion d'un Contrat de modernisation n'emportent pas souscription à l'offre de base. Ces contrats – à savoir la CRI ou le Contrat de modernisation – correspondent à des prestations distinctes d'une souscription à l'offre de base et sont en principe conclus à titre gratuit (sauf exception en cas de souscription à une option d'entretien et réparation ou de reconstruction de l'IDI coaxiale).³⁰⁵

224. Naxoo précise qu'une même UH peut bénéficier de plusieurs offres et raccordements parallèles. [...].³⁰⁶

b. Les offres (ou services) à valeur ajoutée

225. Les offres à valeur ajoutée d'UPC sont conclues soit directement auprès d'UPC, soit via le *Naxoo Shop* ou le centre d'appel Naxoo. Naxoo agit alors en qualité d'agent. Il n'y a pas de vente via le site Internet de Naxoo. [...].³⁰⁷

A.4.2.1.3 Statistiques concernant les contrats Naxoo

226. Dans ce titre, il est procédé à l'analyse des données chiffrées fournies par Naxoo. Le but est principalement de quantifier le nombre de clients selon les types de contrats, individuels ou collectifs.

227. Le Tableau 5 ci-dessous présente le nombre de contrats de Naxoo selon qu'il s'agit de Contrats de raccordement individuel (« *IND* », voir N 238 et N 255) ou de Contrats de raccordement collectif (« *COL* », voir N 238 et N 256).³⁰⁸ Le total indique le nombre total d'UH raccordées par Naxoo.

³⁰¹ A 165, annexe 12.

³⁰² A 115, pp. 10 s.

³⁰³ A 115, pp. 16 et 28.

³⁰⁴ A 115, p. 16.

³⁰⁵ A 115, p. 11.

³⁰⁶ A 17, réponse 1b ; A 115, p. 12.

³⁰⁷ A 115, p. 19 ; voir aussi A 56, réponses 5 et 6.

³⁰⁸ A 115, p. 13.

	2011		2012		2013		2014		2015	
	UH	%								
IND	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 5 : Contrats de raccordement individuels et collectifs de Naxoo

228. Il ressort du Tableau 5 [...] le sont par le biais d'un Contrat de raccordement collectif, le taux oscillant entre [...] et [...] % sur la période de l'enquête.

229. Le Tableau 6 ci-dessous présente l'évolution par année du nombre d'offres de base (« O. base », N 221 ss) et du nombre d'offres à valeur ajoutée (« O. val. aj. », N 225). Le nombre d'offres de base a été obtenu en retranchant le nombre d'offres à valeur ajoutée au total des UH raccordées par Naxoo.³⁰⁹

	2011		2012		2013		2014		2015	
	UH	%								
O. base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
O. val. aj.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total UH	[...]		[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 6 : Evolution des offres de base et à valeur ajoutée

230. Il ressort du Tableau 6 que [...] sur l'ensemble de la période de l'enquête, passant de [...] à [...] %. [...], le nombre d'UH raccordées ayant opté pour une offre à valeur ajoutée [...], passant de [...] à [...] %.

231. Le Tableau 7 indique le taux de raccordement par année des logements en Ville de Genève. Premièrement, le nombre total d'UH raccordées selon Naxoo a été repris (dans le tableau ligne « Total UH rac. »).³¹⁰ Naxoo a indiqué dans ses réponses du 3 juin 2016 qu'environ [...] UH – lesquelles sont comptées dans les chiffres fournis par Naxoo –, se trouvent en dehors de la Ville de Genève.³¹¹ Ces [...] UH se situent dans des communes périphériques anciennement rattachées à la Ville de Genève, soit les communes de Cologny, Carouge et Conches. Par conséquent, [...] UH ont été retranchées du total des UH raccordées pour calculer le nombre d'UH raccordées en Ville de Genève (« Total UH rac. en Ville de Genève »). Le nombre de logements en Ville de Genève a été déterminé en se fondant sur les statistiques cantonales officielles.³¹² Le taux de raccordement (« Taux de rac. ») est calculé en divisant le nombre d'UH raccordées en Ville de Genève par le nombre de logements en Ville de Genève.

³⁰⁹ A 115, p. 17, réponse à la question 15.

³¹⁰ A 115, p. 13.

³¹¹ A 115, p. 3, note 2.

³¹² Les données sur le nombre de logement en Ville de Genève sont tirées du fichier Excel « T 09.02.1.2.02 » intitulé « Logements selon la période de construction du bâtiment, par commune, depuis 1998 » de la page Internet suivante : <www.ge.ch/statistique/domaines/09/09_02/tableaux.asp#3> (3.10.2016).

	2011	2012	2013	2014	2015
Total UH rac.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total UH rac. en Ville de Genève	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Logements en Ville de Genève	104'595	105'226	105'962	106'298	107'032
Taux de rac.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 7 : Taux de raccordement au Réseau Naxoo en Ville de Genève

232. Il ressort du Tableau 7 que le taux de raccordement en Ville de Genève de Naxoo [...], passant de [...] à [...] % sur l'ensemble de la période examinée.

A.4.2.2 Les conventions et contrats de Naxoo

233. Il convient de distinguer les conventions et contrats suivants :³¹³

- la CRI (Convention de raccordement immobilier) ;³¹⁴
- le Contrat de raccordement individuel ;³¹⁵
- le Contrat de raccordement collectif ;³¹⁶
- les Conditions générales ;³¹⁷
- le Contrat de modernisation des IDI coaxiales (avec ou sans option d'entretien et de réparation) ;³¹⁸
- les Recommandations techniques des IDI coaxiales.³¹⁹

234. Les conventions et contrats mentionnés ci-avant font parfois référence aux « spécifications techniques établies par Naxoo ». Il en va ainsi notamment de l'art. 2.2 de la CRI (N 248), de l'art. 9.4 de la CRI dans sa nouvelle teneur (N 252) ou encore des Conditions générales (N 257). Lors de l'audition de Naxoo, celle-ci est toutefois restée vague sur la disponibilité et l'accessibilité de ces documents, ne sachant par exemple pas si elles étaient disponibles sur son propre site Internet.³²⁰ Naxoo n'a pas non plus indiqué si les Recommandations techniques des IDI coaxiales (N 267) et les « spécifications techniques établies par Naxoo » ne faisaient qu'un. Il s'agit dans tous les cas d'une documentation de Naxoo que celle-ci est vraisemblablement susceptible de modifier ou d'adapter en tout temps.

235. Il est également relevé que dans sa prise de position, Naxoo renvoie systématiquement à la réglementation et aux directives applicables à la profession pour justifier la teneur de ses propres conventions et contrats, en particulier aux directives de Suissedigital.³²¹ Or, Naxoo part de la prémisse incorrecte que la réglementation de la profession est conforme au droit des cartels, ce qui n'est pas forcément le cas.

³¹³ A 115, p. 24.

³¹⁴ A 115, annexes 24 pour des exemples.

³¹⁵ A 115, annexes 28 pour des exemples.

³¹⁶ A 115, annexes 25 pour des exemples.

³¹⁷ A 115, annexes 26 pour des exemples ; A 1, annexe 9.

³¹⁸ A 115, annexes 33 à 35 pour des exemples.

³¹⁹ A 64, annexe 2 pour un exemple.

³²⁰ A 222, réponse 5, p. 6.

³²¹ A 198, par ex. N 287 ss, 291 ss, 305 ou encore 317.

A.4.2.2.1 La CRI

236. La CRI est signée par le propriétaire de l'immeuble ou son représentant (par ex. une régie ou gérance immobilière). Elle vise à raccorder un immeuble (resp. l'IDI coaxiale d'un immeuble) au Réseau Naxoo, ce qui n'entraîne aucune obligation financière récurrente pour le propriétaire d'immeubles ni aucune obligation de conclure un Contrat de raccordement collectif ou individuel.³²² Il est donc possible qu'un immeuble soit raccordé au Réseau Naxoo par une CRI sans qu'aucune UH ne bénéficie de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif). Dans ce cas, aucun montant n'est perçu pour l'immeuble en question.³²³ Selon Naxoo, une telle situation n'est pas nécessairement dénuée d'intérêt pour elle dans la mesure où elle peut emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures et relier ainsi plus directement l'immeuble voisin que s'il avait fallu passer d'un immeuble à l'autre par la voie publique.³²⁴

237. A l'inverse toutefois, il n'est pas possible de conclure un Contrat de raccordement individuel ou collectif en l'absence de toute CRI, vu que l'immeuble en question n'est, dans un tel cas, pas raccordé au Réseau Naxoo.³²⁵

A.4.2.2.2 Le Contrat de raccordement individuel ou collectif

238. Pendant la période visée par l'enquête, lorsqu'un immeuble était raccordé au Réseau Naxoo suite à la conclusion d'une CRI, le propriétaire avait le choix entre deux possibilités :

- a. conclure un Contrat de raccordement collectif : il est signé par le propriétaire de l'immeuble ou son représentant. Toutes les UH de l'immeuble ont accès automatiquement, moyennant paiement du prix de l'offre de base, aux programmes de radio et télévision de l'offre de base Naxoo et, moyennant inscription préalable unique, à l'offre de base d'UPC concernant la téléphonie et Internet.³²⁶ Chaque UH a la possibilité de renoncer aux prestations offertes (système d'*opt-out*), auquel cas la prise de l'UH concernée est plombée. Ne sont alors facturées que les UH connectées au Réseau Naxoo, c'est-à-dire recevant le signal du Réseau Naxoo (hors UH dont les prises ont été plombées voire démontées). Les Contrats de raccordement collectif sont conclus pour une durée minimale de 12 mois civils complets. Ils sont ensuite résiliables en tout temps moyennant préavis de six mois.³²⁷

Dans le cadre d'un tel contrat, le propriétaire paie CHF 29.95 TTC par mois et par UH effectivement raccordée au Réseau Naxoo. [...].³²⁸

- b. ne rien faire, auquel cas les usagers de chaque UH de l'immeuble ont la possibilité de conclure un Contrat de raccordement individuel (système d'*opt-in*) du moment où l'immeuble a été raccordé au réseau de Naxoo, respectivement que la CRI a été signée par le propriétaire de l'immeuble. Le Contrat de raccordement individuel est signé par l'occupant de l'UH concernée, lequel s'acquitte de la taxe de raccordement et bénéficie ainsi de l'offre de base,³²⁹ quel que soit le nombre de prises activées au sein de l'UH (une prise payante par UH). Les Contrats de raccordement individuel sont conclus pour

³²² A 115, p. 22.

³²³ A 115, p. 13.

³²⁴ A 115, p. 23, note 5.

³²⁵ A 115, p. 23.

³²⁶ A 115, p. 16.

³²⁷ A 115, annexe 26a, art. 3.4.2.

³²⁸ A 115, p. 25 et annexe 27.

³²⁹ A 115, réponse 43c.

une durée minimale de 12 mois et sont ensuite résiliables en tout temps moyennant préavis d'un mois.³³⁰

239. A noter qu'il existe selon Naxoo des immeubles concernés simultanément par des Contrats de raccordement individuel et un Contrat de raccordement collectif.³³¹

240. La situation décrite ci-dessus est celle qui prévalait en règle générale pendant la durée de la période faisant l'objet de l'enquête. Ce système a toutefois été modifié récemment par UPC, et les modifications seront très vraisemblablement répercutées par Naxoo. En effet, jusqu'au 27 septembre 2016, le raccordement câblé était facturé séparément, respectivement inclus de façon peu transparente dans les charges locatives. Depuis le 28 septembre 2016, le raccordement au réseau câblé est inclus d'office dans le prix de tous les nouveaux produits tels qu'Internet, TV numérique ou réseau fixe. Sous le titre évocateur « *Plus de décomptes confus* », UPC indique que le client « *[bénéficie] ainsi d'une transparence accrue et d'une meilleure vue d'ensemble de [ses] dépenses* ». ³³² La pratique des opérateurs CATV rejoindra ainsi celle des opérateurs IPTV, à savoir une relation contractuelle directe entre l'opérateur et le consommateur, sans l'intermédiaire d'un bailleur ou de régies immobilières. ³³³ Avant cette modification de pratique, l'opérateur Sunrise avait considéré le manque de transparence d'UPC si problématique sous l'angle de la concurrence déloyale qu'une plainte pénale a été déposée contre UPC fin 2015, et la situation a en outre été dénoncée au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). ³³⁴ Swisscom s'est par ailleurs également montrée très critique, notamment envers le manque de transparence des décomptes d'UPC et l'absence de la liberté de choix de raccordement pour le consommateur. ³³⁵

A.4.2.2.3 Les Conditions générales

241. Les Conditions générales sont réunies en un seul document, et certaines clauses s'appliquent aussi bien à la CRI qu'au Contrat de raccordement (individuel ou collectif). ³³⁶

A.4.2.2.4 Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales

242. Selon les indications de Naxoo, ³³⁷ celle-ci a procédé à des investissements significatifs aux fins de moderniser l'ensemble du télé-réseau dès 2006. Les efforts de modernisation ont porté aussi bien sur les infrastructures de transport collectives (colonne vertébrale du réseau), désormais constituées de fibre optique, que sur les infrastructures de proximité (reliant la colonne vertébrale du réseau aux immeubles) et les IDI. Les Contrats de modernisation des IDI coaxiales portent sur cette mise à niveau des infrastructures. Selon Naxoo, plusieurs choix s'offrent aux propriétaires d'immeubles :

- ne rien faire ;
- moderniser les IDI coaxiales aux frais des propriétaires d'immeubles. Naxoo indique dans un courrier de février 2009 que cela « *permet [aux propriétaires] de garder leur*

³³⁰ A 115, annexe 26a, art. 3.4.1.

³³¹ A 115, p. 27.

³³² <www.upc.ch/fr/offres-combinees/raccordement-cable-compris> (3.10.2016).

³³³ A 126, réponse 10.

³³⁴ Contre-rendu de presse notamment dans Bilanz, 7.9.2015, <www.bilanz.ch/unternehmen/sunrise-reicht-anzeige-gegen-cablecom-ein-452889> (19.12.2016) ou encore sur Romandie.com, 7.9.2015, <www.romandie.com/news/Sunrise-porte-plainte-contre-UPC-Cablecom-sur-les-taxes-de-raccordement/627796.rom> (13.2.2017).

³³⁵ A 126, réponse 8 et les références citées, en particulier le rapport du 17.8.2015 du Surveillant des prix.

³³⁶ A 115, annexes 26, art. 4 à 13 des Conditions générales.

³³⁷ A 115, pp. 33 et 34.

indépendance », ³³⁸ ce qui laisse entendre *a contrario* que les propriétaires perdent leur indépendance s'ils concluent un Contrat de modernisation des IDI coaxiales avec Naxoo ;

- moderniser et maintenir les IDI coaxiales aux frais de Naxoo, moyennant la conclusion d'un Contrat de modernisation pour une période de cinq ans. Le Contrat de modernisation est alors résiliable avant l'échéance de la période de cinq ans, moyennant paiement d'une indemnité à Naxoo visant à couvrir une partie des frais de modernisation engagés. ³³⁹

243. A noter que le Contrat de modernisation des IDI (coaxiales) peut contenir, en plus, une *Option entretien et réparation*. Cette option garantit l'entretien et la réparation des IDI coaxiales, et coûte CHF 0.50 HT par UH et par mois. ³⁴⁰

244. Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales est ainsi une possibilité offerte par Naxoo aux propriétaires, ces derniers n'ayant toutefois aucune obligation de conclure un tel contrat. ³⁴¹

A.4.2.2.5 Les Recommandations techniques des IDI coaxiales

245. Naxoo émet régulièrement un certain nombre de recommandations techniques à l'attention des installateurs professionnels de réseaux. Le dossier contient ainsi un document de Naxoo intitulé *Recommandations techniques des Installations de Distribution Intérieure d'Immeubles (IDI) selon la norme CC20001G*. ³⁴² Selon Naxoo, ces recommandations sont directement issues de la réglementation et des directives applicables à la profession. ³⁴³

A.4.2.3 Les conditions commerciales problématiques

A.4.2.3.1 Dans la CRI

246. En annexe de sa dénonciation du 8 avril 2013, Gératronic a transmis à titre d'exemples trois CRI de Naxoo non datées. Les art. 2.2 et 9.4 sont pertinents dans le cadre de la présente enquête. ³⁴⁴

247. A préciser que selon Naxoo, il peut exister un décalage entre l'entrée en vigueur d'un contrat et l'utilisation effective de ce contrat. En effet, il n'est pas rare que les clients de Naxoo signent un contrat qui leur a été remis plusieurs mois avant, de sorte qu'une nouvelle version peut être entrée en vigueur entre temps. ³⁴⁵

a. Art. 2.2

248. L'art. 2.2 de la CRI de Naxoo stipule : « *L'installation intérieure doit répondre aux spécifications techniques établies par Naxoo, 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 Naxoo* ». ³⁴⁶

³³⁸ A 91, annexe 26.

³³⁹ Par ex. A 115, annexe 33a, art. 5.5.

³⁴⁰ A 53, annexe 3.

³⁴¹ A 91, annexe 26.

³⁴² A 64, annexe 2 pour un exemple.

³⁴³ A 198, N 287.

³⁴⁴ A 1, annexes 8.

³⁴⁵ A 163, réponse 4.

³⁴⁶ A 1, annexes 8 ; A 115, annexes 24.

249. Cet article avait la teneur ci-dessus en tout cas de 2009 à 2015, vu que la teneur était toujours identique dans les exemples de CRI les plus récents transmis par Naxoo.³⁴⁷ Rien n'indique que la teneur de cette disposition soit différente à ce jour.

250. Contrairement à ce qu'indique Naxoo dans sa prise de position,³⁴⁸ l'art. 2.2 de la CRI va plus loin que les directives de Suissedigital, et c'est précisément ce qui fait la différence. En effet, Naxoo prévoit que l'installation intérieure doit répondre aux *spécifications techniques établies par Naxoo*, et non aux directives de Suissedigital ou plus généralement à la réglementation applicable à la branche (voir à ce sujet N 234).

b. Art. 9.4

Teneur jusqu'en juillet 2015 approximativement :

251. L'art. 9.4 de la CRI de Naxoo avait la teneur suivante, approximativement entre décembre 2009 et juillet 2015 selon Naxoo³⁴⁹ : « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'installation intérieure raccordée à la boîte d'injection ou le Propriétaire est en retard de paiement pour des sommes dues en rapport avec des services fournis par Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires, Naxoo 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 Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires. Naxoo peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension* ». ³⁵⁰

Teneur dès juillet 2015 approximativement :

252. Dans les exemples de CRI les plus récents transmis par Naxoo, datés d'août et décembre 2015, l'art. 9.4 a la teneur suivante : « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo 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 ou le Propriétaire est en retard de paiement pour des sommes dues en rapport avec des services fournis par Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires, Naxoo 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 Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires. Naxoo peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension* ». ³⁵¹

253. Naxoo a donc modifié la teneur de l'art. 9.4 de sa CRI en cours d'enquête préalable suite aux échanges avec le Secrétariat,³⁵² en particulier le point (i). Bien que différente, la nouvelle teneur laisse à Naxoo la possibilité de déterminer si une IDI coaxiale est conforme à ses propres spécifications techniques (voir à ce sujet N 234). Cela lui permettrait le cas échéant de conserver un certain contrôle sur l'IDI coaxiale, respectivement d'exercer si

³⁴⁷ A 115, annexes 24.

³⁴⁸ A 198, N 291.

³⁴⁹ A 163, réponse 4.

³⁵⁰ A 1, annexes 8.

³⁵¹ A 115, annexes 24.

³⁵² A 163, réponse 4.

nécessaire une pression sur les propriétaires en s'appuyant sur la CRI. Il revient à Naxoo de faire une application conforme à la LCart de cette nouvelle teneur.

254. A noter que selon Naxoo, « [*l'IDI coaxiale*] peut être librement utilisé[e] par le propriétaire, même en présence d'une Convention de raccordement immobilier (CRI) »³⁵³, ce qui est contradictoire avec l'art. 9.4 même de la CRI dans ses deux teneurs ci-dessus.

A.4.2.3.2 Dans les Contrats de raccordement individuel ou collectif

a. Contrats de raccordement individuel

255. L'art. 4 des Contrats de raccordement individuel – intitulé « Conditions générales » – stipule que « *Pour le surplus, les Conditions générales relatives à la Convention de Raccordement Immobilier et aux Contrats de Raccordement au Réseau de Naxoo SA (Naxoo) et les Tarifs des Raccordements, qui sont remis en annexe, font partie intégrante du présent Contrat* ». ³⁵⁴

b. Contrats de raccordement collectif

256. L'art. 4 des Contrats de raccordement collectif – intitulé « Conditions générales » – stipule que « *Pour le surplus, les C.G. et les « Tarifs des Raccordements » qui sont remis en annexe, font partie intégrante du présent Contrat* ». ³⁵⁵ Cette clause se trouve aussi parfois à l'art. 3 du Contrat d'abonnement³⁵⁶ collectif.³⁵⁷

A.4.2.3.3 Dans les Conditions générales

257. L'art. 2.3 des Conditions Générales de Raccordement et d'Abonnement au Réseau Naxoo a la teneur suivante : « *L'Installation Intérieure d'Immeuble doit être conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo, qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place [...]* ».

258. Cette teneur était présente en tout cas en 2009 et en 2015 dans les Conditions Générales de Raccordement, et donc vraisemblablement durant toute cette période.³⁵⁸

A.4.2.3.4 Dans les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales)

a. Remarque générale

259. Selon Naxoo, aucune clause des Contrats de modernisation ne prévoit une exclusivité d'usage au bénéfice de Naxoo. En revanche selon elle, le contrat prévoit qu'aucun tiers ne peut accéder aux installations intérieures d'immeuble « *sauf accord préalable de [Naxoo]* ». Naxoo ajoute que cette disposition de nature juridique et technique (responsabilité et origine des pannes) permettrait en théorie à Naxoo de s'opposer à ce qu'un tiers utilise les installations intérieures d'immeuble dont elle aurait financé la modernisation, puisque toute utilisation de ces installations présuppose un accès auxdites installations. Afin de lever tout doute à cet égard, Naxoo aurait clarifié ce point dans sa version la plus récente du Contrat de modernisation des IDI (coaxiales). En d'autres termes, selon Naxoo, le propriétaire d'immeubles demeurerait libre de résilier le Contrat de modernisation ou d'utiliser les

³⁵³ A 115, p. 7.

³⁵⁴ A 115, annexe 28.

³⁵⁵ A 115, annexe 25.

³⁵⁶ Il semble que le terme *abonnement* ait été remplacé par *raccordement* dans les contrats plus récents.

³⁵⁷ A 115, annexe 25, contrats des 8.10.2013 et 11.11.2013.

³⁵⁸ A 1, annexe 9 ; A 115, annexes 26a à c.

installations intérieures à d'autres fins que la seule transmission des signaux du Réseau Naxoo, moyennant indemnisation de Naxoo pour les investissements réalisés.³⁵⁹

260. Naxoo indique que le premier Contrat de modernisation sous Contrat de raccordement collectif a été signé le [...]. Le premier Contrat de modernisation sous Contrat de raccordement individuel a été signé le [...].³⁶⁰

b. Documentation publicitaire de janvier 2015

261. La documentation publicitaire du Contrat de modernisation de Naxoo contient la mention suivante : « *Le Contrat de Modernisation des installations de distribution intérieures d'immeubles (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, [Naxoo] 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* ». ³⁶¹

c. Contrat de modernisation des IDI coaxiales

262. Dans les Contrats de modernisation des IDI coaxiales transmis par Naxoo³⁶², il est indiqué en préambule que par *Services*, on entend les services que Naxoo (ou ses cocontractants) fournit ou dont elle autorise l'accès, par contrat(s) séparé(s), directement ou indirectement, à ses clients.

263. Aux art. 1.1 et 1.2, Naxoo stipule qu'elle « *s'engage à fournir gratuitement au Propriétaire une opération de modernisation des Installations de l'Immeuble connectées au Raccordement, en conformité avec l'article 2 ci-dessous. En contrepartie de la modernisation des Installations de l'Immeuble, le Propriétaire s'engage envers [Naxoo] 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* » (mise en évidence par la COMCO).³⁶³

264. L'art. 1.6 stipule que « *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* » (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁴

265. L'art. 5.7 stipule que « *Pour le cas où [Naxoo] 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 présent contrat, [Naxoo] 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 [Naxoo] en conformité avec le présent article 5.6 ne donnera droit à aucun dédommagement. En outre, [Naxoo] 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* ». ³⁶⁵

266. L'art. 7.2 stipule que « *En outre, le Propriétaire et le Mandataire prennent chacun et tout particulièrement les engagements suivants dans le cadre du présent contrat de*

³⁵⁹ A 115, pp. 35 s.

³⁶⁰ A 115, réponse 49.

³⁶¹ A 53, annexe 3.

³⁶² A 115, annexes 33a.

³⁶³ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁴ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁵ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

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 [Naxoo] ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [Naxoo] 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 [Naxoo] et/ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [Naxoo] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations » (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁶

A.4.2.3.5 Dans les Recommandations techniques des IDI coaxiales

267. Datées de décembre 2015, des Recommandations techniques de Naxoo présentes au dossier et portant sur les IDI coaxiales mentionnent que « *Les équivalences de matériel sont acceptées pour autant qu'elles correspondent strictement aux exigences ; [Naxoo] se réserve le droit de refuser une installation qu'elle jugerait non conforme* ». ³⁶⁷

A.4.2.3.6 Conclusion intermédiaire en ce qui concerne les conditions commerciales problématiques

268. Il ressort premièrement des clauses 2.2 et 9.4 (teneur dès juillet 2015) des CRI, de la clause 2.3 des Conditions Générales de Raccordement et d'Abonnement au Réseau Naxoo (auxquelles semble vraisemblablement renvoyer l'art. 4 des Contrats de raccordement) ainsi que des Recommandations techniques de Naxoo que l'IDI coaxiale doit répondre aux propres spécifications techniques établies par Naxoo (voir à ce sujet N 234), qui se réserve en plus d'en approuver le schéma préalablement à sa mise en place. Cela lui permettrait le cas échéant de conserver un certain contrôle sur l'IDI coaxiale, respectivement d'exercer si nécessaire une pression sur les propriétaires en s'appuyant sur la CRI. Il revient à Naxoo de faire une application conforme à la LCart de ces dispositions.

269. Ensuite, il ressort de la clause 9.4 (teneur jusqu'en juillet 2015, grande partie de la période visée par l'enquête) et 5.7 des Contrats de modernisation des IDI coaxiales que si l'IDI n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo, cette dernière s'autorise à résilier la CRI ou à suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection ou des accès individuels à l'IDI, ce qui entraînerait la coupure immédiate de tout ou partie des services fournis par Naxoo. Ces clauses sont pour le moins dissuasives pour les propriétaires d'immeubles, qui réfléchiront à deux fois avant de risquer la coupure du téléseuil dans leurs immeubles. A relever encore que l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo stipule le terme très général d'« installation intérieure » et ne tient ainsi compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble (N 71 ss), ni de la volonté des propriétaires.

270. Quant aux Contrats de modernisation des IDI coaxiales, la clause 1.6 prévoit que pour pouvoir bénéficier d'une modernisation des IDI coaxiales, celles-ci doivent être consacrées exclusivement aux services de Naxoo, ce qui exclut d'emblée tout tiers potentiel. L'art. 7.2 – sur le respect duquel Naxoo insiste particulièrement (voir par ex. art. 1.2) – prévoit également qu'aucun tiers ne peut accéder aux IDI coaxiales. La conclusion d'un Contrat de modernisation des IDI coaxiales avec Naxoo par les propriétaires d'immeubles leur ferme donc toute possibilité d'utiliser leurs IDI pour d'autres services (N 242).

271. Pour terminer, il convient de relever que fin 2001 déjà, Gératronic avait cherché à rendre Naxoo attentive au fait que son comportement pourrait contrevenir au droit de la concurrence : « *[Gératronic] a eu connaissance de certaines rumeurs faisant état de ce que [Naxoo] tenterait de se faire céder des droits d'usage exclusifs des systèmes de distribution à l'intérieur même des immeubles. [Gératronic] n'ose penser que telle est la volonté de [Naxoo].*

³⁶⁶ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁷ A 64, annexe 2 pour un exemple.

*Une telle démarche créerait en effet un monopole de fait en votre faveur, monopole constituant une violation grave aux règles de la libre concurrence ».*³⁶⁸

A.4.2.4 La stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques

A.4.2.4.1 La crainte que le télé-réseau soit coupé

272. Un jugement du Tribunal de première instance genevois du 14 janvier 2014 constate ce qui suit : *« Il résulte des audiences d'enquête [...] les éléments suivants : La société [...], active dans l'installation du câble et satellite, n'avait, entre 2004 et 2008, installé aucun système SUPERMEDIA en raison du litige existant entre Pascal EMERY et TELEGENEVE, 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 Pascal EMERY par crainte que le télé-réseau ne fût coupé »* (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁹

A.4.2.4.2 Le refus d'entretenir des relations commerciales

a. Le refus par principe

273. Le jugement du Tribunal de première instance genevois cité (N 272) a retenu dans sa partie en fait que *« Depuis le début de la commercialisation du système Supermédia en 2001, [Naxoo] a toujours refusé les propositions de collaboration de Gérardtronic qui souhaitait raccorder son système Supermédia au réseau du câble installé et exploité par [Naxoo] dans les immeubles situés en ville de Genève ».*³⁷⁰

274. Dans ses réponses du 24 juin 2013, Naxoo a indiqué en outre qu'*« au cas où le propriétaire ou gérant de l'immeuble aurait décidé de ne pas acheminer le signal de [Naxoo] aux habitants de l'immeuble, rien ne s'oppose à ce que le signal satellite capté par la technologie Supermédia soit injecté sur le réseau Inhouse de l'immeuble ».*³⁷¹ Naxoo pose ainsi *a contrario* le principe que si le propriétaire ou gérant de l'immeuble a décidé d'acheminer le signal de Naxoo via l'IDI coaxiale, cela s'oppose à ce que le signal satellite capté par la technologie Supermédia soit également injecté sur l'IDI coaxiale.

b. Courrier de Naxoo du 25 février 2013

275. Sur la base de sa CRI, Naxoo indique le 25 février 2013, dans un courrier adressé à Gérardtronic et portant sur les immeubles sis Rue Cramer à Genève, que *« [L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) 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 télé-réseau dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ».*³⁷² Cette réponse de Naxoo est donnée de façon péremptoire sans aucune considération du type de configuration envisagée dans l'immeuble (N 71 ss) ni de la volonté des propriétaires.

³⁶⁸ A 165, annexes 2, courrier du 6.12.2001.

³⁶⁹ A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 28.

³⁷⁰ A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 5.

³⁷¹ A 5, réponse 2.

³⁷² A 1, annexe 7.

c. Courrier de Naxoo du 27 mars 2013

276. Dans un courrier du 27 mars 2013 portant sur l'immeuble sis Rue Cramer à Genève, Naxoo a informé Gérardtronic que « [Naxoo] a déjà eu l'occasion d'indiquer à M. Pascal EMERY 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 [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne [...]. [Naxoo] n'a ainsi aucune raison de s'écarter de ses directives claires pour le raccordement au teleréseau qu'elle applique indistinctement à tous ses partenaires, dont M. Pascal EMERY ». ³⁷³

d. Courriers de Naxoo des 16 mai, 6 juin et 19 juin 2013

277. Dans un courrier du 19 juin 2013 adressé à [...] et portant sur les immeubles [...] Rue Cramer à Genève, Naxoo indique qu'« [j] 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 ». ³⁷⁴ Naxoo 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 » ». ³⁷⁵ Le courrier de Naxoo du 16 mai 2013 va également dans ce sens. ³⁷⁶

278. Dans un courrier du 8 avril 2013 adressé à Naxoo, [...] avait au préalable indiqué 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 ». ³⁷⁷

e. Courrier de Naxoo du 7 mars 2014

279. Dans un courrier plus récent du 7 mars 2014 adressé à Gérardtronic, portant l'en-tête « mise en service suspendue » et concernant l'immeuble sis Rue Abraham-Gevray à Genève, Naxoo indique que « nous vous informons qu'à ce jour, nous n'avons toujours pas reçu la Convention de Raccordement Immobilier 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 teleréseau ». ³⁷⁸ Une deuxième IDI coaxiale devra finalement être construite, et l'immeuble a été raccordé en 2016. ³⁷⁹

f. Courrier de Naxoo du 20 mai 2008

280. Dans un courrier déjà plus ancien du 20 mai 2008, adressé à l'agence immobilière [...] et concernant [...], Naxoo indiquait : [...]. ³⁸⁰ Ici également, Naxoo a souhaité obtenir l'exclusivité.

³⁷³ A 17, courrier annexé de Naxoo du 27.3.2013.

³⁷⁴ A 6, annexes 10.

³⁷⁵ A 6, p. 1 et annexes 10.

³⁷⁶ A 6, annexes 10.

³⁷⁷ A 6, annexes 10, courrier [...] du 8.4.2013.

³⁷⁸ A 23 et ses annexes.

³⁷⁹ A 198, N 16 et annexe 12.

³⁸⁰ A 91, annexe 20.

g. Courriers de Naxoo des 5 novembre 2001 et 2 avril 2002

281. Dans des courriers encore plus anciens de 2001 et 2002 qui portaient sur un hôtel particulier en Ville de Genève sis Rue Le-Fort, Naxoo a refusé à Gérardtronic de procéder à l'examen du schéma de l'IDI coaxiale dans un cas de réception simultanée « télé-réseau – réception satellite directe » (objet du courrier).³⁸¹

h. Conclusion intermédiaire

282. Ce qui précède démontre que Naxoo entend appliquer strictement ses CRI et Conditions générales, et qu'elle ne tolère pas la modification de celles-ci ou une absence de signature. En outre, le courrier du 25 février 2013 démontre que Naxoo considère le système Supermédia comme non conforme à ses prescriptions techniques. Il ressort également des différents courriers de Naxoo que ses réponses sont données de façon péremptoire sans prise en considération du type de configuration envisagée dans l'immeuble (N 71 ss) ni de la volonté des propriétaires. Cette manière de faire contraste avec celle adoptée après l'intervention des autorités de la concurrence (N 365 ss).

A.4.2.4.3 Le refus de valider des schémas d'installations

283. Dans un courrier du 25 février 2013 portant sur [...] Rue Cramer à Genève, Naxoo fait savoir à Gérardtronic que « *le couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services* » puis, plus loin, « *au vu de ce qui précède et du contenu actuel lacunaire de votre demande, 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 tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables* ». ³⁸²

284. Toujours pour le même immeuble, Naxoo indique dans un courrier du 17 mars 2013 adressé à Gérardtronic que « *le couplage de deux signaux sur la prise par laquelle est acheminé le signal télévisuel, ceci au moyen d'une installation non validée par [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne* ». ³⁸³ Naxoo se réserve ainsi unilatéralement le droit de valider ou non le schéma d'installation d'un système tiers par rapport au télé-réseau, ce qu'elle ne manque pas de rappeler encore une fois à Gérardtronic, cette fois en 2014 : « *Validation préalable des schémas techniques, et non simple information pour commentaires. Ma mandante n'entend pas modifier ses procédures actuelles du fait de l'installation d'un système tiers (exemple Supermédia) dans un immeuble. La même procédure sera appliquée par ma mandante, que ce système soit présent ou non dans un immeuble* ». ³⁸⁴

285. Dans un courrier du 27 mars 2013 finalement, Naxoo indique à nouveau à Gérardtronic que « *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 [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne* ». ³⁸⁵

³⁸¹ A 165, réponse 1b et annexes 2, 4 et 5, consid. 29 ; A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 6 ; voir aussi A 139.

³⁸² A 1, annexe 7.

³⁸³ A 17, courrier du 27.3.2013.

³⁸⁴ A 52, annexe E, courriel du 28.11.2014.

³⁸⁵ A 17, courrier annexé de Naxoo du 27.3.2013.

286. Le 24 mars 2014 et alors que l'observation de marché était déjà en cours, Naxoo persistait à vouloir valider ou non les schémas de raccordement.³⁸⁶ Il en va de même dans un courriel de Naxoo du 28 novembre 2014 adressé à Gérardtronic dans le cadre d'une tentative de trouver un accord sur demande du Secrétariat.³⁸⁷

287. Naxoo se réserve ainsi le droit de décider si l'installation intérieure est conforme à ses propres spécifications techniques. Cela lui permet d'écarter n'importe quel tiers de l'IDI coaxiale sous prétexte qu'elle ne peut valider le schéma de l'installation.

A.4.2.4.4 Les tentatives d'intimidation

288. Le dossier contient un courriel du 23 avril 2015 adressé à Naxoo par le directeur de la société DISTRIBUTION SATELLITE SA (ci-après : DSAT SA). Ce courriel contient notamment le passage suivant : « *Je me permets de revenir sur nos discussions téléphoniques de hier. Je voudrais vraiment garder de bonnes collaborations entre Naxoo et DSAT et trouve vraiment regrettable que vous vouliez les interrompre aussi brutalement à cause de la seule présence de M. EMERY au C.A. de DSAT qui semble vous poser un problème. M. Emery 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 M. Emery* ». ³⁸⁸

289. Il semble ainsi que Naxoo ait voulu interrompre sa collaboration avec DSAT SA uniquement en raison de la présence du fondateur de Gérardtronic, Pascal Emery, dans son conseil d'administration. Cela laisse penser à des pressions de Naxoo sur DSAT SA.

290. A ce qui précède s'ajoute le cas suivant, à savoir que le 5 août 2016 et pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES, M. Morales a déclaré que « *lors d'une réunion qui s'est tenue dans mon bureau chez EGG-TELSA en présence de [...] [de Naxoo] m'avait très clairement indiqué qu'il considérait que j'avais un parti pris pour M. Emery et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre NAXOO et EGG-TELSA et qui représentait un chiffre d'affaires important* ». ³⁸⁹

291. Ici encore, Naxoo a semblerait-il laissé entendre qu'il valait mieux pour l'entreprise concernée de prendre parti pour Naxoo plutôt que pour Gérardtronic, sous peine de perdre un important partenaire commercial.

A.4.2.4.5 La condamnation pour concurrence déloyale

292. Le 17 avril 2008, les organes dirigeants de Naxoo ont été définitivement condamnés pour concurrence déloyale envers Gérardtronic.³⁹⁰

293. Fin 2004, des collaborateurs de Naxoo avaient en effet envoyé notamment à une régie immobilière un courrier indiquant que le système Supermédia « *pousse le client à aller chercher à l'étranger des cartes d'abonnement aux chaînes de péage et donc d'agir en toute illégalité vis-à-vis du droit suisse. Etant [garant] d'une certaine éthique commerciale, [Naxoo ne peut] donc pas valider cette démarche* ». Le courrier précisait en outre que les installations

³⁸⁶ A 26, p. 1.

³⁸⁷ A 52, annexe E.

³⁸⁸ A 62, annexe C.

³⁸⁹ A 154, réponse 3a.

³⁹⁰ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008 ; voir aussi A 91.

de Gérardtronic occasionnaient un surcoût non négligeable, un plus grand risque de pannes au vu de leur complexité et qu'elles étaient susceptibles de devenir rapidement obsolètes.³⁹¹

294. Par son arrêt, le TF a confirmé la condamnation du directeur général, du directeur général adjoint et du responsable du service client de l'époque de Naxoo pour concurrence déloyale au sens de l'art. 23 LCD³⁹².

295. Le TF 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'entreprise A. [Gératronic] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché, étant rappelé pour le surplus qu'il n'est pas nécessaire que l'intimé subisse un dommage. Il suffit effectivement, comme en l'occurrence, que les allégations incriminées soient aptes à influencer la concurrence (cf. arrêt 6S.858/1999 du 16 août 2007 consid. 7b/dd). Dès lors, l'autorité cantonale n'a pas violé le droit fédéral en admettant que les courriers des recourants aient eu une influence sur le fonctionnement du marché au sens de la LCD* ». ³⁹³

A.4.2.4.6 Résumé des chantiers sur lesquels Naxoo a posé des difficultés

296. Sur demande du Secrétariat,³⁹⁴ Gérardtronic a dressé une liste des chantiers sur lesquels l'installation du système Supermédia a été entravée ou a fait l'objet de tentatives d'entraves.³⁹⁵ Ces différents cas sont mentionnés et détaillés ci-après, et les pièces au dossier permettant de les étayer sont systématiquement mentionnées en notes de bas de page :

297. [...] Rue Cramer, Genève. Selon M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES, Naxoo aurait refusé de raccorder les immeubles au téléseu en raison de la présence du système Supermédia, respectivement si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée.³⁹⁶ Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo indique que le raccordement au téléseu aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique présenté par Gérardtronic³⁹⁷. Le système Supermédia a pu être installé au final, et une antenne TNT a été installée à la place du téléseu de Naxoo.³⁹⁸ L'immeuble n'a toutefois pas été raccordé au téléseu de Naxoo,³⁹⁹ contrairement à ce que souhaitait le maître d'ouvrage.⁴⁰⁰

298. Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, Genève. Naxoo a refusé de raccorder l'immeuble en raison de la présence du système Supermédia en parallèle. Elle déclarait elle-même : « *[Naxoo] refuse de connecter le téléseu sur les boîtiers proposés par GERATRONIC - PASCAL EMERY en raison notamment du risque de piratage et des risques d'interférences* ». ⁴⁰¹ Une négociation de longue haleine s'en est suivie entre l'entreprise générale de construction et Naxoo. Naxoo a fini par saisir la justice en 2008 avec une action en cessation du trouble à l'encontre du propriétaire et de Pascal Emery, action qui n'aurait pas

³⁹¹ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. B ; A 91, annexe 18 pièce 8, courrier de Naxoo du 9.12.2004.

³⁹² Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

³⁹³ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

³⁹⁴ A 141, questions 1 à 3.

³⁹⁵ A 165, réponses 1 à 3 et annexes mentionnées.

³⁹⁶ A 154, réponse 3a.

³⁹⁷ A 198, N 390.

³⁹⁸ A 1, annexes 7 à 9 ; A 6 et annexes ; A 165, réponse 1a.

³⁹⁹ A 198, N 16 et 392.

⁴⁰⁰ A 6, annexes 10.

⁴⁰¹ A 165, annexe 5, consid. 29.

abouti selon Gérardtronic. Il se serait agi ici du premier marché pour le système Supermédia.⁴⁰² En fin de compte, l'immeuble a été raccordé au télé-réseau au plus tard en 2006,⁴⁰³ en parallèle au système Supermédia.⁴⁰⁴ Le satellite et le télé-réseau utilisent une seule IDI coaxiale.⁴⁰⁵ Cet immeuble a été examiné dans le cadre de l'expertise privée déposée par Naxoo (N 342).

299. Immeubles sis Route de Malagnou, Genève. Le système Supermédia a été dénigré dans le cadre de ce chantier par les responsables de Naxoo, ce qui a provoqué une procédure pénale à l'encontre de Naxoo (N 292 ss). Le système Supermédia a été installé en fin de compte, et l'immeuble a été raccordé au télé-réseau en 2004.⁴⁰⁶ Toutefois, deux IDI coaxiales distinctes ont dû être construites.⁴⁰⁷

300. Rue Abraham-Gevray, Genève. Gérardtronic indique que le propriétaire avait initialement refusé de signer les CRI de Naxoo vu les clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale qui avaient été présentées par Naxoo au maître d'œuvre ou au bureau d'ingénieurs chargé du chantier. Vu le refus de Naxoo de revoir sa position, Gérardtronic a procédé à l'installation de la TNT à ses propres frais.⁴⁰⁸ L'immeuble a par la suite été raccordé au télé-réseau en 2016 suite à la signature de la CRI par le propriétaire.⁴⁰⁹ Toutefois, deux IDI coaxiales distinctes ont dû être construites dans cet immeuble.⁴¹⁰

301. Résidence [...]. Cette résidence représente plusieurs centaines d'appartements (au minimum 400). Ces immeubles n'ont pas été raccordés au télé-réseau (voir N 280).⁴¹¹ Dans sa prise de position,⁴¹² Naxoo a indiqué que ce projet était particulier en ce sens qu'il se situait en dehors de la zone desservie par Naxoo, et qu'amener le réseau jusqu'à [...] aurait dès lors été un projet hors normes. Ce raccordement aurait selon Naxoo demandé des investissements très importants liés à l'éloignement géographique de cette résidence avec le tracé existant du réseau de Naxoo. Dans ces circonstances, Naxoo ne pouvait selon elle espérer avoir un retour sur investissement que si une majorité de résidents décidaient de s'abonner auprès de Naxoo. Or, [...], et Naxoo aurait par conséquent décidé de retirer son offre. Rien ne permet toutefois de vérifier les dires de Naxoo.

A.4.2.5 Recommandations du Secrétariat dépourvues d'effet

302. Le 6 août 2013, le Secrétariat a invité Naxoo à négocier jusqu'au 6 septembre 2013 une solution afin d'opérer la technologie Supermédia en parallèle aux services que Naxoo fournit à ses clients.⁴¹³

303. Le 3 septembre 2013, Naxoo a tout d'abord fait valoir un contentieux avec Gérardtronic, étranger au droit de la concurrence. Elle a ensuite indiqué vouloir « poursuivre la réflexion » et « étudier les accords existants entre Gérardtronic et UPC », tout en requérant divers

⁴⁰² A 17, jugement du 14.1.2014 annexé, consid. 6 ; A 165, réponse 1b et annexes 4 et 5 ; voir aussi A 139.

⁴⁰³ A 198, N 16 (2006) et N 399 (2004).

⁴⁰⁴ A 17, jugement du 14.1.2014 annexé, consid. 6 ; voir aussi A 139.

⁴⁰⁵ A 198, N 16 et 395.

⁴⁰⁶ A 198, N 16 et 403.

⁴⁰⁷ A 198, N 16 et 402.

⁴⁰⁸ A 27, p. 3 ; A 165, réponse 1d et annexe 7 ; voir aussi A 139.

⁴⁰⁹ A 198, N 16 et 405.

⁴¹⁰ A 198, N 16.

⁴¹¹ A 91, réponse B12 et annexe 20 ; A 165, réponse 1e et annexe 8 ; A 198, N 407.

⁴¹² A 198, N 343 ss.

⁴¹³ A 7.

documents de la part du Secrétariat.⁴¹⁴ En réalité, Naxoo n'a donné aucune suite au courrier du Secrétariat du 6 août 2013.

304. Le Secrétariat a relancé Naxoo le 27 septembre 2013, avec délai au 17 octobre 2013.⁴¹⁵

305. Le 17 octobre 2013 et en substance, Naxoo a indiqué que « *[/]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 Gératronic* ». ⁴¹⁶

306. Ce qui précède n'est qu'un premier exemple de l'attitude de Naxoo jusqu'à l'ouverture de l'enquête préalable le 29 janvier 2015, qui visait essentiellement à gagner du temps. Cela est notamment illustré par le courrier de Naxoo du 7 mars 2014 mentionné ci-dessus (N 279), duquel ressort que Naxoo entendait continuer à appliquer strictement sa CRI, malgré l'intervention régulière du Secrétariat dès le 31 mai 2013.⁴¹⁷

307. Le 6 mars 2014, le Secrétariat a invité Naxoo à informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représente pas un cas d'application de l'art. 9.4 (i) de la CRI, pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par Naxoo. Le Secrétariat a précisé que pour autant qu'une telle confirmation soit donnée aux propriétaires qui veulent utiliser le système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, il ne considère pas qu'une action immédiate soit indiquée.⁴¹⁸

308. Par courrier du 24 mars 2014, Naxoo a indiqué notamment qu'elle comprenait du courrier du Secrétariat qu'elle devait pouvoir poser 3 exigences en présence d'un système tiers parallèle (p. 1 dernier paragraphe). En page 2, elle pose 4 nouvelles exigences afin qu'elle puisse, selon elle, offrir un service de qualité à ses clients, puis elle pose 4 obligations que la CRI devrait intégrer à la charge des propriétaires d'immeubles ou de leurs mandataires désireux d'utiliser la même IDI coaxiale pour véhiculer deux signaux distincts sur un même support. Finalement, Naxoo propose d'intégrer un addendum à la CRI visant « *à garantir aux propriétaires d'immeubles une information transparente et claire quant aux modalités et conséquences de l'exploitation d'un même support pour le transport de signaux parallèles, tout en attribuant clairement les responsabilités entre notre société et le propriétaire d'immeuble [...]* ». Ledit addendum n'a toutefois pas été intégré.⁴¹⁹

309. Ainsi, alors que le Secrétariat demandait par courrier du 6 mars 2014 une action précise de la part de Naxoo, celle-ci pose à l'inverse 7 exigences en sa faveur et 4 obligations à la charge des propriétaires d'immeubles ou de leurs mandataires, alors que c'est bien elle qui était visée par l'observation de marché. Cela s'apparente à un comportement dilatoire qui visait à maintenir le *statu quo*.

310. Les échanges de courriers qui ont suivi⁴²⁰ n'ayant aucunement fait avancer la situation, le Secrétariat a fixé un délai au 28 novembre 2014 pour que Naxoo et Gératronic trouvent un accord sur la façon de faire cohabiter les deux systèmes. Il a été expressément précisé que si Naxoo devait s'obstiner à s'opposer à l'exploitation en parallèle des deux systèmes – notamment en fixant des conditions techniques inutiles ou en menaçant de

⁴¹⁴ A 9.

⁴¹⁵ A 10 et 11.

⁴¹⁶ A 12.

⁴¹⁷ A 2, 7, 10, 11, 16 et 21.

⁴¹⁸ A 21.

⁴¹⁹ A 26.

⁴²⁰ A 28, 29, 30, 31, 32, 33, 39 et 40.

désactiver son propre service en cas d'installation d'un service tiers comme Supermédia – le Secrétariat envisagerait l'ouverture d'une enquête préalable.⁴²¹

311. Suite à l'absence d'accord dans le délai fixé (qui avait été prolongé),⁴²² le Secrétariat a ouvert une enquête préalable le 29 janvier 2015. Comme déjà indiqué, elle a été ouverte non pas uniquement en raison de l'absence d'accord – ce qui aurait sinon permis à Gératronic d'instrumentaliser la procédure dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête préalable –, mais principalement parce que les pièces transmises par Naxoo⁴²³ dans le délai fixé tendaient à démontrer que Naxoo n'avait pas l'intention de changer de pratique (par ex. maintien de l'approbation du schéma de raccordement, modification sur la forme de l'art. 9.4 de la Convention de raccordement qui ne règle pas le problème de fond de l'obligation des tiers de se conformer aux spécifications techniques de Naxoo, ou encore lettre visant à alarmer et décourager les propriétaires et à les détourner d'un système tiers).

A.4.2.6 Conclusions intermédiaires

312. Premièrement, il ressort de ce qui précède que Naxoo a dans un premier temps refusé à plusieurs reprises de raccorder des immeubles à ses services parce que le propriétaire de l'immeuble refusait de signer la Convention de raccordement qui contenait des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale, ou qui y renvoyait (Rue Abraham-Gevray, Genève) : « [...] le refus de notre société de raccorder l'immeuble en question est dû au refus du propriétaire d'immeuble de signer notre convention de raccordement, et non à la volonté d'installer le système Supermédia dans cet immeuble ».⁴²⁴ L'installation parallèle sur l'IDI coaxiale d'un système tiers entraine dans le cadre défini par la clause 9.4 de la Convention de raccordement (teneur jusqu'en juillet 2015)⁴²⁵ et aurait permis à Naxoo de résilier à sa discrétion la Convention ou de suspendre en tout ou partie ses services, ou simplement de refuser l'installation de ses services si l'installation d'un système tiers était envisagée ou que le service tiers était déjà présent. Naxoo considérait d'ailleurs sans équivoque que tout couplage des réseaux était exclu, et donnait même le cas du couplage avec le satellite en exemple : « Le couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services ».⁴²⁶

313. Deuxièmement, le dossier contient plusieurs exemples concrets et documentés ([...] Rue Cramer, Genève [N 297] / Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, Genève [N 298] / Immeubles sis Route de Malagnou, Genève [N 299] / Immeuble sis Rue Abraham-Gevray, Genève [N 300] / Résidence [...] [N 301]) pour lesquels Naxoo s'est opposée au raccordement en raison de la volonté des propriétaires d'installer également le satellite sur l'IDI coaxiale, et qui ne souhaitaient donc pas signer la Convention de raccordement de Naxoo qui contenait des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale. Ainsi, Naxoo s'est opposée à l'installation d'un système tiers parallèlement au télé-réseau notamment dans les immeubles sis Rue Cramer à Genève, en indiquant en particulier que « [L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du télé-réseau dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ».⁴²⁷ L'immeuble sis Rue

⁴²¹ A 41.

⁴²² A 43 à 53.

⁴²³ Documents annexés à l'A 49.

⁴²⁴ A 17, p. 5.

⁴²⁵ A 1, annexes 8.

⁴²⁶ A 1, annexe 7, p. 2.

⁴²⁷ A 1, annexe 7.

Cramer n'est pas raccordé au téléseu de Naxoo à ce jour.⁴²⁸ Quant aux immeubles sis Route de Malagnou et Rue Abraham-Gevray, les propriétaires ont été obligés de construire deux IDI coaxiales distinctes, suite à quoi les immeubles ont été raccordés.⁴²⁹

314. Naxoo ne s'oppose donc pas directement à l'installation d'un système tiers, mais refuse de raccorder les immeubles au téléseu si sa Convention de raccordement n'est pas signée valablement et sans modifications.⁴³⁰

315. Finalement, il convient de relever qu'il est impossible de déterminer précisément le nombre de cas pour lesquels un système tiers a été écarté au profit du téléseu de Naxoo. En d'autres termes, il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure la stratégie principale de Naxoo – consistant à menacer de ne pas contracter pour en fin de compte obtenir le raccordement de l'immeuble au téléseu au détriment de tout tiers – a porté ses fruits. En effet, Naxoo a un contact direct avec les régies de la place genevoise, les électriciens, les bureaux d'ingénieurs, et plus généralement tous les acteurs du marché en cause. Naxoo pouvait ainsi intervenir – que ce soit au stade de la définition du cahier des charges en amont de la construction, ou par la suite lors de la discussion des contrats – pour imposer des conditions obérant l'accès au marché pour des tiers comme Gérardtronic. En prenant en compte le nombre de clients atteints par Naxoo sur le marché genevois, Gérardtronic évalue à 9'000 au moins le nombre de raccordements potentiellement touchés par les actions de Naxoo.⁴³¹ Ce chiffre ne saurait être confirmé ou infirmé par l'enquête. Toutefois, le TF avait retenu en 2008 dans le cadre de son arrêt en matière de concurrence déloyale que « *plusieurs communes ont, suite aux courriers [de Naxoo], suspendu leur collaboration avec [Gératronic] jusqu'à droit jugé dans la présente cause. Or, cette suspension est objectivement de nature à désavantager [Gératronic] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché* ». ⁴³² Partant et même s'il est impossible de quantifier le phénomène, il peut être retenu que les conditions commerciales de Naxoo ont incité les propriétaires à ne pas contracter avec des fournisseurs de systèmes tiers comme Gérardtronic.

A.4.3 Gérardtronic

A.4.3.1 Remarques générales

316. Conformément aux indications de Gérardtronic, le chiffre d'affaires réalisé avec le système Supermédia de 2011 à 2015 est de [...],⁴³³ ce qui correspond à [...] du chiffre d'affaires total de Gérardtronic sur la même période ([...]).

317. Gérardtronic indique que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'a réalisé aucune recette avec le système Supermédia, sans toutefois préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.⁴³⁴ Les deux dernières installations du système Supermédia ont été celles sises Rue Cramer et Rue

⁴²⁸ A 198, N 16 et 392.

⁴²⁹ A 198, N 16 et 402.

⁴³⁰ Par ex. courrier de Naxoo du 16.5.2013, annexe 10 à l'A 6.

⁴³¹ A 165, réponse 2.

⁴³² Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

⁴³³ A 91, réponse B4 et annexe 2. Ce chiffre comprend tant les réalisations effectuées par Gérardtronic comme sous-traitant des entreprises générales d'électricité, que comme fournisseur de matériel pour d'autres installations.

⁴³⁴ A 91, réponses B3 et B4.

Abraham-Gevray à Genève. Gérardtronic n'aurait plus eu de commande depuis, à nouveau sans préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève.⁴³⁵

318. Dans le cadre de l'enquête, Gérardtronic a fourni la liste des installations Supermédia réalisées par ses soins, en précisant qu'elle ne pouvait donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle s'est bornée à fournir du matériel. Elle n'a connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires ou par Naxoo ou UPC en lien avec les installations Supermédia. Toutefois, l'installation réalisée au Chemin du Joran à Nyon aurait connu certains problèmes liés à l'existence simultanée d'une installation Supermédia et d'un système « à la carte, Démodulé & Remodulé » souhaité par le client.⁴³⁶

319. Dans sa prise de position, Naxoo indique que Gérardtronic n'a pas établi les efforts promotionnels effectués aux fins de promouvoir le système Supermédia.⁴³⁷ La promotion d'un tel système ne se fait toutefois 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, comme l'a indiqué M. Emery lors de son audition.⁴³⁸ Le dossier contient d'ailleurs des fiches publicitaires portant sur le système Supermédia.⁴³⁹

A.4.3.2 L'anticipation de l'évolution technique par Gérardtronic

320. Le 15 septembre 2014, Gérardtronic indiquait au Secrétariat que « *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 5 à 860 MHz. M. Emery ayant d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des téléseaux* ». ⁴⁴⁰

321. Le 9 décembre 2014, Gérardtronic indiquait à UPC que « *[m]es produits « SUPERMEDIA » étant déjà compatibles 1'200 MHz, il ne devrait pas y avoir de problème de notre côté* ». ⁴⁴¹ Cette compatibilité est également présente dans les fiches publicitaires de Gérardtronic pour le système Supermédia. ⁴⁴²

322. Le 2 mai 2016, Gérardtronic a indiqué ce qui suit : « *Afin d'anticiper l'évolution prévue de la gamme des fréquences, M. EMERY, déjà en 2011, a pris contact avec UPC Cablecom sur ce sujet, M. EMERY s'est attelé à la problématique du changement de fréquence [...]* ». ⁴⁴³

323. Ainsi et selon ce qui précède, Gérardtronic procéderait régulièrement à des adaptations techniques de son matériel, en particulier afin d'anticiper un éventuel futur chevauchement de fréquences sur l'IDI coaxiale. Un risque de chevauchement avec les fréquences utilisées par le téléseau semblerait donc exclu vu que Gérardtronic est consciente des besoins du téléseau et de l'extension de la gamme de fréquences utilisée.

324. A toutes fins utiles, il peut encore être indiqué que si la limite des fréquences exploitables devait un jour être atteinte sur le réseau coaxial, il s'agira alors de déterminer si les exploitants du téléseau en position dominante peuvent simplement prétendre à l'utilisation de la totalité de la gamme de fréquences disponible, à l'exclusion de tout tiers, ou

⁴³⁵ A 165, réponse 4.

⁴³⁶ A 91, réponse B5 et annexe 4.

⁴³⁷ A 198, N 444.

⁴³⁸ A 219, I. 196 ss.

⁴³⁹ A 91, annexes 10.

⁴⁴⁰ A 39.

⁴⁴¹ A 64, annexe 4.

⁴⁴² A 91, annexes 10.

⁴⁴³ A 91, réponse B6b.

si leur liberté économique devra être limitée par une réglementation de l'utilisation de la gamme de fréquences disponible, en application de la LCart.

325. Dans sa prise de position, Naxoo renvoie principalement à son expertise privée, qui est examinée plus loin dans la présente décision (N 340 ss).⁴⁴⁴ A relever toutefois que selon Naxoo, l'expertise privée mettrait en évidence une incompatibilité du système Supermédia avec le télé-réseau en cas d'augmentation de la gamme de fréquences,⁴⁴⁵ ce qui suppose *a contrario* que pour la période visée par l'enquête et vu qu'aucune augmentation de la gamme de fréquences n'a encore eu lieu à ce jour (N 342), le système Supermédia ne serait pas incompatible avec le télé-réseau. Or, c'est bien la période visée par l'enquête qui est déterminante, et non pas une éventuelle évolution future que Naxoo elle-même n'a jamais datée précisément.

A.4.3.3 La question du coût d'une deuxième IDI coaxiale

326. Au cours de l'enquête préalable, le Secrétariat a demandé à Naxoo de chiffrer les coûts moyens, pour le propriétaire et par ménage, de l'installation d'un nouveau câblage coaxial interne et distinct allant de la boîte d'injection jusqu'aux prises des consommateurs. Naxoo a indiqué que la construction d'une colonne montante ainsi que d'une liaison jusqu'au logement coûte en moyenne environ [...] HT par UH.⁴⁴⁶

327. Le 5 août 2016, pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES et en ce qui concerne les immeubles sis Rue Cramer à Genève, M. Morales a déclaré que « *sur le principe, et en tant que représentant d'EGG-TELSA, je n'avais naturellement aucune objection à installer un deuxième réseau intérieur, mais cela renchérisait très sensiblement le projet, ce à quoi le maître de l'ouvrage s'est refusé* ». ⁴⁴⁷

328. Il résulte de ce qui précède que la construction d'une seconde IDI coaxiale entraîne un renchérissement sensible du projet de construction, renchérissement qui n'est pas utile dans certaines configurations (N 71).

A.4.4 Examen de la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers

A.4.4.1 Les différentes déclarations jusqu'à la proposition du Secrétariat

A.4.4.1.1 Déclarations de Gérardtronic

329. Dans des courriers adressés à Naxoo les 6 juillet et 9 novembre 2012, Gérardtronic indique que « l'exécution en mode Supermédia » sera compatible avec le triple play.⁴⁴⁸

330. Le 8 avril 2013, Gérardtronic a indiqué que le système Supermédia était compatible avec le télé-réseau (distribué par câble coaxial 75 ohms).⁴⁴⁹

331. Le 2 mai 2016, Gérardtronic a indiqué qu'elle n'avait connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires ou par Naxoo ou encore UPC en relation avec les installations du système Supermédia.⁴⁵⁰

⁴⁴⁴ A 198, N 460 ss.

⁴⁴⁵ A 198, N 461.

⁴⁴⁶ A 56, réponse 8.

⁴⁴⁷ A 154, réponse 3a.

⁴⁴⁸ A 17, courrier annexé du 9.11.2012 ; A 19, annexe 1.

⁴⁴⁹ A 1, N 6.

⁴⁵⁰ A 91, réponse B5.

A.4.4.1.2 Déclarations de Naxoo

332. Le 24 juin 2013, Naxoo a déclaré que « *Nous 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* ». ⁴⁵¹

A.4.4.1.3 Déclarations d'UPC

333. Par courrier du 23 mai 2005, UPC a indiqué à Gérardtronic que le système Supermédia a été étudié par le département qualité d'UPC, et qu'il en est ressorti que le concept peut être adjoint à des raccordements télé-réseau sur les réseaux d'UPC. ⁴⁵²

334. Le 29 janvier 2013, devant le Tribunal civil de première instance à Genève, un collaborateur d'UPC a déclaré en audience qu'« *entre 2005 et 2008 je n'ai pas eu connaissance d'éventuels problèmes techniques en lien avec le système Supermédia* ». ⁴⁵³

335. Le 21 juin 2013, UPC a indiqué que « *In den Installationen wo Supermediadosen zum Einsatz kamen, ist es bis anhin zu keinen besonderen technischen Schwierigkeiten gekommen* ». ⁴⁵⁴

A.4.4.1.4 Déclarations de tiers

336. Le 5 août 2016 et pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES, M. Morales a déclaré que « *je n'ai jamais entendu que des problèmes techniques aient été rencontrés avec le télé-réseau par cause du système Supermédia. Au contraire, pour avoir collaboré avec l'entreprise GERATRONIC Pascal EMERY sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents – en dehors de la zone du télé-réseau de Naxoo, mais concurremment avec la TNT ou encore d'autres télé-réseaux –, 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 »* ». ⁴⁵⁵

337. Le 1^{er} septembre 2016, la régie [...] (une quarantaine d'appartements sous gestion disposant du système Supermédia) a déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia. ⁴⁵⁶

338. Le 12 septembre 2016, la société Egg-Telsa SA – qui a installé des systèmes Supermédia avec Gérardtronic comme sous-traitant – a indiqué qu'elle n'avait aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système. ⁴⁵⁷

339. Le 14 septembre 2016, la régie [...] (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. ⁴⁵⁸

⁴⁵¹ A 5, réponse 3.

⁴⁵² A 1, annexe 5.

⁴⁵³ A 6, annexe 12.

⁴⁵⁴ A 4.

⁴⁵⁵ A 154, réponses 12 à 15.

⁴⁵⁶ A 159, réponse 14.

⁴⁵⁷ A 162, réponses 4b et 4c.

⁴⁵⁸ A 166, réponses 12, 14 et 16.

A.4.4.2 L'expertise privée déposée par Naxoo

340. Avec sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a déposé une expertise privée datée du 9 octobre 2017 et réalisée par la société MassTechnik GmbH.⁴⁵⁹ Cette expertise privée a fait l'objet d'un complément le 17 novembre 2017.⁴⁶⁰ Ces deux documents ainsi que leurs annexes respectives composent ce qui est appelée « l'expertise privée » dans la présente décision. L'expertise privée a pour titre *Übertragungswege DVB-C/DVB-S/DVB-IPTV und deren Kombination und Verwendung in Hausverteilanlagen von HFC-Kabelkommunikationsnetzen*.

341. Trois immeubles ont été examinés à Genève par l'expert, situés Rue François-Le-Fort, Boulevard de tranchées et Route de Malagnou.⁴⁶¹

A.4.4.2.1 Remarques générales tirées de l'expertise privée

342. Les éléments suivants peuvent être mis en évidence des titres 1 à 12.1 de l'expertise privée :

- Les signaux satellitaires utilisent la bande de fréquences 950 à 2'150 MHz (p. 2) ;
- Les signaux du téléseu utilisent la bande de fréquences 5 à 65 MHz (canal retour ou canal montant) et 65 à 860 MHz (voie descendante ou canal descendant). C'est le cas actuellement et également pendant la période visée par l'enquête (p. 2), ce qui est confirmé par Naxoo⁴⁶² ;
- Dans le futur mais sans que ne soit précisé quand, la bande de fréquences du téléseu sera étendue à 1'200 MHz (0 à 200 MHz pour le canal retour) dans le cadre de la modernisation du téléseu, ce qui provoquera un chevauchement des fréquences entre 950 et 1'200 MHz si les signaux du satellite et du téléseu sont mixés sur une même IDI coaxiale. Ce chevauchement pourrait provoquer des difficultés difficiles à gérer sur le plan technique (pp. 2 et 3) ;
- Pour des motifs historiques, les bâtiments existants sont le plus souvent équipés de deux IDI différentes, soit une IDI coaxiale et une IDI cuivre (p. 5) ;
- Dans les nouvelles constructions, les IDI coaxiales et les IDI cuivre sont en règle générale distribuées en étoile. La technologie satellitaire n'est installée que sporadiquement dans les nouvelles constructions. Le cas échéant, elle fait l'objet d'une distribution séparée, en étoile (p. 7) ;
- Les IDI coaxiales sont de la propriété du propriétaire d'immeuble, mais sont construites, entretenues et exploitées sous la responsabilité du câblo-opérateur. Les IDI fibre optique sont construites, entretenues et exploitées soit par Swisscom, soit par un de ses partenaires (p. 8) ;
- Toutes les installations doivent être construites selon les directives de l'exploitant et doivent respecter les prescriptions relatives aux installations électriques à basse tension. Si cela n'est pas le cas, l'exploitant peut refuser la diffusion de ses propres services. L'expertise privée renvoie ici à son chapitre 6 « Réglementations et directives », qui ne contient toutefois aucune mention de directives ou spécifications techniques spécifiques à Naxoo ou plus généralement au câblo-opérateur concerné (p. 8) ;

⁴⁵⁹ A 199, annexe 3.

⁴⁶⁰ A 217, annexe 2.

⁴⁶¹ Les adresses précises sont indiquées dans l'expertise et connues de la COMCO.

⁴⁶² A 222, réponse 3, p. 4.

- Selon l'expertise privée, l'utilisation de l'IDI coaxiale par une installation satellitaire est appropriée seulement si l'IDI coaxiale est configurée en étoile (p. 8) ;
- Les conditions techniques ne sont pas données pour un mixage de deux signaux différents sur une IDI cuivre (p. 8) ;
- La diffusion du téléseuil et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable seulement à des conditions techniques délicates et nécessite une concertation étroite entre les différents prestataires ainsi que l'utilisateur. De façon générale, il est techniquement difficile d'utiliser conjointement sur une même IDI coaxiale les signaux du téléseuil et ceux du satellite (p. 9) ;
- Plusieurs immeubles ont été visités par l'expert, accompagné par Naxoo. Les mesures de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort, qui constitue le mixage le plus critique techniquement selon l'expertise privée, ont été effectuées par Naxoo. L'expert privé a ainsi examiné des mesures qu'il n'a pas prises lui-même (p. 10 et annexe 6 à l'expertise privée).

A.4.4.2.2 Analyse de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort à Genève

343. Les éléments suivants peuvent être mis en évidence du titre 12.2 de l'expertise privée :

- Il s'agit d'une configuration A (N 72),⁴⁶³ soit 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) ;
- L'installation n'est pas compatible avec la future extension de la bande de fréquences du téléseuil à 1'200 MHz (p. 12) ;
- En cas de perturbations, le câblo-opérateur n'est pas en mesure d'entretenir les appareils nécessaires au mixage (p. 12) ;
- Le canal retour (*Upstream*) n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure, les services interactifs du câblo-opérateur comme Internet ne peuvent plus être prestés (p. 14).

344. Il y a lieu de préciser que le client de cet immeuble donné en exemple par Naxoo qui a eu des problèmes avec les services à valeur ajoutée du téléseuil (box Horizon) disposait d'une prise à deux trous,⁴⁶⁴ alors que Gérardtronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques.⁴⁶⁵

A.4.4.2.3 Analyse de l'immeuble situé Boulevard des tranchées à Genève

345. Du titre 12.3 de l'expertise privée, les éléments suivants peuvent être mis en évidence :

- Il s'agit d'une configuration B (N 73), à savoir que les deux signaux ne sont pas mélangés dans cet immeuble, et une utilisation simultanée du téléseuil et du satellite n'est pas possible pour le client, qui doit opérer un choix (p. 15) ;

⁴⁶³ A 217, annexe 2, pp. 2 et 3.

⁴⁶⁴ A 212, p. 1 et annexe 2, p. 2 (« 2 holes socket »).

⁴⁶⁵ A 57 ; A 219 I. 135 et 143 s.

- L'IDI coaxiale est configurée en étoile (un câble coaxial par appartement), et au niveau du local technique, alternativement le télé-réseau ou le satellite peut être envoyé sur chaque « branche du réseau en étoile » qui s'étend jusqu'à chaque logement (p. 15) ;
- Les clients raccordés au télé-réseau 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).

A.4.4.2.4 Analyse de l'immeuble situé Route de Malagnou à Genève

346. Du titre 12.4 de l'expertise privée, les éléments suivants peuvent être mis en évidence :

- Il s'agit d'une configuration C (N 74), à savoir que le signal du télé-réseau 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 télé-réseau et des signaux du satellite au niveau du local technique (p. 17).

A.4.4.2.5 Complément d'expertise privée du 17 novembre 2017

347. Les réponses de Gératronic du 6 novembre 2017 au questionnaire du 27 octobre 2017 ont été confrontées à l'expert privé par Naxoo.⁴⁶⁶ Celui-ci a précisé ce qui suit :

- Ainsi qu'il l'a décrite dans son expertise privée du 9 octobre 2017, une utilisation parallèle sous certaines conditions techniques particulières du signal satellitaire pur et du signal du télé-réseau 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) ;
- Le double usage d'un câble coaxial avec différents standards DVB est toujours complexe, que cela soit en pratique et en lien avec le cas d'espèce (p. 3) ;
- Chaque installation est différente et avant toute mise en service, de telles installations complexes sur le plan technique doivent être vérifiées et activées par le câblo-opérateur en présence de l'installateur, avec l'aide du schéma d'installation actualisé. Ces contrôles et exigences techniques sont absolument nécessaires, vu que le câblo-opérateur devra assurer le support technique en cas de perturbations de ses services. S'il ne peut pas le faire, il perd le client final ou ne peut pas lui fournir ses services (pp. 3 s.) ;
- Contrairement à ce qu'il mentionnait le 9 octobre 2017,⁴⁶⁷ l'expert privé indique le 17 novembre 2017 qu'un chevauchement des fréquences pourrait intervenir dès 900 MHz, et non plus dès 950 MHz (p. 4) ;
- L'expert privé met en évidence l'installation illogique que représente une configuration E (N 76), à savoir que les signaux du télé-réseau et du satellite provenant de deux câbles coaxiaux différents sont mixés dans le local technique situé au niveau de chaque appartement, pour être séparés à nouveau juste après à l'aide d'une prise Supermédia prévue pour un seul câble coaxial. Les signaux pourraient être fournis au client à l'aide d'une prise adaptée, sans être mixés au préalable, ce qui ne représente pas un système révolutionnaire et serait utilisé depuis des années selon l'expert privé (p. 5) ;
- Si l'IDI coaxiale est configurée en étoile, l'expert indique qu'il est actuellement possible sans problème de switcher au besoin, au niveau du local technique de la cave, entre l'un ou l'autre signal distribué par un seul câble coaxial (« branches de l'étoile »)

⁴⁶⁶ A 208, réponses A.1 et A.2 ; A 217, annexe 2.

⁴⁶⁷ A 199, annexe 3, pp. 2 et 3.

jusqu'aux appartements respectifs. C'est la configuration B (N 73) qui se trouve dans l'immeuble sis Boulevard des tranchées à Genève (p. 5) ;

- Commentant le premier brevet de Gératronic (CH 699 157 B1), l'expert privé indique qu'en cas de mixage, la prise Supermédia faisant l'objet de ce brevet ne résoudrait par la problématique de la perturbation du canal retour ou de l'impossibilité de son utilisation par le câblo-opérateur (p. 6) ;
- La nouvelle demande de brevet de Gératronic (demande CH 709 225 A2) ne résoudrait pas le problème du chevauchement des fréquences au-delà de 1006 MHz et n'irait pas dans le sens de ce qui peut être attendu d'un réseau câblé moderne (p. 7) ;
- L'expert privé précise encore de façon générale que tant pour la prise brevetée (brevet CH 699 157 B1) que pour la nouvelle demande de brevet (demande CH 709 225 A2), un plombage de la prise n'est pas possible pour le câblo-opérateur (pp. 6 s.).

A.4.4.2.6 Appréciation de l'expertise privée

348. Comme indiqué en préambule de l'établissement des faits, une expertise privée a, en règle générale, une force probante moindre par rapport à une expertise ordonnée par l'autorité et n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire. Il y a en effet lieu de présumer que la partie va soumettre à son expert privé en priorité les éléments importants de l'état de fait litigieux selon sa propre perception subjective des faits (N 219).

349. L'expertise privée déposée par Naxoo n'échappe pas à ce travers. Premièrement et en particulier pour l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, les mesures ont été effectuées par Naxoo et non par l'expert,⁴⁶⁸ ce qui s'explique difficilement. En effet, Naxoo a eu près de trois mois de délai pour rédiger sa prise de position et aurait même déjà pu déposer une telle expertise privée au cours de l'enquête, vu les éléments sur lesquels elle porte. Dans tous les cas, un délai de trois mois semble suffisant pour demander à un expert de réaliser lui-même les mesures, d'autant plus qu'il s'est déplacé.⁴⁶⁹ A cela s'ajoute que l'expert privé indique que l'exécution des installations doit se faire selon les directives du câblo-opérateur,⁴⁷⁰ à savoir Naxoo, alors qu'il indiquait précédemment que sont pertinentes depuis des années et acceptées dans toute la branche en Suisse les directives de Suissedigital, de Swisscom ou encore du BAKOM.⁴⁷¹ Or, il est justement reproché à Naxoo que sur la base de ses propres considérations techniques (les « spécifications techniques établies par Naxoo »), celle-ci a notamment imposé ou cherché à imposer aux propriétaires les conditions commerciales portant sur la manière dont les IDI coaxiales devaient être réalisées et exploitées (N 498 ss). Partant, ces éléments mettent quelque peu en doute la probité de l'expertise privée déposée. Celle-ci reste toutefois substantiellement motivée et nuancée, raison pour laquelle on ne saurait d'emblée y dénier toute force probante.

350. Comme l'a indiqué Gératronic dans ses réponses du 6 novembre 2017, seule la configuration A (N 72) correspond au système Supermédia, respectivement au mixage sur une IDI coaxiale unique et au niveau du local technique du signal du télé-réseau, d'une part, et du signal du satellite, d'autre part. Il n'y a donc pas de mixage au niveau du local technique des deux signaux sur une IDI coaxiale unique dans les immeubles sis Boulevard des tranchées (configuration B) et Route de Malagnou (configuration C). Partant pour ces immeubles, respectivement pour ces configurations et comme l'indique expressément l'expertise privée, « *Teilnehmer, welche direkt ab dem DVB-C-Verteiler zur Anschlussdose führen, sind vollumfänglich für die Dienste des Kabelnetzunternehmens tauglich, sofern die Installation den Richtlinien entspricht* », à savoir que les abonnés qui sont directement raccordés au répartiteur

⁴⁶⁸ A 199, annexe 3, p. 10, et son annexe 6 ; A 199, annexe 6.

⁴⁶⁹ A 199, annexe 3, p. 1.

⁴⁷⁰ A 199, annexe 3, p. 9 (2 fois)

⁴⁷¹ A 199, annexe 3, p. 4.

DVB-C (soit le téléseu) sont pleinement aptes à bénéficier de tous les services du câblo-opérateur si l'installation correspond aux directives.⁴⁷² Il peut ainsi être retenu de l'expertise privée que pour les configurations B et C, il n'y a pas de mélange des signaux du téléseu avec ceux du satellite, et donc le câblo-opérateur peut prester l'ensemble de ses services, à savoir également les offres triple play nécessitant un canal retour fonctionnel et non perturbé.

351. En ce qui concerne l'examen de l'immeuble sis Rue François-Le-Fort doté d'une configuration A, deux situations doivent être distinguées, à savoir, d'une part, celle où le câblo-opérateur ne preste pas de services interactifs et donc pour laquelle il n'est pas nécessaire qu'un canal retour fonctionnel et non perturbé soit disponible et, d'autre part, celle où un ou plusieurs clients souhaitent bénéficier de services interactifs nécessitant un canal retour fonctionnel et non perturbé.

352. En ce qui concerne la *première* situation et selon l'expert privé, la diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable, bien que cela soit techniquement délicat et qu'une concertation étroite entre les différents prestataires ainsi que l'utilisateur soit nécessaire.⁴⁷³ Naxoo confirme que la diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est possible dans cette situation.⁴⁷⁴

353. En ce qui concerne la *deuxième* situation, c'est celle qui fait l'objet des mesures effectuées par Naxoo dans l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, mesures ensuite évaluées par l'expert privé. Les mesures ont été effectuées à cinq points différents, le point de mesure 1 se situant le plus proche de l'entrée du téléseu dans l'immeuble, le point de mesure 5 se situant au 3^e étage de l'immeuble.⁴⁷⁵ En page 4 du procès-verbal de constat déposé par Naxoo, il est relevé que le point de mesure 4 est situé après le SPAUN (N 77) sur son port A libre, soit à « *la sortie après le mélange du satellite et de NAXOO* ». ⁴⁷⁶ Les trois représentants de Naxoo y relèvent que « *la signature du spectre est modifiée* », et l'appareil de mesure montre que la voie de retour n'est plus opérationnelle.⁴⁷⁷ Toutefois, aux points de mesure 2 et 3 situés *avant* le SPAUN, soit *avant* le mélange du satellite avec le téléseu de Naxoo, les trois représentants de Naxoo relevaient *déjà* que « *la signature du spectre est modifiée* ». ⁴⁷⁸ Cela est confirmé par l'expert privé, qui indique que le canal descendant est dégradé au point de mesure 2, que le canal retour (montant) 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, à savoir que dès les points de mesure 4 et 5, les services interactifs du câblo-opérateur ne peuvent plus être fournis.⁴⁷⁹ Ainsi, tant les représentants de Naxoo sur place que l'expert privé de Naxoo ont constaté qu'avant même que le signal du satellite ne soit mélangé avec celui du téléseu, le signal du téléseu de Naxoo était déjà dégradé, et cela tant pour le canal descendant que pour le canal retour (montant). Cela entre en contradiction frontale avec les déclarations de Naxoo faites devant la COMCO. En effet, Naxoo y a indiqué que « *la problématique se situe déjà au niveau du mélange des signaux avant d'être au niveau des prises [...]. Le mixage peut provoquer un problème* ». ⁴⁸⁰ Or, l'expertise privée de Naxoo démontre que le signal du téléseu est déjà dégradé *avant* un quelconque mixage. Plus loin, Naxoo a indiqué que « *Force est de constater lors des mesures avant le système SPAUN que le signal est parfait,*

⁴⁷² A 199, annexe 3, pp. 15 et 17.

⁴⁷³ A 199, annexe 3, p. 9.

⁴⁷⁴ A 217, Titre 4, p. 5 ; A 222, réponse 5 en p. 7 de [...] : « *Il n'y a pas de clients Internet dans l'immeuble Toepffer, donc pas besoin de voie de retour* ».

⁴⁷⁵ A 199, annexe 4, pp. 1, 2 et 4, ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4.

⁴⁷⁶ A 199, annexe 4, p. 4, ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4.

⁴⁷⁷ A 199, annexe 4, p. 4, ainsi que les photographies 31 et 32.

⁴⁷⁸ A 199, annexe 4, pp. 2 et 3, ainsi que les photographies 14 et 24.

⁴⁷⁹ A 199, annexe 3, pp. 13 et 14.

⁴⁸⁰ A 222, réponses 2 et 3 en pp. 3 et 4 de [...].

à la sortie du SPAUN, le signal a disparu, plus de voie de retour ». ⁴⁸¹ Ici à nouveau, l'expertise privée de Naxoo arrive à une conclusion différente, à savoir que le signal est loin d'être parfait avant le SPAUN déjà, et pas seulement en ce qui concerne le canal retour. Les atermoiements de Naxoo et les contradictions entre ses déclarations (voir aussi N 530 s.) et les constatations de son propre expert privé amènent la COMCO à retenir que le canal retour est certes vraisemblablement perturbé, voire impossible à mesurer dans l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, mais que rien n'indique que le système Supermédia en soit la cause. L'expertise privée tend même à démontrer que ce n'est pas le système tiers qui dégrade le signal du téléseuil de Naxoo, et en particulier pas les prises Supermédia situées bien après les points de mesure 2 et 3. A cela s'ajoute encore que l'immeuble examiné dispose de prises à deux trous, ⁴⁸² alors que Gérardronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques (N 344).

354. De toute manière et comme cela sera encore abordé plus bas (N 368), il n'est pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour.

A.4.4.3 Les immeubles raccordés par UPC et les systèmes tiers

A.4.4.3.1 Remarques générales d'UPC

355. Par courrier du 27 octobre 2017, la COMCO a demandé à Gérardronic de lui fournir la liste actualisée de toutes les installations Supermédia réalisées par Gérardronic ou par un tiers (et dont Gérardronic a connaissance), également hors du territoire d'activité de Naxoo. En outre, il a été demandé à Gérardronic de mentionner pour chaque immeuble quelle configuration (N 71 ss) est présente dans cet immeuble. ⁴⁸³ Gérardronic a fourni cette liste le 6 novembre 2017, ⁴⁸⁴ qui a encore été actualisée par courriel puis versée au dossier. ⁴⁸⁵ La liste contient [...] immeubles.

356. De la liste précitée, le Secrétariat a retenu [...] immeubles. Concernant les immeubles écartés, soit ils n'étaient pas de configuration A (N 72) selon les indications de Gérardronic, ou alors ils étaient annoncés par Gérardronic comme non raccordés au téléseuil ou encore les adresses mentionnées n'étaient pas assez précises.

357. Cette liste de [...] immeubles a été soumise à UPC le 9 novembre 2017. ⁴⁸⁶ Il a été demandé à cette dernière de bien vouloir indiquer, pour chaque immeuble listé, s'il y a bien mixage du téléseuil et du satellite sur une IDI coaxiale unique à l'aide du système Supermédia (question a), si UPC preste des offres triple play à un ou plusieurs clients à cette adresse, et si oui à combien de clients (question b), quels services sont prestés (question c) et finalement si des plaintes ont été déposées en lien avec le mixage des signaux (question d).

358. Dans sa réponse du 20 novembre 2017, ⁴⁸⁷ UPC a premièrement indiqué que dans le délai imparti, elle n'avait pas été en mesure de procéder aux vérifications nécessaires sur place afin de répondre à la question « a », à savoir s'il y avait bien un système Supermédia dans chaque immeuble listé. UPC précise toutefois que de façon générale, l'utilisation parallèle des signaux du satellite et du téléseuil sur une IDI coaxiale unique est délicate, cela en lien avec les services qui nécessitent un canal retour non perturbé. UPC n'exclut pas

⁴⁸¹ A 222, réponse 5 en p. 7 de [...].

⁴⁸² A 212, annexe 2, p. 2 (« 2 holes socket »).

⁴⁸³ A 201.

⁴⁸⁴ A 208, annexe 3

⁴⁸⁵ A 210.

⁴⁸⁶ A 211.

⁴⁸⁷ A 216.

toute utilisation de ce type de configuration, mais indique que les produits nécessitant un canal retour non perturbé pourraient être impossibles à prester, ou alors que cela engendrerait un surcoût sur le plan technique. Dans tous les cas selon UPC, une utilisation parallèle serait impossible si le satellite avait également besoin d'un canal retour, hypothèse écartée par Gératronic.⁴⁸⁸ Vu ce qui précède ainsi que la nécessité de pouvoir plomber les prises en cas d'absence d'abonnement au téléseuil, UPC préconise l'utilisation ou l'installation de deux IDI coaxiales séparées, plutôt qu'un mixage. UPC ajoute finalement que l'utilisation parallèle de l'IDI coaxiale par le système Supermédia dans les immeubles sis aux adresses mentionnées pourrait être à l'origine des incidents qu'UPC indique dans son analyse. En effet selon elle, il existe des indices allant dans ce sens vu que pour les incidents relevés, c'est souvent le canal retour qui ne fonctionnait plus ou pas correctement. Sont concernés tous les produits nécessitant un canal retour fonctionnant parfaitement (box Horizon avec services interactifs comme Internet ou téléphonie fixe, en général combinés sous la forme d'un produit triple play).⁴⁸⁹

359. Concernant les éventuelles plaintes de clients en lien avec le mixage des signaux (question d), UPC a indiqué qu'il pouvait pratiquement être exclu qu'un client qui rencontre des problèmes puisse spontanément et explicitement mentionner les raisons techniques à l'origine des problèmes. Du point de vue du client, le produit fonctionne ou ne fonctionne pas. Si quelque chose ne fonctionne pas, le client s'adresse alors au Helpdesk.⁴⁹⁰

A.4.4.3.2 Les immeubles en particulier

360. En tenant compte des réponses d'UPC, les [...] immeubles peuvent être répartis comme suit :

- 1 immeuble n'a pas une adresse suffisamment précise pour qu'UPC puisse se déterminer ;
- [...] immeubles se trouvent hors couverture du réseau d'UPC ;
- [...] immeubles sont couverts par le réseau d'UPC, mais n'y sont pas raccordés ;
- [...] immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, mais UPC n'y a pas de client actif ;
- 2 immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, UPC y a des clients actifs, mais ne preste pas de services interactifs nécessitant un canal retour. UPC indique qu'à ces adresses, aucun problème technique n'a été signalé ;
- 2 immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, UPC y a des clients actifs et y preste des services interactifs. Il s'agit d'un immeuble sis Rue du Progrès à Vernier, et d'un immeuble sis Chemin du Barbolet à Onex.

361. En ce qui concerne l'immeuble sis Rue du Progrès à Vernier, il ressort des documents déposés par UPC qu'un client a eu plusieurs problèmes avec le produit « Horizon Start Trio », qui nécessite un canal retour. C'est le seul client disposant d'une offre triple play à cette adresse. Les problèmes ont à chaque fois pu être résolus par l'intervention d'un technicien et rien n'indique dans les documents déposés par UPC que le client aurait finalement renoncé aux services triple play d'UPC, qu'il aurait résilié son abonnement ou encore que les problèmes persisteraient.⁴⁹¹

362. En ce qui concerne l'immeuble sis Chemin du Barbolet à Onex, il ressort des documents déposés par UPC qu'un client souhaitait une box Horizon. Suite à un « défaut

⁴⁸⁸ A 219, I. 151 s.

⁴⁸⁹ A 216, p. 2.

⁴⁹⁰ A 216, pp. 2 s.

⁴⁹¹ A 216, pp. 6 à 11.

mécanique » constaté lors de l'intervention d'un technicien, la box a été retournée à UPC en raison de l'absence de canal retour selon UPC, et l'abonnement a été annulé.⁴⁹²

363. Vu ce qui précède, la COMCO arrive à une conclusion similaire à celle relative aux immeubles examinés dans le cadre de l'expertise privée. Dans deux immeubles équipés selon Gérardronic du système Supermédia en configuration A et dans lesquels UPC a des clients actifs sans toutefois que des services interactifs nécessitant un canal retour ne soient prestés, UPC ne signale aucun problème technique. Dans les deux immeubles équipés selon Gérardronic du système Supermédia en configuration A et dans lesquels UPC a des clients actifs avec services interactifs nécessitant un canal retour non perturbé et fonctionnel, le canal retour semble effectivement avoir été perturbé, voire était inexistant selon les documents déposés. Toutefois, rien n'indique que le système Supermédia en soit la cause, et l'intervention d'un technicien dans l'immeuble sis Rue du Progrès à Vernier a finalement permis de résoudre le problème. Aucun système tiers n'est en tout cas directement nommé ou mis en cause par UPC, et les perturbations constatées peuvent avoir des origines diverses. A cela s'ajoute encore que les deux immeubles concernés (Rue du Progrès à Vernier et Chemin du Barbolet à Onex) sont équipés de prises à deux trous,⁴⁹³ alors que Gérardronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques (N 344).

364. Ici également et comme cela sera encore abordé plus bas (N 368), il n'est pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour.

A.4.4.4 Naxoo a démontré qu'une cohabitation est possible

365. En annexe 6 de son courrier du 9 novembre 2017,⁴⁹⁴ Naxoo a déposé un échange de correspondance avec une régie immobilière, relatif à la signature de la CRI et du raccordement d'un immeuble et d'un appartement au télé-réseau. Cet échange date essentiellement de fin 2015/début 2016. Du premier courriel à disposition daté du 3 décembre 2015, il ressort que la régie immobilière a demandé à Naxoo que « l'accord de cohabitation avec l'installation satellite de la résidence » soit stipulé dans la convention Naxoo (vraisemblablement la CRI), car l'électricien en avait besoin. Suite à cette demande, le 22 décembre 2015, Naxoo a proposé trois options aux propriétaires de l'appartement qui souhaitaient un raccordement au télé-réseau :⁴⁹⁵

- La coexistence entre le télé-réseau et le satellite sur un même câble coaxial, [...]. Cette option correspond à une configuration A (N 72) sans l'utilisation du canal retour ;
- La coexistence entre le télé-réseau et le satellite sur deux câbles séparés, ce qui nécessiterait l'installation de deux câbles parallèles et distincts. Cette option correspond à une configuration C (N 74), et était la plus coûteuse des trois propositions ;
- La suppression du système satellite et l'utilisation du câble coaxial uniquement par le télé-réseau.

366. Malgré le fait que cette option était la plus coûteuse pour eux, les propriétaires ont choisi la deuxième variante par courriel du 4 janvier 2016, à savoir la coexistence entre le télé-réseau et le satellite sur deux câbles séparés.

⁴⁹² A 216, pp. 12 à 14.

⁴⁹³ A 216, pp. 9 et 12.

⁴⁹⁴ A 212.

⁴⁹⁵ A 212, p. 3 et annexes 6.

367. Il ressort de cet échange de correspondance que si Naxoo a certes tenu compte d'une possible incompatibilité entre le système satellitaire et des services triple play du téléseu sur une IDI coaxiale unique, elle ne s'est pas contentée de rejeter tout raccordement au téléseu en raison de la présence d'un système tiers. Cette manière de faire contraste sensiblement avec celle adoptée auparavant et qui est notamment à l'origine de l'ouverture de l'enquête (N 273 ss, et en particulier N 275), à savoir que Naxoo a cette fois-ci non seulement tenu compte du fait que plusieurs configurations étaient possibles, mais aussi de la volonté des propriétaires. En effet, Naxoo a offert ici trois options différentes aux propriétaires, dont deux compatibles avec le système tiers. Cette attitude constructive et qui tient compte des systèmes tiers au téléseu est à saluer et démontre que l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa teneur jusqu'en juillet 2015 allait beaucoup trop loin, à savoir qu'elle imposait aux propriétaires d'immeubles l'exclusivité de l'utilisation de l'installation intérieure par Naxoo. Or et comme l'a esquissé l'expertise privée de Naxoo ainsi que les réponses apportées par UPC, seule une configuration A avec nécessité d'avoir un canal retour fonctionnel et non perturbé peut éventuellement justifier une réticence de Naxoo.

A.4.4.5 Conclusions concernant la cohabitation entre le téléseu et un système tiers

368. L'expertise privée ainsi que les documents déposés par UPC ont démontré qu'un système tiers peut cohabiter avec le téléseu dans une configuration A qui ne nécessite pas une voie de retour (par ex. aucun client ne souhaite des services interactifs), dans une configuration B ainsi que dans une configuration C. Or, les deux premières configurations mentionnées sont également saisies par l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur (N 251), qui stipule le terme très général d'« installation intérieure » et qui ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires.

369. Il n'est ainsi pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour, et cette question peut rester ouverte. En effet, une telle configuration n'est qu'une configuration parmi beaucoup d'autres possibles, et l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur allait au-delà de cette configuration particulière.

A.4.5 Les autres fournisseurs de services multimédias

370. Sous ce titre sont examinées les offres triple play offertes par d'autres fournisseurs de services multimédias actifs en Ville de Genève, soit principalement Swisscom (N 371 ss), Sunrise (N 375 s.), M-Budget par Wingo (N 379 ss), VTX (N 382 s.) et Green.ch (N 384 s.). Ces services utilisent soit les réseaux IDI cuivre, soit IDI fibre optique. Finalement, une synthèse des services multimédias proposés en Ville de Genève conclut l'examen (N 386 ss).

A.4.5.1 Swisscom

371. Le 23 juin 2016, en réponse au questionnaire du 22 avril 2016, Swisscom a répondu qu'elle a commercialisé ses offres triple play principalement sous le nom générique de *Vivo Casa* jusqu'au premier trimestre 2014, avec deux à cinq étoiles suivant le niveau des prestations. L'offre *Vivo Casa*** est la moins chère et s'élève à CHF 79.-. L'offre *Vivo Casa***** est la plus chère et s'élève à CHF 159.-.⁴⁹⁶ Par la suite, Swisscom a commercialisé ses offres triple play sous le nom *Vivo*, auquel s'ajoute une mention portant sur la taille du produit (respectivement *XL*, *L*, *M*, *S* et *XS*). L'offre *Vivo XS* est la moins chère et s'élève à CHF 89.-, voire CHF 74.- si le client choisit l'option Swisscom TV 2.0 Light. L'offre *Vivo XL* est la plus chère et s'élève à CHF 169.-.⁴⁹⁷ Partant, les offres triple play de Swisscom s'étendaient entre

⁴⁹⁶ A 126, annexe 1.

⁴⁹⁷ A 126, annexe 2.

CHF 79.- et CHF 159.- jusqu'à la fin du premier trimestre 2014, et entre CHF 74.- et CHF 169.- à partir d'avril 2014. Il est à noter que les prix des différentes offres se répartissent de manière homogène entre ces valeurs minimales et maximales. Les offres triple play présentées ci-dessus sont désignées ci-après comme des offres triple play à valeur ajoutée, par opposition à l'offre de base *Swisscom Casa* (N 372). En outre, l'offre triple play à valeur ajoutée la moins chère, soit *Vivo XS*, se différencie en matière de prix et de prestations avec l'offre de base prestée par Naxoo. En matière de prix, l'offre *Vivo XS* est au moins deux fois plus élevée que l'offre de base de Naxoo. La qualité des prestations diverge aussi significativement, notamment en matière de vitesse d'Internet. A titre d'exemple, l'offre triple play *Vivo XS* propose une vitesse Internet de 10 Mbit/s en download et une vitesse de 10 Mbit/s en upload⁴⁹⁸ soit des vitesses 5 fois, respectivement 50 fois supérieure aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁴⁹⁹

372. Swisscom offre également une offre triple play de base dénommée *Swisscom Casa*, au prix de CHF 39.50. Partant, il existe un vide tarifaire entre l'offre la plus basique à CHF 39.50 et l'offre triple play à valeur ajoutée la moins chère de CHF 74.-. Cette différence marquée se traduit également par des prestations différentes entre l'offre de base *Swisscom Casa* et l'offre à valeur ajoutée la moins chère *Vivo XS*. En outre, l'offre *Swisscom Casa* est plus proche en matière de prix et de prestations de l'offre de base de Naxoo que de l'offre à valeur ajoutée *Vivo XS*. En effet, les deux offres (*Swisscom Casa* et l'offre de base de Naxoo) proposent la même vitesse en download et en upload pour Internet.⁵⁰⁰ En revanche, l'offre de Swisscom coûte 32 % de plus que l'offre de base de Naxoo.

373. Les données fournies par Swisscom ont été analysées ci-dessous. Les offres triple play de base *Swisscom Casa* (dans le tableau : *Offres de base*) et les offres triple play à valeur ajoutée (*Offres à valeur ajoutée*) ont été comptabilisées en Ville de Genève. La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées par type d'offres en fin d'année. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offres se rapportant à une année.

Triple play	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Offres de base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Offres à valeur ajoutée	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]	

Tableau 8 : Récapitulatif des offres triple play de Swisscom

374. Il ressort du Tableau 8 que le modèle d'affaires de Swisscom consiste à [...] : fin 2015, [...] % des offres triple play sont des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève. En outre, Swisscom [...] en valeur absolue. [...] dans le cadre de la présente enquête.

A.4.5.2 Sunrise

375. Sunrise a répondu au questionnaire du 22 avril 2016 en indiquant qu'elle ne fournissait aucune offre triple play inférieure à CHF 45.-.⁵⁰¹ Sunrise a listé ses offres triple play en annexe de ses réponses.⁵⁰² Sont considérées comme offres triple play tous les plans tarifaires fournissant la TV, Internet et la téléphonie fixe (N 29). En l'occurrence, il s'agit du produit *Sunrise Home* pour lequel les clients ont la possibilité de composer l'offre de leur choix. Ainsi, l'offre Internet se décline en trois variantes : *Start* (CHF 45.-), *Comfort* (CHF 65.-) et *Max giga* (CHF 105.-). L'offre TV se décline en deux variantes : *Start* (CHF 25.-) et *Comfort*

⁴⁹⁸ A 126, annexe 2.

⁴⁹⁹ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁰⁰ A 115, p. 12.

⁵⁰¹ A 125, réponse 2.

⁵⁰² A 125, annexe 1.

(CHF 35.-). L'offre de téléphonie fixe a également deux variantes : *Start* (gratuite) et *Comfort* (CHF 15.-). Par conséquent, l'offre triple play la moins chère de Sunrise s'élève à CHF 70.-, alors que l'offre triple play la plus chère de Sunrise s'élève à CHF 155.-. Le segment tarifaire est identique au segment tarifaire des offres à valeur ajoutée prestées par Swisscom (N 371).

376. En outre, l'offre triple play la moins chère de Sunrise se différencie en matière de prix et de prestations par rapport à l'offre de base de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de Sunrise coûte au moins deux fois plus que l'offre de base de Naxoo. De plus, elle diverge significativement quant aux prestations fournies, notamment la vitesse Internet. L'offre triple play de Sunrise la moins chère propose en effet des vitesses Internet de 30 Mbit/s en download et de 6 Mbit/s en upload⁵⁰³, soit des vitesses 15 fois, respectivement 30 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁵⁰⁴

377. L'évolution annuelle des offres triple play de Sunrise est présentée dans le tableau ci-dessous :

Offres triple play à valeur ajoutée	2012	2013	2014	2015
	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 9 : Récapitulatif des offres triple play de Sunrise

378. Il est constaté que le nombre d'offres triple play fournies par Sunrise [...] sur la période couverte par l'enquête. Toutefois, [...] en ce qui concerne Sunrise, le nombre est négligeable dans le cadre de la présente enquête.

A.4.5.3 M-Budget (par Wingo)

379. La marque de Swisscom Wingo commercialise les services multimédias M-budget, lesquels ont été offerts en Ville de Genève dès août 2011. Il s'agit des offres *M-Budget Mobile Basic & DSL* et *M-Budget Mobile Surf & DSL*, s'élevant à CHF 59.80, respectivement CHF 69.80 par mois. Ces deux offres proposaient uniquement Internet et la téléphonie mobile jusqu'en mars 2013. Elles n'incluaient pas la télévision ou la téléphonie fixe. Dès avril 2013, Wingo a offert une offre *combinée M-Budget* dite triple play pour un montant de CHF 59.80. Dès octobre 2015, M-Budget (par Wingo) a proposé trois types d'offres, soit les offres *Combi 1*, *Combi 2* et *Combi 3*, avec respectivement pour la variante triple play les prix de CHF 39.80, CHF 59.80 et CHF 79.80.⁵⁰⁵ L'offre *Combi 1* s'apparente à une offre de base au vu de son prix et de ses prestations. Même si l'offre *Combi 1* est plus chère que l'offre de base de Naxoo, elle propose notamment la même vitesse Internet. A contrario, l'offre *Combi 2* propose des vitesses Internet de 10 Mbit/s en download et de 1 Mbit/s en upload⁵⁰⁶ soit des vitesses 5 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁵⁰⁷

380. Le tableau ci-dessous récapitule les offres triple play prestées par M-Budget (par Wingo) en Ville de Genève. Il se base sur les données fournies par Wingo.⁵⁰⁸ Dans un premier temps, toutes les offres dites triple play ont été retenues. En l'occurrence, l'offre a été considérée comme une offre triple play du moment où M-Budget (par Wingo) indiquait offrir simultanément Internet, la téléphonie fixe et la télévision. Dans un deuxième temps, une différenciation a été opérée entre l'offre triple play de base *Offre de base*, laquelle s'élève à CHF 39.80, et les offres à *Valeur ajoutée*, soit toutes les offres supérieures à CHF 40.- (offres

⁵⁰³ A 125, p. 4.

⁵⁰⁴ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁰⁵ A 112, pp. 3 et 4.

⁵⁰⁶ A 112, p. 4.

⁵⁰⁷ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁰⁸ A 112, p. 3, données transmises sur CD « M-Budget_Liste clients complete.xlsx » et « M-Budget_Liste clients caviardée.xlsx ».

Combi 2 ; Combi 3). La colonne « Fréq. » dans le tableau ci-dessous indique le nombre d'offres en fin de chaque année, soit pour le mois de décembre selon qu'il s'agit d'une offre de base ou d'une offre à valeur ajoutée.

Triple Play	2012		2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Valeur ajoutée	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Offre de base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 10 : Récapitulatif des offres triple play de M-Budget (par Wingo)

381. Il ressort du Tableau 10 que M-Budget (par Wingo) [...] offres triple play fin 2015 en Ville de Genève. De plus, une grande partie de ces offres triple play [...].

A.4.5.4 VTX

382. VTX a commercialisé des services multimédias en Ville de Genève durant la période de 2011 à 2015. [...] négligeable en matière d'offres triple play. En analysant les données fournies par VTX⁵⁰⁹, on constate que celle-ci a fourni [...]. L'offre triple play la moins chère s'élève à CHF 71.-.⁵¹⁰ Par conséquent, VTX ne preste pas d'offre de base mais seulement des offres à valeur ajoutée.

383. En outre, l'offre la moins chère de VTX se différencie significativement de l'offre de base prestée de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de VTX propose des vitesses Internet de 10 Mbit/s en download et en upload⁵¹¹ soit des vitesses 5 fois, respectivement 50 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo sur la période couverte par l'enquête.⁵¹²

A.4.5.5 Green.ch

384. Green.ch a commercialisé des services multimédias en Ville de Genève avec un total de [...] de 2011 à 2015. En analysant la liste des produits livrée par Green.ch,⁵¹³ il ressort que la gamme des offres triple play est composée des produits « *GreenMulti Start* », « *GreenMulti Confort* » et « *GreenMulti Plus* », aux prix respectifs de CHF 59.-, CHF 69.- et CHF 89.-. L'offre triple play la moins chère prestée par Green.ch s'élève ainsi à CHF 59.-.⁵¹⁴ En outre, Green.ch prestait fin 2015 [...] négligeable, notamment lorsqu'on le compare au nombre d'offres triple play de Swisscom (voir N 371 ss).

385. Par ailleurs, ces [...] offres triple play ne s'apparentent pas à l'offre triple play de base de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de Green.ch, soit « *GreenMulti Start* », vaut près de CHF 30.- de plus que l'offre de base de Naxoo. Ceci représente donc pratiquement le double du prix de l'offre de base de Naxoo (N 221 ss). Par ailleurs, les vitesses Internet de l'offre « *GreenMulti Start* » s'élèvent à 30 Mbit/s en download et en upload, soit des vitesses 15 fois, respectivement 150 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo sur la période couverte par l'enquête.⁵¹⁵ Par conséquent, au vu des différences de prix et des différences de prestations proposées, l'offre « *GreenMulti Start* » est difficilement comparable avec l'offre de base triple play de Naxoo. Ainsi, l'offre « *GreenMulti*

⁵⁰⁹ A 111, p. 2, réponse 5, fichier Excel « VTX_Fichier_pour_COMCO_mai_2016 ».

⁵¹⁰ A 111, p. 2, réponse 2.

⁵¹¹ <www.vtx.ch/fr/residential/internet> (25.1.2017).

⁵¹² A 115, p. 15, tableau 5.

⁵¹³ A 122, p. 2, réponse 5, fichier Excel « Green_CH_Produits_2011_2015 ».

⁵¹⁴ A 122, p. 2, réponse 2.

⁵¹⁵ A 115, p. 15, tableau 5.

Start » s'apparente au segment des offres triple play à valeur ajoutée, tout comme les offres « *GreenMulti Confort* » et « *GreenMulti Plus* ».

A.4.5.6 Synthèse des offres triple play

386. Le présent titre synthétise les offres triple play de l'ensemble des prestataires de services multimédias, y compris Naxoo.

387. Le tableau ci-dessous récapitule l'ensemble des offres fournies par les principaux prestataires de services multimédias en Ville de Genève. Aucune différence n'est faite entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Les chiffres des principaux offreurs sont tirés des considérants qui précèdent (Naxoo N 226 ss ; Swisscom N 371 ss ; Sunrise N 375 ss ; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées par type d'offre en fin d'année. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offre se rapportant à une année.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]	

Tableau 11 : Récapitulatif de l'ensemble des offres triple play en Ville de Genève

388. Le Tableau 11 indique que Naxoo détient le plus grand nombre de clients en Ville de Genève. [...] % des consommateurs ont opté pour une offre triple play fournie par Naxoo. Cela démontre que les offres de Naxoo sont très répandues en Ville de Genève. Toutefois, le Tableau 11 indique seulement le nombre de clients, et non pas le chiffre d'affaires des entreprises. En effet et comme expliqué ci-dessus (N 370 ss), il existe une différence tarifaire importante entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Il a été démontré que l'offre à valeur ajoutée la moins chère coûtait au moins deux fois plus que l'offre de base de Naxoo. Ainsi, pour refléter correctement la puissance des entreprises sur le marché, la répartition des clients selon le type d'offre est analysée, soit les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Ceci se justifie également du fait que les prestations fournies entre les deux types d'offres divergent significativement, comme cela a été montré pour la vitesse de connexion à Internet : les offres à valeur ajoutée les moins chères proposent une vitesse au moins 5 fois plus rapide que les offres de base sur la période couverte par l'enquête.

389. Le tableau ci-dessous récapitule l'évolution annuelle du nombre d'offres à valeur ajoutée en Ville de Genève. Les chiffres sont tirés des paragraphes traités ci-dessus (Naxoo N 226 ss ; Swisscom N 371 ss ; Sunrise N 375 ss ; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). Il est également à noter qu'il a été procédé à un rectificatif pour les offres de Naxoo. En effet, les chiffres des offres à valeur ajoutée ainsi que des offres de base ont été fournis par Naxoo en incluant les [...] raccordements situés hors de la Ville de Genève, dans les trois communes avoisinantes.⁵¹⁶ Or, il a été établi ci-dessus le pourcentage d'offres de base et d'offres à valeur ajoutée par année (N 229). Par conséquent, la moyenne des pourcentages annuels pour les deux types d'offres a été calculée : [...] % pour les offres à valeur ajoutée et [...] % pour les offres de base. Puis, ces pourcentages ont été multipliés par les [...] raccordements, ce qui donne : [...] offres à valeur ajoutée et [...] offres de base. Les chiffres de Naxoo, présentés au Tableau 12 et Tableau 13, ont été amputés de ces valeurs afin de corriger cette légère imprécision. Il est rappelé que Naxoo raccorde un total de [...] UH et que les [...]

⁵¹⁶ A 115, p. 3, note 2.

raccordements hors Ville de Genève ne représentent que [...] % de l'ensemble des raccordements, respectivement de l'ensemble des offres prestées. La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées comme offres à valeur ajoutée en fin d'année par prestataire de services multimédias. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offres se rapportant à une année.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 12: Récapitulatif des offres triple play à valeur ajoutée en Ville de Genève

390. Le Tableau 12 indique que Naxoo a presté [...] % des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève, soit [...] moins d'offres à valeur ajoutée que son principal concurrent Swisscom, lequel a fourni [...] % des offres à valeur ajoutée. Les autres prestataires de services multimédias [...].

391. Le tableau ci-dessous récapitule l'évolution annuelle du nombre d'offres de base en Ville de Genève par entreprise. Les chiffres sont tirés des paragraphes traités ci-dessus (Naxoo N 226 ss ; Swisscom N 371 ss ; Sunrise N 375 ss ; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). Les chiffres de Naxoo ont été amputés de [...] offres de base afin de tenir compte des raccordements hors Ville de Genève (N 391). La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées comme offres de base en fin d'année par prestataire de services multimédias. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offre se rapportant à une année.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 13: Récapitulatif des offres triple play de base en Ville de Genève

392. Le Tableau 13 indique sans équivoque que Naxoo preste [...] en Ville de Genève.

393. En résumé, les offres de Naxoo [...].

394. Dans sa prise de position, Naxoo conteste la notion d'offre triple play ainsi que la synthèse effectuée par la COMCO. Ceci est surprenant vu que dans le questionnaire faisant suite à l'ouverture de l'enquête préalable, Naxoo a indiqué que « *les services de télécommunication et de radiodiffusion consistent en une série de prestations comprenant essentiellement les services de téléphonie, la fourniture d'accès à Internet ainsi que la diffusion de programmes de radio et télévision et location de films à distance. Bien qu'historiquement chacune de ces prestations ait pu constituer un marché distinct, l'évolution de la technique et des habitudes de consommation nous incitent à considérer que ces prestations constituent à*

l'heure actuelle et depuis quelques années un marché unique. »⁵¹⁷ Ainsi, l'analyse des offres triple play effectuée par la COMCO se recoupe en réalité avec l'appréciation de Naxoo des marchés du contenu situés en aval. La COMCO a différencié dans son analyse les offres de base et les offres à valeur ajoutée pour des raisons objectives, soit la forte différence de prix et de vitesse d'Internet. Les autres griefs de Naxoo sont traités ci-après (N 475 ss).

⁵¹⁷ A 56, réponse 3.

B Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart et prescriptions réservées

B.1.1 Champ d'application personnel

395. La LCart 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 (art. 2 al. 1 LCart). Le champ d'application personnel de la LCart est donc défini par la notion d'entreprise.⁵¹⁸ Selon l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, cette notion comprend 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.

396. Conformément au Message du Conseil fédéral portant sur la LCart de 1995, par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.⁵¹⁹ Même si le critère de l'indépendance n'a pas été intégré dans la définition légale introduite lors de la révision de la LCart en 2003 (art. 2 al. 1^{bis} LCart), il demeure un critère pertinent pour la notion d'entreprise, comme l'a récemment confirmé le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF).⁵²⁰ Partant, la notion d'entreprise de la LCart est soumise aux conditions de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart ainsi qu'à celle d'une participation indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.

397. La société anonyme Naxoo est une entreprise au sens de l'art. 2 LCart ; elle tombe ainsi sous le champ d'application personnel de la LCart.

B.1.2 Champ d'application matériel

398. La LCart s'applique notamment aux pratiques des entreprises en position dominante (art. 4 al. 2 et art. 7 LCart). Selon l'art. 4 al. 2 LCart, par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

399. L'art. 2 al. 1 LCart mentionne les entreprises « puissantes sur le marché », plutôt qu'en position dominante. La question de savoir si Naxoo est une entreprise dominant le marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart et s'il existe des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart est abordée plus loin dans l'examen. Si la position dominante sur le marché devait être retenue, il en irait ainsi également de la qualité d'entreprise puissante sur le marché. Si la position dominante devait en revanche être niée, l'examen de la puissance sur le marché en deviendrait inutile, vu qu'il n'y aurait dans ce cas pas de comportement contraire au droit des cartels au sens de l'art. 7 LCart.

⁵¹⁸ JENS LEHNE, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 2 LCart N 7 et les références citées ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 2 LCart N 14, 17 et 19 ; arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.3, *Nikon/COMCO*.

⁵¹⁹ Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472 (ci-après : Message 1995), 534.

⁵²⁰ Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.3, *Nikon/COMCO* ; ATF 139 I 72, consid. 4.1 et les références citées (= DPC 2013/1, 114 consid. 4.1 et les références citées), *Publigroupe/COMCO*.

B.1.3 Champ d'application territorial

400. La LCart 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).

401. Ainsi que cela ressort expressément du Registre du Commerce du canton de Genève, Naxoo déploie ses activités « *en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises* ». A cela s'ajoute que dans une réponse du 2 mars 2015, Naxoo indique que le territoire d'activité demeure inchangé et comprend les codes postaux 1201 à 1209.⁵²¹

402. Vu que l'activité de Naxoo déploie ses effets en Suisse, elle tombe ainsi sous le champ d'application territorial de la LCart.⁵²²

B.2 Destinataire de la décision

403. L'art. 2 al. 1^{bis} LCart prévoit que la LCart s'applique aux entreprises, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique. En revanche, la LCart ne contient pas de définition propre de la capacité d'être partie ou d'ester en justice, et ne déroge ainsi pas au reste de l'ordre juridique, en particulier à la PA à laquelle renvoie l'art. 39 LCart.

404. Selon l'art. 6 PA (par renvoi de l'art. 39 LCart), ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

405. Les conditions pour disposer de la qualité de partie sont la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice.⁵²³ La PA ne régit pas ces capacités, qui découlent bien plutôt du droit civil.⁵²⁴ La capacité d'être partie est la capacité d'agir en justice en son propre nom ; a cette capacité celui qui jouit des droits civils. Jouissent des droits civils les personnes physiques et morales de droit privé et de droit public. La capacité d'ester en justice est la faculté d'agir valablement en justice en son propre nom ou au nom d'autrui. Elle est donnée si la personne disposant de la capacité d'être partie possède également l'exercice des droits civils.⁵²⁵ L'exercice des droits civils s'examine selon les art. 12 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

406. En l'espèce, c'est bien la société anonyme Naxoo qui doit être considérée comme destinataire de la présente décision.

B.3 Lien avec d'autres dispositions légales

407. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart).

⁵²¹ A 56, réponse 2 ; voir aussi A 115, p. 3, note 2.

⁵²² Pour un cas récent où ce point a été traité en détail, voir arrêt du TAF, DPC 2016/3, 839 consid. 4.3 et les références citées, *Nikon/COMCO*.

⁵²³ Arrêt du TAF E-7337/2006 du 11.2.2008, consid. 3.2.

⁵²⁴ Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.4 et les références citées, *Nikon/COMCO*.

⁵²⁵ Arrêt du TF 2C_303/2010 du 24.10.2011, consid. 2.3.

408. En l'espèce, les prescriptions qui pourraient entrer en ligne de compte sont celles de la LTC⁵²⁶. Selon la doctrine toutefois, la LTC « *n'a pas pour but d'exclure la concurrence, mais plutôt de la rendre possible [...]. Elle n'est par conséquent pas réservée par l'art. 3 l LCart [...]. Elle doit cependant être prise en compte pour déterminer si un comportement est ou non abusif au sens de l'art. 7 l Cart [...]* ». ⁵²⁷

409. A cela s'ajoute que l'art. 11 LTC garantit notamment l'accès totalement dégroupé à la boucle locale (art. 11 al. 1 let. a LTC ; ci-après : TAL) et l'accès à haut débit pendant quatre ans (art. 11 al. 1 let. b LTC). Les notions de TAL et d'accès à haut débit sont définies respectivement à l'art. 3 let. d^{bis} et let. d^{ter} LTC. Il découle de ces définitions que seules les prestations fournies sur la paire torsadée métallique – soit « le cuivre » – sont saisies par la régulation sectorielle actuelle. Partant, les services proposés par l'intermédiaire de câbles coaxiaux n'entrent pas dans le champ de la régulation telle que le prévoit la LTC actuellement.

410. Ainsi, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne restreint l'application de la LCart en l'espèce.

B.4 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

411. 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).

412. Par entreprise 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).

413. Le droit des cartels n'interdit pas une position dominante sur le marché, laquelle n'est pas abusive en soi. L'entreprise en position dominante porte toutefois une responsabilité particulière pour son attitude sur le marché, raison pour laquelle certaines pratiques sont considérées comme illicites.

414. A l'élément constitutif de la position dominante de l'art. 7 al. 1 LCart s'ajoute l'élément constitutif de la pratique illicite. Des pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné de cas en cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. En effet, les pratiques énumérées à titre d'exemples à l'art. 7 al. 2 LCart ne sont pas automatiquement illicites ; elles ne le sont que si elles répondent aux critères généraux de l'abus formulé à l'art. 7 al. 1 LCart.⁵²⁸

415. Avant que la position d'une entreprise sur le marché puisse être évaluée, il y a toutefois lieu de définir le marché pertinent. Cette définition s'opère par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE⁵²⁹, tant sous l'angle des produits que sous l'angle géographique.⁵³⁰

⁵²⁶ Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10).

⁵²⁷ VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 3 al. 1 LCart N 45 et les références citées.

⁵²⁸ ATF 129 II 497, consid. 6.5.1 et les références citées ; ATF 139 I 72, consid. 10.1.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 10.1.2), *Publigroupe/COMCO* ; pour un résumé, voir aussi arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 244, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵²⁹ Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4).

⁵³⁰ ATF 139 I 72, consid. 9.1 (= DPC 2013/1, 114 consid. 9.1), *Publigroupe/COMCO*.

416. L'application de l'art. 7 LCart est donc subordonnée aux trois étapes ci-dessous, qui seront chacune examinées en détail :⁵³¹

1. déterminer le **marché pertinent** (N 417 ss) ;
2. examiner si la **puissance détenue par l'entreprise sur le marché** est assez grande pour atteindre le stade de la **dominance**. Il faut que la concurrence soit déjà affaiblie sur le marché en cause du fait de la présence de l'entreprise dominante. Les abus pratiqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante sont généralement sanctionnés par le marché, sans qu'une intervention du droit de la concurrence ne soit nécessaire (N 446 ss) ;
3. examiner si le comportement de l'entreprise en position dominante constitue des **pratiques illicites** (N 482 ss).

B.4.1 Le marché pertinent

B.4.1.1 Le marché de produits pertinent

417. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

418. La notion de marché pertinent est indirectement subordonnée à l'abus reproché.⁵³² Lorsqu'un abus ou une clause contractuelle liant des entreprises porte sur une infrastructure, le marché pertinent est en général délimité comme étant celui de l'accès à cette infrastructure.⁵³³

419. En l'espèce et comme cela sera encore développé plus bas, l'abus de Naxoo consiste à imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles. Par conséquent, les partenaires potentiels à l'échange sont les propriétaires d'immeubles (N 33 ss), lesquels demandent le raccordement au télé-réseau pour leurs immeubles, et Naxoo, qui fournit ce raccordement sur son territoire d'activité. Le point de vue des propriétaires d'immeubles est ainsi au centre de l'analyse du marché pertinent dans les développements subséquents.

420. Les propriétaires d'immeubles cherchent à relier leurs immeubles à des infrastructures permettant d'acheminer des services de télécommunication jusqu'aux

⁵³¹ EVELYNE CLERC, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 7 al. 1 LCart N 64.

⁵³² DPC 2000/4, 732 N 5, *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*.

⁵³³ Dans le cas *Preispolitik Swisscom ADSL*, la COMCO a reconnu qu'il existait différents marchés pertinents, soit un marché de gros relatif à la connexion au réseau DSL (de Swisscom), lequel était délimité distinctement du marché des consommateurs. En outre, le télé-réseau ne constituait pas une alternative à la connexion ADSL pour les fournisseurs de services Internet et n'a pas été inclus dans la délimitation du marché pertinent (DPC 2010/1, 116, N 70 ss, *Preispolitik Swisscom ADSL*, n'est pas encore en force). Dans les cas *FTTH Genève* (DPC 2012/3, 482, *Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable de l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence*), *FTTH Freiburg* (DPC 2012/2, 171, N 192, *FTTH Freiburg*), *FTTH Lausanne* (DPC 2012/3, 721, N 63, Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG) ainsi que *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* (DPC 2012/2, 209, N 300, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*), la COMCO a défini le marché pertinent comme le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. Récemment dans l'enquête *Swisscom WAN-Anbindung*, la COMCO a défini le marché pertinent comme « le marché de l'accès à l'infrastructure physique cuivre », vu qu'il existait une offre (de Swisscom) et une demande (de FDA) pour l'accès à cette infrastructure précise (DPC 2016/1, 128, N 303 ss, *Swisscom WAN Anbindung*, n'est pas encore en force).

consommateurs (les locataires ou futurs propriétaires). Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles les équiperont d'IDI. En général, ils font construire des IDI coaxiales et des IDI cuivre, voire des IDI fibre optique à la place ou parallèlement aux IDI cuivre. L'analyse vise à déterminer en quoi ces différentes IDI sont substituables entre elles dans l'optique des propriétaires.

421. Premièrement, il convient de déterminer si le raccordement au téléseuil est substituable ou non à un raccordement au satellite *du point de vue des propriétaires d'immeubles*. Ceux-ci prennent seuls la décision quant à l'usage des IDI coaxiales en fonction des besoins, intérêts et attentes des consommateurs. En effet, les propriétaires ne décident pas sur la base de ce que souhaite consommer un résident en particulier, mais bien plutôt en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des résidents souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mènent ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidants dans leurs immeubles ou qui y résideront, et sont donc obligés de proposer plusieurs solutions en parallèle. M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES – ancien responsable technique d'Egg-Telsa SA, société qui fournit des prestations à Naxoo⁵³⁴ – a par exemple indiqué en cours d'enquête qu'il était difficile, voire impossible, d'opérer un choix entre le téléseuil ou le système Supermédia si l'un devait exclure l'autre. Selon lui, il paraît « *logique de favoriser la possibilité pour le client final d'opérer lui-même ce choix* ». ⁵³⁵ Il confirme ainsi que les propriétaires doivent laisser le choix aux consommateurs, ce qui signifie aussi que les propriétaires doivent garantir l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée un système et en favoriser un autre. Ainsi et pour cette raison déjà, le raccordement au téléseuil n'est pas substituable à un raccordement au satellite du point de vue des propriétaires d'immeubles.

422. A cela s'ajoutent d'autres éléments démontrant qu'un système satellitaire utilisant l'IDI coaxiale n'est pas substituable à un raccordement au téléseuil du point de vue des propriétaires d'immeubles. Lorsque les propriétaires décident d'installer un système mixant le téléseuil avec le satellite, c'est bien qu'ils souhaitent également raccorder l'IDI coaxiale au téléseuil. Dans le cas d'espèce, les propriétaires qui ont souhaité installer un système satellitaire de type Supermédia demandaient également le raccordement au téléseuil (N 297 ss). L'absence d'un raccordement au téléseuil ou d'un raccordement à un système satellitaire pour ces immeubles – l'un au détriment de l'autre – découle de l'imposition des conditions commerciales de Naxoo et non de la volonté des propriétaires (N 273 ss). Par conséquent, le téléseuil n'est pas substituable avec un système satellitaire dans l'optique des propriétaires.

423. En outre, l'offre du raccordement au téléseuil est très largement répandue (N 226 ss). Elle apparaît comme incontournable pour la majorité des consommateurs. Il est donc tout à fait rationnel que les propriétaires cherchent à raccorder leurs biens immobiliers au téléseuil, vu qu'une partie non négligeable des résidents – voire la majorité des résidents – souhaiteront consommer des prestations via le téléseuil. Ainsi, une offre satellitaire ne peut se substituer à l'offre du téléseuil dans l'optique des propriétaires. A cela s'ajoute que le contenu de l'offre satellitaire diverge substantiellement de l'offre du téléseuil pour des raisons techniques : le satellite ne peut offrir des services triple play (N 32). En conclusion, les propriétaires ne peuvent pas objectivement considérer le satellite comme substituable au téléseuil.

424. Deuxièmement, il y a lieu de déterminer dans quelle mesure les IDI cuivre ou fibre optique sont substituables à l'IDI coaxiale *du point de vue des propriétaires d'immeubles*. La grande majorité des immeubles est toujours équipée d'une IDI coaxiale et d'une IDI cuivre. L'installation de ces deux IDI en parallèle s'explique par des raisons historiques et techniques. Les IDI coaxiales permettaient la distribution de la télévision et les IDI cuivre le téléphone. Les

⁵³⁴ A 162, réponses 3a et 3b.

⁵³⁵ A 154, réponse 10.

deux IDI étaient ainsi indispensables et complémentaires dans les bâtiments jusqu'à très récemment. Vu le développement de la technologie IPTV ainsi que des offres triple play, l'absolue nécessité de construire une IDI coaxiale et une IDI cuivre en parallèle sera vraisemblablement remise en question dans le futur. Or, aucun élément du dossier ne permet de retenir que, pour la période visée par l'enquête, les propriétaires se satisfaisaient d'une seule IDI dans des bâtiments contenant plusieurs UH. Au contraire, les propriétaires privilégiaient la construction des deux types d'IDI, ce qui est également confirmé par les déclarations faites par Naxoo au cours de l'enquête : « *Dans chaque immeuble raccordé au téléseu, il existe à tout le moins une alternative, si ce n'est plusieurs, au téléseu pour l'accès à des services multimédias* ». ⁵³⁶

425. Par ailleurs, les modèles d'affaires de Naxoo utilisant les IDI coaxiales et des autres sociétés utilisant les IDI cuivre ou fibre optique diffèrent significativement. Naxoo contracte essentiellement avec les propriétaires par l'intermédiaire de contrats collectifs, lesquels totalisent [...] % des raccordements au téléseu (N 227 s.). A cela s'ajoute que la taxe de raccordement de base est généralement directement intégrée dans le loyer ou les charges locatives ; ce système n'est pas totalement transparent et permet de garder plus facilement le consommateur captif (N 240). Le modèle d'affaires de Naxoo s'oppose au modèle des entreprises utilisant les IDI cuivre ou fibre optique, lesquelles contractent directement avec les consommateurs, sans que les propriétaires d'immeubles n'interviennent directement dans les relations contractuelles. De plus, plusieurs prestataires de services sont susceptibles d'utiliser les IDI cuivre ainsi que les IDI fibre optique (Swisscom, Sunrise, les SIG, Wingo, etc.). En outre, même dans le cas de contrats individuels de raccordement entre les consommateurs et Naxoo, les propriétaires demeurent des partenaires incontournables à l'échange. En effet, ce sont les propriétaires seuls qui signent la CRI (N 234 s.), laquelle est un préalable nécessaire à la conclusion d'un contrat de raccordement individuel, soit l'établissement d'un rapport contractuel entre Naxoo et le consommateur. Partant, ces différences entre les modèles d'affaires démontrent également qu'un raccordement au téléseu n'est pas substituable aux prestations fournies par les IDI cuivre ou fibre optique dans l'optique des propriétaires.

426. Il y a encore lieu de se demander en quoi les prestataires de services via l'IDI cuivre ou fibre optique peuvent exercer une pression suffisante de nature à discipliner le comportement de Naxoo s'agissant des clauses contractuelles problématiques imposées aux propriétaires d'immeubles dans le cas d'espèce. En effet et si tel devait être le cas, ces prestataires devraient alors être pris en compte dans la définition du marché pertinent. Or, il est très difficile de voir en quoi Swisscom ou tout autre prestataire de services multimédias via l'IDI cuivre ou fibre optique pourraient discipliner directement le comportement de Naxoo, 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. Par conséquent, les prestataires de services via les IDI cuivre ou fibre optique n'exercent dans le cas d'espèce aucun effet disciplinant direct sur le comportement de Naxoo. Cependant, ils exercent un effet disciplinant indirect au travers des choix des consommateurs. Cet effet indirect est traité ci-dessous (N 475 ss.). Il n'y a donc pas lieu de les considérer dans le cadre de la définition du marché de produits pertinent.

427. En conclusion, les propriétaires d'immeubles sont les partenaires potentiels à l'échange pour l'exploitant du téléseu (Naxoo en l'espèce). De l'analyse du marché pertinent, il ressort que le raccordement au téléseu n'est pas substituable avec un raccordement au satellite via l'IDI coaxiale du point de vue des propriétaires. De même et toujours du point de vue des propriétaires, le raccordement au téléseu et le raccordement à un système satellitaire ne sont pas substituables aux raccordements possibles via l'IDI cuivre ou fibre optique. Par conséquent, le raccordement au téléseu constitue le marché de produits pertinent dans la présente enquête.

⁵³⁶ A 115, pp. 4 s. ; A 17, réponse 2.

B.4.1.2 Le marché géographique pertinent

428. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

429. Le marché géographique se réfère généralement à une zone géographique dans laquelle les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour tous les opérateurs économiques, de manière à pouvoir y apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise en cause.⁵³⁷

430. Naxoo est le seul propriétaire du téléseuil ainsi que des boîtes d'injections sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.⁵³⁸ Il est par conséquent obligatoire pour les propriétaires d'immeubles de s'approvisionner auprès de Naxoo en matière de téléseuil. Ainsi, il y a lieu, dans le cadre de la présente enquête, de délimiter le marché géographique en partant du territoire d'activité de Naxoo, soit le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.

B.4.1.3 Prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché pertinent

431. Dans sa prise de position, Naxoo a contesté la délimitation du marché pertinent opérée par la COMCO. Les points contestés par Naxoo sont présentés et analysés ci-après. La COMCO relève toutefois à titre préliminaire qu'il est difficile de traiter la prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché, vu que Naxoo mélange le marché pertinent du raccordement au téléseuil avec les marchés du contenu situés en aval dans son analyse. L'analyse des marchés du contenu situés en aval s'est limitée aux offres triple play, tant de base qu'à valeur ajoutée, et visait à mettre en lumière le raisonnement des propriétaires dans leur choix d'IDI à construire (N 463 ss). Ce point est traité ci-dessous (N 441 ss et N 475 ss). De cette analyse, il ressort que les offres de Naxoo sont si généralisées dans la région définie par le marché géographique que renoncer à un raccordement au téléseuil n'est pratiquement pas envisageable pour les propriétaires de bâtiments contenant plusieurs logements.

432. Dans une définition de marché, le premier point déterminant consiste à définir les partenaires potentiels à l'échange. Or, Naxoo n'a pas contesté que les propriétaires étaient des partenaires essentiels à l'échange pour elle. Naxoo a tout au plus relativisé cette assertion en indiquant que les propriétaires d'immeubles n'étaient pas toujours ses partenaires à l'échange, car Naxoo concluait parfois des raccordements directement avec les usagers.⁵³⁹ Cet argument peine à convaincre, car s'il est vrai que Naxoo conclut dans certains cas précis des raccordements directement avec les usagers (respectivement les consommateurs), la proportion de ce type de raccordement est toutefois faible et varie entre [...] % (N 226 ss), ce à quoi s'ajoute que l'on se trouve ici déjà dans un marché en aval. De plus, ces raccordements individuels au téléseuil ne pourraient être conclus sans la signature d'une CRI au préalable, laquelle est précisément signée par les propriétaires et comporte les clauses problématiques (N 246 ss). Par conséquent, même pour cette faible part de raccordements individuels, les propriétaires jouent un rôle essentiel, car sans leur signature, Naxoo ne conclurait pas de raccordement individuel avec l'utilisateur. En conclusion, Naxoo ne saurait valablement contester que les propriétaires sont ses partenaires essentiels à l'échange. Cet élément est essentiel pour la délimitation du marché pertinent, car l'analyse s'effectue dans l'optique des partenaires à l'échange, à savoir dans l'optique des propriétaires d'immeubles en l'espèce.

⁵³⁷ EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 4 al. 2 LCart N 99.

⁵³⁸ A 56, réponse 2.

⁵³⁹ A 198, N 535.

433. Naxoo prétend que la substituabilité entre le satellite et le téléseu est anecdotique dans la présente affaire.⁵⁴⁰ Naxoo présente vraisemblablement cet argument dans l'optique des propriétaires, et il serait incorrect d'éluder cet examen dans leur optique vu que ces derniers sont précisément les partenaires essentiels à l'échange de Naxoo. Or et comme déjà mentionné plus haut (N 421 ss), un raccordement au satellite n'est pas substituable dans l'optique des propriétaires. Premièrement, il ressort du dossier que lorsqu'un propriétaire souhaitait installer un raccordement satellitaire, il souhaitait également un raccordement au téléseu (N 297 ss). Si un immeuble n'est au final pas raccordé au téléseu, il s'agit d'un comportement unilatéral de Naxoo et non de la volonté des propriétaires. Deuxièmement, le satellite ne permet pas de fournir des offres triple play durant la période d'enquête (N 32) : les caractéristiques objectives des offres diffèrent significativement entre Naxoo et le satellite. Par conséquent, le satellite n'est pas substituable au téléseu ni dans l'optique des propriétaires ni dans celle des consommateurs.

434. Comme Naxoo le relève elle-même,⁵⁴¹ le passage d'un raccordement au téléseu à un raccordement au satellite « *ne nécessite pas d'investissements majeurs de la part des propriétaires d'immeubles s'agissant des IDI proprement dites* ». Toutefois, cette affirmation ne vaut que si les propriétaires d'immeubles choisissent effectivement entre le téléseu *ou* le satellite, ce que Naxoo omet de préciser. A l'inverse, du moment où les propriétaires d'immeubles souhaitent disposer pour leurs immeubles d'un raccordement au satellite *et* au téléseu tout en respectant les conditions imposées par Naxoo, les propriétaires devraient nécessairement doubler leurs IDI coaxiales, ce qui constitue a fortiori un investissement important.

435. En outre, Naxoo affirme que « *retenir l'impossibilité d'exclure un système et d'en favoriser un autre serait excessif en ce sens que l'exclusion du téléseu ou du satellite n'implique pas pour autant une absence de choix des consommateurs* ». ⁵⁴² A nouveau, Naxoo confond l'optique des propriétaires avec celle des consommateurs. En outre, il ne s'agit pas d'imposer un système à tout prix ni de favoriser un quelconque autre système, mais de garantir une liberté de choix aux propriétaires. A cet égard, les propriétaires d'immeubles souhaitent que leurs bâtiments soient aussi raccordés au téléseu – indépendamment de tout autre raccordement – vu que les offres de Naxoo sont répandues et connues sur son territoire d'activité.

436. Naxoo indique que la COMCO ne procède pas à un examen sérieux et concret du marché au vu du nombre dérisoire de bâtiments dans lesquels un système Supermédia a été installé.⁵⁴³ Or, la COMCO a tenu compte de toutes les installations Supermédia mentionnées par Gératronic.⁵⁴⁴ Au total, [...] installations Supermédia ont pu être dénombrées : [...] installations situées hors du territoire d'activité de Naxoo, et [...] installations situées sur le territoire d'activité de Naxoo. Il est frappant de constater que seulement [...] des installations ont été réalisées sur le territoire d'activité de Naxoo alors que ce territoire, pour l'essentiel la Ville de Genève, aurait constitué un débouché important pour un système satellitaire collectif si l'on considère le nombre élevé de bâtiments à plusieurs UH ainsi que la demande spécifique d'une frange de la population pour des chaînes en langues étrangères ou des chaînes spécialisées. Le chiffre de [...] installations en Ville de Genève paraît en ce sens peu élevé. Toutefois, ce fait doit être compris à la lumière du comportement même de Naxoo qui a cherché au travers de ses clauses à limiter les débouchés de systèmes satellitaires tiers (N 558 ss).

⁵⁴⁰ A 198, N 537.

⁵⁴¹ A 198, N 537.

⁵⁴² A 198, N 538.

⁵⁴³ A 198, N 540.

⁵⁴⁴ A 210.

437. Naxoo conteste que l'offre de raccordement au télé-réseau soit incontournable pour une majorité de consommateurs.⁵⁴⁵ Or et à juste titre, Naxoo ne conteste pas que son offre de raccordement au télé-réseau est largement répandue sur son territoire d'activité. On soulignera que Naxoo mélange à nouveau le point de vue des propriétaires et celui des consommateurs dans sa prise de position. Le caractère incontournable de l'offre n'est pas à comprendre dans l'optique des consommateurs, mais dans l'optique des propriétaires d'immeubles, lesquels ne peuvent faire l'impasse sur une offre de base largement répandue et connue auprès des consommateurs (N 391 s.). Par conséquent, c'est légitimement que les propriétaires cherchent à raccorder leurs immeubles au télé-réseau, indépendamment de la présence d'un raccordement au satellite. Par ailleurs, cela vaut également pour d'autres types de raccordement comme le cuivre ou la fibre optique.

438. Une IDI cuivre n'est pas substituable à une IDI coaxiale. Naxoo indique elle-même que les propriétaires équipent leurs immeubles de plusieurs IDI par immeuble.⁵⁴⁶ En considérant l'ensemble de la période d'enquête, il s'agit en général en tout cas d'une IDI cuivre et d'une IDI coaxiale. Si l'IDI cuivre devait être substituable à l'IDI coaxiale dans l'optique des propriétaires, il faudrait se demander pour quelle raison une majorité de bâtiments conserve les deux types d'infrastructure. Naxoo répond d'elle-même à cette question dans sa prise de position : « *C'est donc afin de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix que le propriétaire avait intérêt à proposer diverses alternatives. C'est du reste ce souci qui incite les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle dans leurs immeubles (câble, cuivre, fibre optique)* ». ⁵⁴⁷ Ainsi et pour la période d'enquête, il est retenu qu'une IDI cuivre n'est pas substituable à une IDI coaxiale dans l'optique des propriétaires.

439. Quant à l'IDI fibre optique, elle joue un rôle mineur sur l'ensemble de la période 2011 à 2015. Ce n'est qu'à partir de 2014 tout au plus que l'IDI fibre optique a commencé à être très présente dans les immeubles, et encore, pas dans chaque UH (N 58 s.). En outre, la fibre optique s'ajoute aux autres IDI traditionnelles que sont les IDI cuivre et les IDI coaxiales. Naxoo prétend à la substituable entre les IDI fibre optique et les IDI coaxiales, sans toutefois étayer son argument avec des exemples concrets. Pas plus qu'elle n'a démontré que les propriétaires d'immeubles n'installaient plus d'IDI coaxiales dans leurs nouvelles constructions en raison de l'existence des IDI fibre optique, ni même que les propriétaires renoncent aux IDI cuivre vu la disponibilité des IDI fibre optique. En outre, la COMCO a déjà spécifiquement défini un marché pertinent comme étant le marché de l'accès à une infrastructure permettant la transmission des données à la vitesse de la lumière pour des clients privés.⁵⁴⁸ Ainsi, l'IDI fibre optique n'est pas substituable à l'IDI coaxiale pendant la période d'enquête (voir aussi N 62).

440. Naxoo indique que son modèle d'affaires ne diffère pas du modèle d'affaires des autres opérateurs et que l'argumentation de la COMCO tomberait à faux.⁵⁴⁹ Son raisonnement est difficilement compréhensible si on considère que Naxoo vise à conclure des contrats collectifs directement avec les propriétaires d'immeubles, lesquels sont les partenaires à l'échange essentiels de Naxoo. Les propriétaires intègrent par la suite la taxe du raccordement de base dans le contrat de bail, que ce soit dans le loyer ou dans les charges. Les transferts monétaires sont doubles pour la taxe de raccordement de base : un premier transfert est effectué entre les consommateurs et les propriétaires, et un deuxième transfert est effectué

⁵⁴⁵ A 198, N 542.

⁵⁴⁶ A 198, N 536.

⁵⁴⁷ A 198, N 729 ; voir aussi N 536.

⁵⁴⁸ Voir les cas *FTTH Genève* (DPC 2012/3, 482, *Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable de l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence*), *FTTH Freiburg* (DPC 2012/2, 171, N 192, *FTTH Freiburg*), *FTTH Lausanne* (DPC 2012/3, 721, N 63, *Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG*) ainsi que *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* (DPC 2012/2, 209, N 300, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*).

⁵⁴⁹ A 198, N 549.

entre les propriétaires et Naxoo. A l'inverse, vu que les autres opérateurs comme Swisscom ou Sunrise concluent directement des contrats avec les consommateurs, les transferts monétaires s'établissent entre l'opérateur et le consommateur sans que le propriétaire n'intervienne d'une quelconque façon. Par conséquent, les deux modèles d'affaires, soit celui de Naxoo et celui des autres opérateurs, diffèrent sans l'ombre d'un doute (N 425).

441. En ce qui concerne les marchés du contenu situés en aval, l'analyse de la COMCO visait avant tout à déterminer le poids des offres de Naxoo auprès des consommateurs afin d'appréhender le raisonnement des propriétaires d'immeubles, respectivement afin de déterminer la raison pour laquelle le raccordement au télésexeau était indispensable dans un immeuble avec plusieurs UH dans l'optique des propriétaires.

442. L'analyse des marchés du contenu situés en aval a tout d'abord débuté avec l'analyse de l'offre de base triple play de Naxoo liée au raccordement au télésexeau (N 221 ss). Cette offre de base triple play de Naxoo est dite centrée sur le segment TV au vu de la faible vitesse Internet proposée.⁵⁵⁰ Elle a pour vocation de satisfaire des consommateurs consommant peu de services Internet, mais beaucoup de services TV. Cette offre de base de Naxoo contraste avec les offres triple play à valeur ajoutée, lesquelles proposent une vitesse Internet au moins dix fois supérieure à la vitesse Internet de l'offre de base de Naxoo (N 371 ss).⁵⁵¹ De plus, il existe une différence de prix significative entre les deux types d'offres : les offres à valeur ajoutée les moins chères coûtent plus de deux fois plus que l'offre de base de Naxoo.

443. Considérant l'importance des différences tant au niveau du prix que des caractéristiques objectives, il y aurait lieu de définir des marchés distincts. Par exemple, la COMCO a déjà défini un marché de détail de l'Internet à haut débit pour les clients finaux en différenciant les clients commerciaux et privés comme mentionné par Naxoo.⁵⁵² Or, ce marché de l'Internet à haut débit englobe les offres à valeur ajoutée, mais pas les offres de base. On note également que dans cette même décision, la COMCO a défini un marché pertinent comme étant le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une transmission basée sur le cuivre. En soit, il n'est donc pas incorrect de délimiter le marché pertinent en se basant sur une infrastructure spécifique, comme avancé ci-dessus (N 418). Par ailleurs, la décision *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.* distingue également différents marchés du contenu, comme mentionné par Naxoo.⁵⁵³ Il est également question d'un marché de l'Internet à haut débit. Les offres triple play à valeur ajoutée relèveraient du marché de l'Internet à haut débit alors que les offres triple play de base liées au raccordement au télésexeau ne peuvent valablement être incluses dans le marché de l'Internet à haut débit en raison de sa vitesse Internet faible. Ainsi, il existe pour le moins différents marchés du contenu. La différence entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée ainsi que la pratique de la COMCO, mentionnée par Naxoo,⁵⁵⁴ appuient cette conclusion. Toutefois et contrairement à l'étonnement dont Naxoo fait preuve, il n'y a rien d'extraordinaire à différencier les marchés selon les types de partenaires (clients commerciaux, clients privés ou encore propriétaires d'immeuble), selon les caractéristiques objectives des offres (offres de base, offres à valeur ajoutée), ou encore selon les infrastructures.

444. En ce qui concerne la délimitation géographique du marché pertinent, Naxoo ne peut être suivie quand elle focalise son analyse sur les consommateurs et sur les marchés du contenu en aval. En effet, ce ne sont pas les consommateurs, mais bien les propriétaires d'immeubles qui sont les partenaires essentiels à l'échange pour Naxoo (N 419 ss et N 432). L'analyse de la délimitation géographique du marché doit débuter par les partenaires à l'échange, à savoir les propriétaires. A cette fin, il convient de se demander vers quelle

⁵⁵⁰ A 115, p. 12.

⁵⁵¹ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁵² A 198, N 559.

⁵⁵³ A 198, N 561.

⁵⁵⁴ A 198, N 556 ss.

entreprise la demande des propriétaires se dirige, et si les propriétaires se comportent de manière raisonnable en dirigeant leur demande vers cette entreprise. Sur le territoire d'activité de Naxoo, les propriétaires s'adressent, respectivement ne peuvent que s'adresser à Naxoo en matière de raccordement au téléseuil. Seule Naxoo peut leur fournir un raccordement au téléseuil dans la région essentiellement représentée par la Ville de Genève, et aucun autre câblo-opérateur n'est capable de satisfaire cette demande. Par conséquent, les propriétaires de cette région se comportent de façon raisonnable lorsqu'ils s'adressent à Naxoo et pas à un autre câblo-opérateur pour lui demander un raccordement au téléseuil. La question de savoir si les propriétaires pourraient substituer une infrastructure à une autre n'est pas pertinente pour la délimitation du marché géographique, et a été traitée dans la délimitation du marché pertinent (N 433 s. et N 438 s.). L'influence des marchés en aval, respectivement des consommateurs est analysée ci-dessous (N 463 ss et N 475 ss).

B.4.1.4 Conclusion intermédiaire

445. Vu ce qui précède, le marché pertinent est défini comme étant le marché du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209. Les analyses subséquentes se basent sur cette définition du marché pertinent.

B.4.2 Position dominante de Naxoo sur le marché pertinent

446. Il est examiné ici si Naxoo est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Elle ne peut se comporter de façon indépendante en présence d'une concurrence actuelle ou potentielle suffisamment forte.

447. A noter que le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels soit sur le même marché dominé, soit sur un marché connexe (en amont ou en aval) 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'entrer.⁵⁵⁵ En l'occurrence, il sera démontré ci-dessous que Naxoo est en position dominante sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil, et qu'elle utilise cette position dominante pour entraver la concurrence sur les marchés situés en aval, soit les marchés du contenu.

B.4.2.1 Concurrence actuelle

448. L'examen de la concurrence actuelle vise à déterminer si une entreprise peut se comporter de manière indépendante sur le marché pertinent de sorte qu'elle soit capable de fixer les paramètres déterminants de la concurrence, sans égard à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux. A cette fin, il est précisé que le critère des parts de marché n'est pas le seul critère déterminant de la position dominante. La nature de la concurrence doit également être examinée.

449. En l'espèce, Naxoo est la seule entreprise qui exploite le téléseuil en Ville de Genève. Par conséquent, Naxoo se trouve en position dominante de fait sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, tel que délimité ci-dessus (N 445). Cette position dominante permet à Naxoo d'imposer des conditions commerciales lui assurant un accès exclusif à l'IDI coaxiale, ce qui exclut d'emblée tout tiers. En effet, Naxoo sait qu'aucune autre entreprise ne peut la concurrencer sur le marché du raccordement au téléseuil, vu qu'une telle entreprise devrait sinon également disposer de son propre réseau jusqu'aux boîtes d'injection. Par ailleurs, la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil se reflète également au travers du nombre d'UH raccordées au téléseuil. Effectivement, Naxoo a raccordé [...] UH en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] % (N 231 s.).

⁵⁵⁵ CR Concurrence-CLERC (note 531), art. 7 al. 1 LCart N 66.

450. La position dominante doit également s'apprécier dans la durée ; la stabilité des parts de marché est un bon indicateur de la position dominante. Pour la période allant de 2011 à 2015, le taux de raccordement au Réseau Naxoo en Ville de Genève a [...] %, passant de [...] % (N 231 s.). [...] pas de nature à remettre en question la domination de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil. En effet, Naxoo détient toujours 100 % du marché pertinent du raccordement au téléseuil, vu qu'il n'y a pas d'alternative pour un tel raccordement. Par ailleurs, [...] tend à démontrer que la position dominante de Naxoo est demeurée relativement stable.

451. Les conditions commerciales de Naxoo visent à empêcher l'accès à l'IDI coaxiale par des tiers, accès pourtant nécessaire pour des systèmes comme des systèmes satellitaires collectifs afin d'accéder aux marchés du contenu, situé en aval. En d'autres termes, Naxoo essaie de verrouiller une partie du marché, soit de le forclure.⁵⁵⁶ Si une entreprise en position dominante et verticalement intégrée possède à l'une des étapes de son processus économique une infrastructure ou une ressource rare ou qu'elle exerce un contrôle sur cette infrastructure ou cette ressource rare, elle peut entraver sérieusement tout concurrent désireux d'entrer sur un marché situé en aval. L'entreprise dominante peut par exemple refuser l'accès à une infrastructure qu'elle contrôle ou tarifier désavantageusement l'accès à cette infrastructure. Cette forclusion du marché se traduit au moins par une atteinte à la concurrence actuelle, voire à la suppression de la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval.

452. En l'espèce, les IDI coaxiales sont indispensables pour le fonctionnement de systèmes tiers comme le système Supermédia (N 19 et 68). Or, parallèlement au téléseuil de Naxoo, un tel système offre aux consommateurs la possibilité de consommer des services télévisuels satellitaires par l'IDI coaxiale, lesquels représentent une alternative à l'offre télévisuelle de Naxoo. Vu sa vitesse Internet très faible et sa téléphonie fixe payante pendant la période visée par l'enquête, l'offre de base triple play de Naxoo est centrée sur le segment télévisuel (N 29 ss) et entre bien, au moins en partie, en concurrence avec l'offre télévisuelle disponible par satellite sur les marchés du contenu situés en aval. Naxoo considère d'ailleurs l'offre par satellite comme concurrente de son offre de programmes de télévision (N 89). Forclure l'accès à l'IDI coaxiale par l'imposition de ses clauses commerciales permet ainsi à Naxoo de stabiliser ses parts de marché et d'éliminer au moins une partie de la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval, en particulier pour le segment TV (N 89). Dans tous les cas, les clauses commerciales de Naxoo visant à accaparer les IDI coaxiales empêchent le développement de systèmes satellitaires collectifs, ou plus généralement de tout système ayant besoin de l'IDI coaxiale, ce qui affecte négativement le bien-être des consommateurs qui se voient empêchés d'accéder à du contenu audiovisuel supplémentaire.

453. Finalement, la menace même de la part de Naxoo de ne pas contracter (N 297 ss) renforce l'indice de l'absence de concurrence actuelle, respectivement de tout effet disciplinant sur le marché du raccordement au téléseuil. En effet, il n'est pas rationnel pour une entreprise de renoncer à réaliser un chiffre d'affaires alors qu'elle en a la possibilité. Seule l'absence de concurrence actuelle permet à Naxoo de prendre le risque de renoncer à réaliser un chiffre d'affaires, vu qu'elle sait qu'aucun concurrent sérieux ne peut se substituer à elle pour fournir un raccordement au téléseuil et que ses offres sont largement répandues sur son territoire d'activité.

454. En conclusion, il n'existait aucune concurrence « actuelle » suffisamment forte sur le marché du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209 pour discipliner Naxoo, laquelle pouvait – sur la période visée par l'enquête – se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles et des installateurs de systèmes tiers souhaitant utiliser l'IDI coaxiale pour fournir leurs services.

⁵⁵⁶ EMMANUEL COMBE, Economie et politique de la concurrence, Paris 2005, chapitre 7, pp. 248 s.

B.4.2.2 Concurrence potentielle

455. Vu que la concurrence actuelle est trop faible, voire inexistante pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché du raccordement au téléseuil, il est nécessaire d'analyser en quoi la concurrence potentielle peut avoir un effet disciplinant sur le comportement de Naxoo. Il est donc nécessaire d'examiner si de potentiels nouveaux partenaires à l'échange pourraient offrir aux propriétaires d'immeubles des prestations similaires au téléseuil.

456. L'infrastructure horizontale de Naxoo est unique principalement pour des motifs historiques (N 41 s.) et économiques. En effet, il serait économiquement très coûteux de la dupliquer, ce à quoi s'ajoute qu'il n'est pas certain que cela soit techniquement possible. Ainsi, la duplication d'un téléseuil en Ville de Genève est impossible ou très difficilement envisageable dans le cas d'espèce. Par conséquent, une installation ou un équipement indispensable, impossible à dupliquer pour un coût raisonnable, constitue la principale barrière à l'entrée, laquelle limite l'accès au marché et restreint par conséquent la concurrence potentielle.

457. Par ailleurs, les conditions commerciales problématiques de Naxoo cherchent à accaparer les IDI coaxiales à son avantage (N 451 ss). Ainsi, vu que la forclusion du marché vise à empêcher toute concurrence actuelle, elle limite en toute logique également la concurrence potentielle.

458. En ce qui concerne les technologies MoCA (N 25 ss) et LoRA (soit l'« Internet des objets », N 28 ss), lesquelles pourraient également utiliser l'IDI coaxiale, rien n'indique au dossier que ces technologies soient utilisées en Suisse ou qu'elles le seront dans un futur proche. En outre, elles représenteraient vraisemblablement d'autres marchés pertinents du point de vue des propriétaires.

459. Il doit également être tenu compte des développements technologiques du satellite dans le futur. SOS-Télé a indiqué en cours d'enquête qu'en ce qui concerne Internet par satellite, la société ViaSat offrirait à l'horizon 2020 des débits jusqu'à 1 Tbit/s (soit plus que la fibre) avec de nouveaux satellites en orbite basse.⁵⁵⁷ Cela rendrait possibles les offres triple play par satellite, lesquelles pourraient éventuellement apparaître à l'avenir comme substituables en tout cas à l'offre de base du téléseuil dans l'optique des propriétaires. Toutefois, cette évolution du marché est incertaine, et rien n'indique qu'une telle offre sera disponible en Suisse dans un futur proche. Partant, l'évolution technologique satellitaire ne peut actuellement être retenue dans le cadre de l'analyse de la concurrence potentielle, même si le satellite semble encore avoir de beaux jours devant lui, principalement avec l'arrivée de l'Ultra HD⁵⁵⁸.⁵⁵⁹ Seul le cas où une entreprise aurait été capable d'offrir concrètement ou dans un futur proche un produit substituable dans l'optique des propriétaires au raccordement téléseuil aurait pu être retenu dans l'analyse de la concurrence potentielle.

460. En conclusion, les indices comportementaux et structurels relevés ci-dessus indiquent qu'il n'existait pas de concurrence potentielle suffisamment forte pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché pertinent et durant la période visée par l'enquête.

B.4.2.3 Comportement de la demande

461. Afin d'examiner la nature réelle de la concurrence et d'apprécier la position dominante, il est également nécessaire d'examiner le rôle de la demande. Une entreprise en

⁵⁵⁷ A 120, réponse 9.

⁵⁵⁸ *Ultra High Definition*, ultra-haute définition.

⁵⁵⁹ Interview de M. Michel Chabrol, Directeur Nouveaux formats TV chez Eutelsat, 6.2.2017, <www.lesnumeriques.com/tv-televiseur/4-questions-a-michel-chabrol-expert-ultra-hd-hdr-chez-eutelsat-a2977.html> (13.2.2017).

position dominante ne pourra pas se comporter de manière indépendante face à un monopsonne, soit un unique acheteur et donc puissant sur le marché. Il en va différemment si les partenaires potentiels de l'entreprise en position dominante sont caractérisés par leur atomicité, soit un grand nombre de partenaires potentiels sans aucune influence sur le marché pertinent.

462. Dans le cas d'espèce, le nombre de propriétaires auxquels fait face Naxoo est important. Un propriétaire d'immeubles pris individuellement n'est pas puissant sur le marché dans le sens où le chiffre d'affaires réalisé par Naxoo avec un seul immeuble ne représente qu'une fraction minime de son chiffre d'affaires total. Par conséquent, un seul propriétaire n'est pas en mesure de contrebalancer la puissance de Naxoo sur le marché pertinent.

B.4.2.4 Influence des marchés en aval

463. Les marchés du contenu situés en aval peuvent influencer les marchés situés en amont. Ainsi, il ne peut être exclu que les marchés du contenu en aval exercent une pression concurrentielle disciplinant le comportement de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil. Partant, la situation concurrentielle sur ces marchés situés en aval ainsi que les interdépendances avec le marché pertinent du raccordement au téléseuil sont abordées ci-dessous.

464. Sur les marchés du contenu situés en aval, Naxoo a avancé que l'offre de base du téléseuil est en concurrence avec d'autres offres similaires.⁵⁶⁰ S'il peut être admis que l'offre *Swisscom Casa* ainsi que l'offre *Combi 1* de Wingo soient similaires à l'offre triple play de base du téléseuil en considérant les prestations fournies ainsi que les prix, il n'en va pas de même pour l'offre triple play de base de Sunrise, en considérant des caractéristiques objectives comme la différence de prix et la vitesse d'Internet. Lors de l'analyse du nombre d'offres triple play de base prestées, il a été constaté que Naxoo prestait [...] % des offres de base (N 391 ss) en Ville de Genève pour l'année 2015. Par conséquent, même s'il existe des offres similaires à l'offre de base du téléseuil, il n'en demeure pas moins que Naxoo est l'entreprise la plus forte en matière de fourniture d'offres triple play de base.

465. Il est nécessaire de se demander en quoi les services prestés par les IDI cuivre et fibre optique influencent le raisonnement auquel procèdent les propriétaires d'immeubles sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil. Si le propriétaire est l'unique résident, il est le seul consommateur dans son bien immobilier. Il peut choisir librement le contenu qu'il souhaite consommer et par là même l'infrastructure qui délivre ce contenu. Toutefois et comme relevé plus haut (N 34 ss), la Ville de Genève est caractérisée par une quantité importante d'immeubles contenant plusieurs logements. Les propriétaires doivent nécessairement tenir compte de l'intérêt commun actuel et futur des consommateurs composés par l'ensemble des résidents actuels et futurs de l'immeuble. Partant, les propriétaires raisonnent comme la somme agrégée des consommateurs (N 421).

466. Il est difficile d'imaginer que tous les consommateurs résidant dans un même immeuble se satisfont des services prestés par l'intermédiaire d'une seule IDI. Il ressort du dossier que certains consommateurs souhaitent accéder aux prestations délivrées soit par l'IDI coaxiale, soit par les IDI cuivre ou fibre optique, soit même simultanément aux prestations délivrées par plusieurs IDI différentes.⁵⁶¹ Or, vu que Naxoo est en position de force dans la fourniture de l'offre de base triple play et vu que celle-ci est très répandue auprès des consommateurs (N 386 ss et N 464), les propriétaires ne peuvent pas renoncer au téléseuil,

⁵⁶⁰ A 115, p.12, tableau 5.

⁵⁶¹ A 17, réponses 1b et 6 ; A 115, p. 12 : Naxoo mentionne elle-même qu'il est tout à fait possible que certains consommateurs consomment tant ses services que les services de Swisscom ou de Sunrise par exemple. Aux yeux de ces consommateurs, les services prestés par l'IDI coaxiale et par le cuivre ou la fibre optique n'apparaissent donc pas comme substituables, puisque simultanément consommés.

en tout cas pas dans un avenir proche. A cela s'ajoute que pour des raisons historiques, les consommateurs s'attendent à ce que l'offre de base « gratuite » du téléseuil⁵⁶² soit spontanément disponible dans leur appartement, ignorant en règle générale qu'ils paient cette offre de base « gratuite » par l'entremise de leurs charges locatives (N 240). Par conséquent, la marge de manœuvre du côté des propriétaires est très réduite : indépendamment de la possibilité de se connecter aux IDI cuivre ou fibre optique pour consommer des services de tiers à Naxoo, les propriétaires se doivent de donner la possibilité aux consommateurs de se connecter aussi au téléseuil, et donc à l'IDI coaxiale.

467. En résumé et pour la période visée par l'enquête, il n'existe pas de pression concurrentielle suffisamment forte des marchés du contenu situés en aval pour remettre en question la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil.

B.4.2.5 Prise de position de Naxoo sur la question de sa position dominante sur le marché pertinent

468. Tout comme cela a été relevé plus haut (N 431), Naxoo mélange dans sa prise de position les marchés en amont du raccordement au téléseuil et les marchés du contenu en aval. Seuls les arguments concernant la situation concurrentielle sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil sont traités dans l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle. Les arguments qui relèvent des marchés du contenu sont traités dans l'analyse des influences des marchés en aval (N 475 ss.).

a. Concurrence actuelle

469. Naxoo n'a avancé aucun argument faisant état d'autres concurrents actuels sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil. En revanche, Naxoo a contesté à nouveau la définition du marché pertinent, laquelle serait erronée selon elle. Elle a également affirmé que la concurrence sur les marchés en aval était suffisamment forte pour contester sa position dominante sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil.

470. En ce qui concerne la définition du marché pertinent, Naxoo invoque principalement la substituabilité des infrastructures et des technologies.⁵⁶³ Or, la construction des IDI coaxiales constitue un coût non négligeable pour les propriétaires d'immeubles. Si les IDI coaxiales étaient substituables avec les autres infrastructures comme les IDI cuivre ou la fibre optique, les immeubles ne seraient pas équipés de plusieurs infrastructures, ce qui démontre que ces infrastructures ne sont pas substituables dans l'optique des propriétaires. Naxoo a par ailleurs elle-même indiqué dans sa prise de position que les propriétaires avaient intérêt à proposer diverses alternatives, et que c'était du reste ce souci qui incitait les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle (câble, cuivre et fibre optique) dans leurs immeubles.⁵⁶⁴ Finalement, la substituabilité entre les différentes infrastructures a déjà été traitée ci-dessus (voir N 438 s.).

471. Quant à la situation concurrentielle sur les marchés en aval, Naxoo apparaît comme un acteur incontournable tant dans la fourniture des offres triple play de base que des offres triple play à valeur ajoutée (voir N 452 ss et N 487 ss). Ainsi, contrairement à ce que Naxoo indique, elle n'en demeure pas moins un acteur incontournable en Ville de Genève pour la période examinée.

⁵⁶² Offre numérique de base : <www.upc-cablecom.ch/fr/tools/offre-numerique-de-base> (19.11.2015).

⁵⁶³ A 198, N 580 et 583.

⁵⁶⁴ A 198, N 729.

b. Concurrence potentielle

472. En ce qui concerne la concurrence potentielle, Naxoo considère que l'analyse de la COMCO est erronée vu que des offres triple play par satellite seraient déjà disponibles dans les pays voisins. Naxoo n'étaye toutefois pas davantage ses assertions avec des faits concrets, ce à quoi s'ajoute qu'*a contrario* si on suit Naxoo, cela signifie que de telles offres triple play par satellite ne sont justement pas disponibles en Suisse. Les informations de la COMCO sont quant à elles basées sur ses propres connaissances ainsi que sur deux entreprises tierces non parties à la présente procédure et qui n'auraient pas grand intérêt à induire l'autorité en erreur (N 32). Actuellement, des offres triple play par satellite ne seraient pas fournies en Suisse, et même si c'était le cas, ce phénomène serait très marginal. Finalement, il convient de rappeler que la concurrence potentielle doit être examinée pour la période visée par l'enquête.

473. Quant à la « triplification » des infrastructures mentionnée par Naxoo,⁵⁶⁵ elle démontre surtout que les infrastructures ne sont pas substituables entre elles dans l'optique des propriétaires.

c. Comportement de la demande

474. Naxoo conteste que les propriétaires soient caractérisés par leur atomicité au vu qu'il existe des associations, notamment la Chambre Genevoise Immobilière (CGI). Toutefois, Naxoo ne substantifie pas son argument et ne démontre en rien que cette association (ou une autre association) aurait essayé de négocier des CRI pour le compte de ses membres. A l'inverse, dans le cas des immeubles [...] sis Rue Cramer, c'est le propriétaire, respectivement son mandataire [...] chargé du projet de construction qui a essayé de négocier sans succès les conditions commerciales problématiques de Naxoo (N 277 s.). Aucune intervention de la Chambre Genevoise Immobilière ou d'une autre association n'a été constatée dans ce cas de figure.

d. Influence des marchés en aval

475. Naxoo prétend que les chiffres utilisés par la COMCO dans son analyse des marchés situés en aval sont incomplets et biaisés, et que la notion d'offre triple play de base n'aurait aucune pertinence.⁵⁶⁶ La COMCO a abordé l'ensemble des acteurs essentiels du marché et leur a demandé de lui livrer les informations sur les offres prestées pour la période examinée allant de 2011 à 2015 en Ville de Genève (N 370 ss). Les chiffres examinés par la COMCO sont aussi complets que possible.

476. Le deuxième grief invoqué par Naxoo est également infondé : les chiffres utilisés représentent le nombre d'offres, respectivement le nombre de clients par fournisseurs de services de télécommunication en Ville de Genève. Ils ont certes une portée limitée quant à l'analyse des parts de marché des entreprises, mais demeurent valables pour examiner le nombre de clients de chaque entreprise, respectivement la popularité des offres de chaque entreprise. Il est rappelé qu'il ne s'agit pas sous ce titre de prouver une position dominante sur un des marchés du contenu situés en aval, mais uniquement de démontrer que les offres de Naxoo sont très largement répandues sur son territoire d'activité, ce qui en fait un acteur incontournable dans l'optique des propriétaires. Pour une telle analyse, examiner le nombre de clients par entreprise et par type d'offre est pertinent.

477. Quant au troisième grief, il est difficile de suivre Naxoo lorsque celle-ci affirme que les offres triple play de base ne sont pas pertinentes, en particulier lorsque l'on considère que Naxoo elle-même met continuellement en avant son offre de base de raccordement proposant

⁵⁶⁵ A 198, N 603.

⁵⁶⁶ A 198, N 612 s.

télévision, Internet et téléphonie, soit les trois services qui définissent une offre triple play.⁵⁶⁷ Pour le moins, Naxoo ne substantifie pas ce point, pas plus qu'elle n'indique quelle offre il serait pertinent d'analyser.

478. En ce qui concerne les offres triple play de base, Naxoo est le principal, voire l'unique acteur dans la fourniture de ce type d'offre pour la période examinée en Ville de Genève (N 391 s.). Il n'y a pas lieu de supposer que la situation était différente pour les années antérieures à la période examinée. En particulier, il est à noter que Swisscom ne preste des offres triple play de base que depuis 2014 (N 373 s.). En outre et comme exposé ci-dessus, il y a lieu de différencier les marchés du contenu selon les offres de base et les offres à valeur ajoutée (N 441 ss). En effet, les offres à valeur ajoutée correspondraient à un marché d'Internet à haut débit pour les clients privés. Les offres de base ne pourraient pas être comprises dans ce marché au vu de la faible vitesse d'Internet dans ces offres centrées sur le segment télévisuel.

479. Par ailleurs, l'analyse des offres à valeur ajoutée laisse transparaître un pourcentage de clients en faveur de Naxoo variant entre [...] (N 389 s.). Ainsi, Naxoo est le deuxième acteur économique dans la fourniture d'offres à valeur ajoutée, juste derrière Swisscom ([...] des clients) mais loin devant Sunrise ([...] des clients). De ces chiffres, il ressort que Naxoo est au moins puissante dans la fourniture d'offres triple play à valeur ajoutée en Ville de Genève et pour la période examinée. Par ailleurs, s'il est délicat de déduire des parts de marché à partir du tableau 11 (N 387 s.) vu que ce tableau mélange offres de base et offres à valeur ajoutée et vu la différence de prix entre ces deux types d'offres, cette affirmation ne vaut pas pour les tableaux 12 et 13 (N 389 ss.), lesquels présentent de manière séparée offres triple play de base et offres triple play à valeur ajoutée. Toutefois, le tableau 11 démontre clairement que les offres de Naxoo sont largement répandues en Ville de Genève pour la période examinée.

480. En conclusion, Naxoo est de loin le principal acteur dans la fourniture d'offres triple play de base. Elle est au moins puissante dans la fourniture des offres triple play à valeur ajoutée. Considérés dans leur ensemble, les deux types d'offres de Naxoo sont très largement répandus en Ville de Genève pour la période examinée. Ces constatations démontrent le caractère indispensable des offres de Naxoo dans l'optique des propriétaires. Un propriétaire de bâtiments contenant plusieurs UH ne peut faire l'impasse sur un raccordement au téléseuil. Ainsi, l'examen des influences des marchés en aval ne remet pas en question la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil.

B.4.2.6 Conclusion intermédiaire

481. Pour la période visée par l'enquête, tant la concurrence actuelle que la concurrence potentielle demeurent insuffisantes pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché du raccordement au téléseuil. De plus, l'analyse des marchés du contenu situés en aval a montré premièrement que Naxoo est au moins en position de force dans la fourniture d'offres triple play à valeur ajoutée, et deuxièmement qu'elle est le principal acteur dans la fourniture des offres triple play de base pour la Ville de Genève et pour la période examinée. Cet élément renforce la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil, notamment en considérant que le taux de raccordement est élevé (N 449), que les consommateurs s'attendent à bénéficier de l'accès au téléseuil et que la taxe de raccordement était jusqu'à récemment intégrée dans les charges locatives, souvent sans que les consommateurs s'en rendent compte. Partant, Naxoo occupe une position dominante dans sa zone de desserte sur le marché du raccordement au téléseuil pour la période visée par l'enquête. Elle peut se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des

⁵⁶⁷ Voir par ex. la première page du site Internet de Naxoo <www.naxoo.ch>, ou les visuels utilisés par Naxoo, par ex. A 53, annexe 3 ; A 57, publicité annexée ; A 62, publicité annexée.

propriétaires d'immeubles, lesquels ne peuvent faire l'impasse sur un raccordement au télé-réseau en Ville de Genève.

B.4.3 Pratiques illicites

B.4.3.1 Remarques préliminaires

B.4.3.1.1 En ce qui concerne les relations contractuelles

482. Il est préalablement précisé que Gérardtronic et Naxoo n'entretiennent pas de relations contractuelles directes en ce qui concerne le système Supermédia. Les échanges entre Gérardtronic et Naxoo visent uniquement à essayer de coordonner l'installation du système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, tant sur le plan technique que sur le plan organisationnel.⁵⁶⁸ Selon Naxoo, celle-ci interagit toutefois avec Gérardtronic lors de la mise en place d'IDI réalisées par Gérardtronic indépendamment de tout système Supermédia.⁵⁶⁹

483. En revanche, il y a relations contractuelles entre, d'une part, Naxoo et les propriétaires d'immeubles (N 246 ss) et, d'autre part, Gérardtronic et les propriétaires d'immeubles (soit directement, soit indirectement en agissant comme sous-traitant, par ex. pour Egg-Telsa SA⁵⁷⁰).

B.4.3.1.2 En ce qui concerne le marché sur lequel les abus sont commis

484. En vertu de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, 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.

485. Le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels *sur le marché dominé*, mais aussi *sur un marché connexe* (en amont ou en aval) qui présente un lien de connexité étroite 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'entrer.⁵⁷¹ Ainsi et comme notamment relevé par le TAF dans l'affaire *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* ou encore la COMCO dans l'affaire *Sport im Pay-TV*, un comportement peut être qualifié d'abusif alors même qu'il se produit et a des effets sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante.⁵⁷²

486. La Cour de justice des Communautés européennes (ci-après : la CJCE) applique également l'art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des comportements d'une entreprise dominante qui ont lieu sur un marché distinct du marché dominé, pour autant que l'entreprise en cause dispose d'une prééminence sur le marché distinct et que ce marché soit uni par des liens de connexité étroits avec le marché dominé. Du fait de cette prééminence et de cette connexité, l'entreprise peut manifester sur le marché distinct une indépendance de comportement par rapport aux autres opérateurs présents. Cette indépendance lui confère, sans qu'il faille établir qu'elle y détient une position dominante, une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée.⁵⁷³

⁵⁶⁸ Voir par ex. A 52, annexe H, courriel du 5.12.2014.

⁵⁶⁹ A 198, N 621.

⁵⁷⁰ A 162, réponse 4b.

⁵⁷¹ CR Concurrence-CLERC (note 531), art. 7 I LCart N 66 et les références citées.

⁵⁷² Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 636 consid. 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force) ; affaire *Sport im Pay-TV*, <www.comco.admin.ch> Actualités > Dernières décisions > Sport im Pay-TV: Verfügung vom 9.5.2016 (allemand), N 607 (n'est pas encore en force).

⁵⁷³ CR Concurrence-CLERC (note 531), art. 7 I LCart N 68.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Tetra Pak International SA*, la CJCE a jugé que « *c'est à bon droit que le Tribunal a admis l'application en l'espèce de l'article 86 du traité, compte tenu de ce que la position quasi monopolistique détenue par Tetra Pak sur les marchés aseptiques et sa position prééminente sur les marchés non aseptiques, distinctes, mais étroitement connexes, plaçaient cette entreprise dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause. Une entreprise qui se trouve dans une telle situation est nécessairement en mesure de prévoir que son comportement peut relever de l'article 86 du traité* ». ⁵⁷⁴

487. En l'espèce, il a été démontré plus haut que Naxoo est en position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau (N 481). Même si les marchés du contenu situés en aval n'ont pas été délimités, il a toutefois été relevé que Naxoo est au moins puissante dans la fourniture des offres triple play à valeur ajoutée et de base (N 386 ss et N 464). Cette position de force sur les marchés situés en aval – qu'il n'est pas nécessaire de délimiter plus précisément ici – consolide la position dominante de Naxoo sur le marché du raccordement au télé-réseau, distinct mais étroitement connexe. Cette situation permet à Naxoo d'éliminer tout système qui a nécessairement besoin de l'accès à l'IDI coaxiale pour fonctionner. Ainsi, Naxoo sauvegarde au mieux ses intérêts économiques, vu que l'offre télévisuelle disponible par satellite entre en concurrence, au moins en partie, avec l'offre triple play de base de Naxoo (N 89 et 452). ⁵⁷⁵

B.4.3.2 Les pratiques illicites de Naxoo en détail

488. Une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart comprend toutes les pratiques d'entreprises en position dominante qui ont des effets économiques dommageables ou qui entravent la liberté économique d'autres entreprises. ⁵⁷⁶ Chaque abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart peut directement être sanctionné, nonobstant la subsumption sous l'art. 7 al. 2 LCart. ⁵⁷⁷ Ainsi, la subsumption sous l'art. 7 al. 2 LCart est moins déterminante que celle sous l'art. 7 al. 1 LCart. Finalement, vu qu'une pratique illicite d'une entreprise en position dominante ne peut être retenue que si tous les éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 LCart sont remplis, les différentes pratiques mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart peuvent être soumises au même niveau élevé d'exigence. ⁵⁷⁸

Naxoo estime dans sa prise de position que la formulation extrêmement large de l'art. 7 al. 1 LCart ne fournit pas un degré de prévisibilité suffisant pour permettre d'imposer une sanction en dehors de tout rattachement à l'une des situations décrites à l'art. 7 al. 2 LCart. ⁵⁷⁹ Cette affirmation est toutefois contraire à la dernière jurisprudence en la matière. ⁵⁸⁰

489. L'art. 7 al. 2 LCart dresse donc une liste exemplative de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante, dans la mesure où elles ne sont pas justifiées par un intérêt commercial légitime.

490. En l'espèce, il est retenu non pas plusieurs comportements différents de la part de Naxoo, mais un seul comportement (voir N 614), susceptible de remplir les conditions suivantes de l'art. 7 al. 2 LCart :

⁵⁷⁴ Arrêt de la CJCE du 14.11.1996 C-333/94P, N 31 s. et 48, *Tetra Pak International SA*.

⁵⁷⁵ A 5, réponse 5 ; A 17, réponse 2.

⁵⁷⁶ Voir arrêt du TAF, DPC 2015/3, 636 consid. 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁵⁷⁷ Voir arrêt du TAF, DPC 2015/3, 664, 665 et 667 consid. 579, 591 et 602, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁵⁷⁸ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 621 (n'est pas encore en force).

⁵⁷⁹ A 198, N 633.

⁵⁸⁰ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 436 et 441 à 443, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

1. refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart) ;
2. imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) ;
3. limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart).

491. Ces trois points sont examinés en détail ci-dessous.

B.4.3.3 Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart)

492. Afin de déterminer si l'interdiction visée à l'art. 7 al. 2 let. a LCart doit être retenue, les quatre conditions suivantes doivent être cumulativement remplies :⁵⁸¹

- a. le comportement incriminé consiste en un refus d'entretenir des relations commerciales ;
- b. le refus porte sur un input objectivement nécessaire afin de pouvoir accéder à une concurrence efficace sur un marché connexe ou situé en aval ;
- c. le refus produit des effets anticoncurrentiels ;
- d. le refus ne peut pas être justifié par des considérations commerciales légitimes.

B.4.3.3.1 Refus d'entretenir des relations commerciales

a. Remarque théorique

493. Un refus d'entretenir des relations commerciales doit être démontré pour qu'un abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart puisse être retenu. En d'autres termes, un potentiel partenaire commercial doit avoir essayé de construire une relation commerciale et communiqué dans ce but avec l'entreprise en position dominante.

b. En l'espèce

494. Pour la majorité des immeubles examinés dans le cadre de l'enquête, soit l'Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, les immeubles sis Route de Malagnou ainsi que celui sis Rue Abraham-Gevray, ceux-ci ont au final été raccordés au téléseuil de Naxoo, ce à quoi s'ajoute que des systèmes satellitaires y sont également présents (N 298, 299 et 300). Il en va aussi ainsi de l'immeuble sis Boulevard des Tranchées et cité par Naxoo, raccordé au téléseuil de Naxoo et équipé d'un système satellitaire.⁵⁸² Vu que ces immeubles ont au final été raccordés au téléseuil et équipés d'un système satellitaire, il y a lieu de constater que la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée pour ces immeubles. En revanche, Naxoo a toujours impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification avant de raccorder un immeuble.⁵⁸³ La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

495. En ce qui concerne [...] Rue Cramer, celle-ci n'a jamais été raccordée au téléseuil de Naxoo. Naxoo a indiqué que le raccordement au téléseuil aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique présenté par Géatronix (N 297). Vu les

⁵⁸¹ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 615 (n'est pas encore en force) ; DPC 2011/1, 144 N 306 ss, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force) ; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 7 LCart N 121 ss.

⁵⁸² A 198, N 16.

⁵⁸³ Voir par ex. annexes à l'A 23 ; A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 28. ; A 212, annexes 4 à 11.

explications données par Naxoo dans son courrier du 25 février 2013 (daté par erreur de 2012) et dans sa prise de position⁵⁸⁴, il est difficile de retenir d'emblée que Naxoo aurait refusé de raccorder cet immeuble en raison de la seule présence du système Supermédia ou du fait qu'un système tiers était envisagé. Vu les déclarations contradictoires de Naxoo et de M. Morales,⁵⁸⁵ ainsi que le fait qu'aucune CRI n'a au final été signée pour cet immeuble (N 277), le doute doit profiter à Naxoo et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. En revanche, Naxoo avait, ici également, impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification.⁵⁸⁶ La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

496. En ce qui concerne la Résidence [...], celle-ci n'a jamais été raccordée au télé-réseau de Naxoo. Naxoo a indiqué que le retour sur investissement n'aurait pas été suffisant (N 301). Vu les explications données par Naxoo dans sa prise de position du 16 octobre 2017, il ne peut pas d'emblée être exclu que le refus de Naxoo de raccorder ce complexe était dû à des circonstances très particulières. Le doute doit ici également profiter à Naxoo, et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. Il n'en demeure pas moins que le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité (solution « tout Télé-réseau »), Naxoo retirait son offre de relier cette résidence au télé-réseau (N 280). La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

B.4.3.3.2 Conclusion intermédiaire

497. Vu ce qui précède et sur la base du dossier, la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée. Partant, toutes les conditions pour retenir un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart ne sont pas remplies.

B.4.3.4 Imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart)

B.4.3.4.1 Remarques théoriques

498. L'art. 7 al. 2 let. c LCart porte sur l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables en tant qu'exemple de pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. L'imposition de conditions commerciales inéquitables est l'une des conséquences les plus nuisibles de la détention d'une position dominante.⁵⁸⁷ Par de telles pratiques, les entreprises puissantes sur le marché essaient de maximiser leur profit en utilisant l'absence de concurrence afin d'exploiter les acteurs situés soit en aval, soit en amont. Il convient d'évaluer si les conditions commerciales sont raisonnables par rapport aux prestations d'une entreprise dominant le marché. Cette question ne peut être résolue que dans chaque cas particulier. Des conditions commerciales sont inéquitables quand elles sont manifestement injustes eu égard aux circonstances du cas d'espèce.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ A 1, annexe 7; A 198, N 390 ss.

⁵⁸⁵ A 154, réponse 3a.

⁵⁸⁶ A 6, annexes 10.

⁵⁸⁷ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 151.

⁵⁸⁸ Message 1995 (note 519), 567.

499. Afin de retenir un abus au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 2 let. c LCart, les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies :⁵⁸⁹

- a. le comportement examiné doit viser les prix ou d'autres conditions commerciales ;
- b. les prix ou les autres conditions commerciales sont imposés par l'entreprise en position dominante ;
- c. les prix ou les autres conditions commerciales s'avèrent inéquitable ;
- d. le comportement respectivement les prix ou les autres conditions commerciales inéquitable ne peuvent être justifiés par des considérations commerciales légitimes.

500. La question de savoir si le comportement examiné doit en plus entraîner une entrave à la concurrence sera examinée à l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus (N 543 ss).

B.4.3.4.2 Prix ou autres conditions commerciales

501. Le libellé de l'art. 7 al. 2 let. c LCart vise tant les prix que toutes les autres conditions commerciales, sans qu'une distinction particulière ne soit nécessaire entre les deux. La notion de conditions commerciales recouvre notamment les restrictions de la liberté d'action que l'entreprise dominante impose à ses partenaires,⁵⁹⁰ la notion étant la même pour les lettres b et c de l'art. 7 al. 2 LCart.⁵⁹¹ Plus généralement, la notion de conditions commerciales couvre toutes les modalités contractuelles qui ne concernent pas les prix.⁵⁹²

502. Le cas d'espèce porte sur les conditions commerciales fixées par Naxoo et que celle-ci impose ou tente d'imposer aux propriétaires. Ces conditions commerciales – soit en premier lieu la CRI puis le cas échéant les Contrats de raccordement individuel ou collectif – donnent la possibilité à Naxoo de couper tout ou partie de ses services si une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo (N 246 ss). Or, le terme d'*installation intérieure* est très général et va au-delà du terme d'*IDI coaxiale*, ce à quoi s'ajoute qu'il ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.).

503. Dans sa prise de position, Naxoo conteste que la simple possibilité de résilier la CRI en cas de perturbations techniques puisse être considérée comme inéquitable.⁵⁹³ Certes, mais ce n'est pas ce qui lui est reproché vu que ce n'est pas ce que prévoit l'art. 9.4 de la CRI dans sa teneur jusqu'en juillet 2015. En effet, cette disposition donne la possibilité à Naxoo de résilier la CRI si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo, et pas seulement en cas de perturbations techniques. Il s'agit là d'une distinction fondamentale que Naxoo ne peut ignorer.

504. Par ailleurs, les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales) de Naxoo prévoient qu'en échange de la modernisation, Naxoo obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de cinq ans, une option de sortie n'étant proposée que deux ans après la modernisation et contre rémunération (N 261 ss). Par ces contrats, Naxoo s'arroge contractuellement l'accès exclusif aux IDI coaxiales qui ne sont pourtant pas de sa propriété, écartant ainsi toute possibilité pour

⁵⁸⁹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 292.

⁵⁹⁰ Message 1995 (note 519), 567.

⁵⁹¹ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 162.

⁵⁹² Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 277, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵⁹³ A 198, N 755.

un tiers d'accéder également aux IDI coaxiales en parallèle, même pour des services n'interférant pas avec le télé-réseau.

505. Il s'agit ainsi en l'espèce de conditions commerciales visant à monopoliser les IDI coaxiales en faveur d'un raccordement au télé-réseau seul, excluant ainsi tout raccordement au satellite ou à un autre service tiers qui nécessiterait aussi l'utilisation de l'IDI coaxiale. L'exclusion de tout accès de tiers aux installations intérieures affecte la concurrence sur les différents marchés situés en aval et, partant, sur la consommation de services de télécommunication par les consommateurs. L'élément constitutif du comportement visant des conditions commerciales est en conséquence rempli.

506. Il est encore à noter que de telles conditions commerciales visant à restreindre ou entraver la concurrence pourraient également soulever la question d'un examen sous l'angle de l'art. 5 LCart. Un examen tant sous l'angle de l'art. 7 que de l'art. 5 LCart n'est en effet pas exclu vu que de façon générale, des cas de concours idéal d'infractions sont possibles. En l'espèce toutefois, soit les conditions commerciales ont été refusées, soit elles ont été forcées vu que les propriétaires d'immeubles n'avaient pas le choix, raison pour laquelle les faits ne seront pas examinés sous l'angle de l'accord.⁵⁹⁴

B.4.3.4.3 Imposition

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

508. Après avoir résumé la situation doctrinale et jurisprudentielle, le TAF a plus récemment posé le principe que pour retenir l'imposition, il suffit que l'entreprise en position dominante soit en mesure d'entraîner son partenaire commercial à adopter ses conditions commerciales inéquitables, ou que le partenaire commercial n'ait aucune possibilité

⁵⁹⁴ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 784 (n'est pas encore en force).

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

⁵⁹⁶ ATF 137 II 199, consid. 4.3.5, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

raisonnable d'y échapper.⁵⁹⁷ Il n'est toutefois pas nécessaire de prouver que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29 et 30 CO^{598, 599}.

509. Les exigences quant à la contrainte exercée par l'entreprise dominante ne doivent pas être trop élevées. Il suffit de démontrer que l'entreprise dominante fait pression, même de manière implicite, sur le partenaire commercial. Par ailleurs, il suffit que l'entreprise dominante ait tenté d'imposer des conditions commerciales inéquitables durant les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial ait renoncé à conclure le contrat pour cette raison.⁶⁰⁰ A préciser encore que le fait que les partenaires commerciaux continuent à conclure avec l'entreprise dominante pour poursuivre leur activité ne permet pas d'exclure le caractère excessif des conditions commerciales.

510. Dans le cas d'espèce, les propriétaires d'immeubles se doivent de proposer la possibilité de recevoir le téléseu à leurs locataires ou futurs propriétaires afin – comme l'indique Naxoo à juste titre – de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix entre différentes alternatives⁶⁰¹ et de garantir une vraie plus-value aux biens immobiliers⁶⁰². Les spécificités du marché en Ville de Genève (N 34 ss) rendent indispensable de pouvoir offrir la possibilité de choisir le téléseu, même si en fin de compte le locataire ou le futur propriétaire choisit des services auprès d'un autre prestataire (N 466). Naxoo disposant d'une position dominante en Ville de Genève sur le marché du raccordement au téléseu, les propriétaires n'ont d'autre choix que de contracter avec Naxoo afin d'être en mesure de proposer cette possibilité de recevoir le téléseu à leurs locataires ou futurs propriétaires, et se voient ainsi contraints d'accepter les conditions commerciales de Naxoo. L'enquête a démontré que si les propriétaires refusaient, ils se trouvaient généralement contraints de se tourner vers une solution TNT (N 297 et 300) ou de construire une seconde IDI coaxiale (N 299 et 300), alors qu'une telle construction n'est pas toujours nécessaire (N 368). La menace de ne pas raccorder l'immeuble au téléseu en l'absence de signature d'une CRI – et donc en l'absence d'exclusivité sur l'installation intérieure de l'immeuble – est ainsi le moyen de pression principal utilisé par Naxoo, au minimum de manière implicite. Le fait que des propriétaires acceptent les conditions commerciales de Naxoo n'y change rien.⁶⁰³

511. Dans sa prise de position, Naxoo avance qu'à partir du moment où la partie cocontractante peut résister mais décide de ne pas le faire et d'entamer des relations contractuelles avec l'entreprise en position dominante, cette dernière ne se comporterait pas de manière abusive vu qu'il manque le lien de causalité nécessaire.⁶⁰⁴ En l'occurrence, les propriétaires qui résisteraient se trouveraient dans l'impossibilité de proposer la possibilité de recevoir le téléseu à leurs locataires ou futurs propriétaires, alors que cela n'est pas dans leur intérêt selon les propres déclarations de Naxoo.⁶⁰⁵ Or, l'imposition provient de cette nécessité, qui découle de la position dominante de Naxoo. La remarque de Naxoo n'est ainsi pas pertinente vu qu'en l'espèce, il n'est pas *égal* pour le cocontractant d'entamer des relations contractuelles ou non avec l'entreprise en position dominante, mais cela est *nécessaire* pour

⁵⁹⁷ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 s. et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵⁹⁸ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations, CO ; RS 220).

⁵⁹⁹ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁰⁰ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force) ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 179 et 183.

⁶⁰¹ A 198, N 729.

⁶⁰² A 53, annexe 3.

⁶⁰³ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 791 et la référence citée (n'est pas encore en force) ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 183.

⁶⁰⁴ A 198, N 458 ss.

⁶⁰⁵ A 198, N 729 ; A 53, annexe 3.

le cocontractant, vu que c'est *dans son intérêt* en premier lieu, ainsi que dans *l'intérêt des locataires ou futurs propriétaires* en second lieu. En l'espèce par ailleurs, le seul partenaire possible du cocontractant est l'entreprise en position dominante, soit Naxoo.

512. Partant, la condition de l'imposition est également donnée.

B.4.3.4.4 Caractère inéquitable des conditions commerciales

513. Déterminer de façon générale si une condition commerciale est inéquitable ou non est impossible. Cela doit être examiné à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Il ne doit pas être tenu compte uniquement de la gravité de l'atteinte à la libre concurrence du partenaire commercial lors de l'examen du caractère inéquitable de conditions commerciales, mais également des entraves éventuelles imposées à des sociétés tierces.⁶⁰⁶ Conformément au principe de proportionnalité, il faut que les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté de concurrence des partenaires commerciaux, voire d'entreprises concurrentes, soient dans un rapport raisonnable.⁶⁰⁷

514. A préciser que le caractère inéquitable des conditions commerciales est aggravé lorsque celles-ci constituent en plus une entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché. Lorsque les conditions commerciales en cause affectent à la fois les partenaires commerciaux et les concurrents de l'entreprise dominante, celle-ci a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché.⁶⁰⁸

515. Il sera démontré ci-dessous que les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables non seulement par rapport aux propriétaires d'immeubles, mais également par rapport aux sociétés tierces ou encore aux consommateurs.

516. Premièrement, les propriétaires d'immeubles ne sont pas libres de contracter avec une société tierce comme Gératronic en plus de Naxoo pour le télé-réseau, cela afin d'offrir une plus-value à leurs biens immobiliers et des services supplémentaires aux consommateurs. Les conditions commerciales – par lesquelles Naxoo s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou qui laissent entendre que Naxoo ne raccordera pas l'immeuble au télé-réseau si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo – sont ainsi inéquitables déjà pour les propriétaires d'immeubles, qui se voient notablement limités dans le choix de services pourtant techniquement compatibles entre eux (N 368).

517. Deuxièmement, les sociétés tierces, comme Gératronic, se voient entravées dans leurs possibilités d'entrer sur le marché et d'exercer leur activité commerciale. Cette entrave intervient sans raison vu qu'un système tiers peut cohabiter avec le télé-réseau suivant la configuration des installations (N 368). En conséquence et ici également, les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables pour les sociétés tierces.

518. Finalement, les consommateurs se trouvent limités sans raison dans leur choix de services de télécommunication, en tant que conséquence de l'entrave pour les sociétés tierces à l'accès aux installations intérieures.

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

⁶⁰⁷ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 176 ; arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 279 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁰⁸ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 178 et les références citées.

519. Ainsi et en vertu de ce qui précède, il doit être retenu qu'avec ses conditions commerciales, Naxoo vise à s'accaparer des installations intérieures des immeubles vu l'exclusivité qu'elle cherche à obtenir. Cela réduit également le choix des consommateurs. En outre, Naxoo ne limite pas son comportement à ce qui est raisonnablement indispensable à son activité économique, vu qu'elle est déjà en position dominante sur le marché du raccordement au téléseuil et puissante dans la fourniture de l'offre de base triple play (N 386 ss et N 464). Les intérêts de Naxoo et l'atteinte à la liberté des partenaires commerciaux (propriétaires d'immeubles) ainsi que des entreprises tierces (installateurs de systèmes satellitaires notamment) ne sont pas dans un rapport raisonnable et proportionné en l'espèce. La coexistence du téléseuil d'UPC avec le système Supermédia dans certaines configurations (N 363) montre pourtant qu'il est possible d'exercer une activité économique dans le domaine du téléseuil sans toutefois imposer des conditions commerciales inéquitables et disproportionnées, ce que Naxoo a d'ailleurs également démontré, mais bien trop tardivement (N 365 ss). En conséquence pour Naxoo, la condition du caractère inéquitable est donnée.

B.4.3.4.5 Absence de considérations commerciales légitimes

a. Remarques théoriques

520. Le comportement d'une entreprise en position dominante est uniquement illicite s'il n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes (*legitimate business reasons*).⁶⁰⁹ Dans ce cadre, une distinction doit être opérée entre les motifs justificatifs objectifs et les motifs justificatifs d'efficacité.⁶¹⁰ La pratique de la COMCO s'appuie par ailleurs sur la pratique de la Commission européenne.⁶¹¹

521. Les motifs justificatifs *objectifs* portent en premier lieu sur des motifs d'ordre économique (« principes commerciaux »⁶¹²). Ceux-ci sont donnés si le comportement en question est objectivement nécessaire.⁶¹³ Une entreprise en position dominante agit en principe d'une manière objectivement justifiable si elle ne se comporte pas différemment d'une entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché.⁶¹⁴

522. Les motifs justificatifs *d'efficacité* entrent ensuite également en considération en tant que motifs justificatifs.⁶¹⁵ Ceux-ci sont uniquement donnés si le principe de proportionnalité est respecté. Cela signifie notamment qu'il n'existe aucune autre possibilité d'adopter un comportement différent et moins susceptible de fausser la concurrence (principe de l'indispensabilité).⁶¹⁶

⁶⁰⁹ DPC 2010/1, 167 N 325, *Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁶¹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 65 ss.

⁶¹¹ Voir DPC 2011/1, 165 N 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force).

⁶¹² Message 1995 (note 519), 564.

⁶¹³ Voir Communication de la Commission européenne - Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ci-après : Communication relative à l'art. 82 du traité CE), N 28 ss.

⁶¹⁴ Voir décision de la REKO/WEF, DPC 2004/3, 884 s. consid. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG* ; voir aussi DPC 2008/4, 579 N 174 s., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern* ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 50.

⁶¹⁵ Voir DPC 2004/3, 798 ss, N 69 ss, *Ticketcorner* ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 30 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 63 ss.

⁶¹⁶ Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 69 ss et 135 ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 28 ss.

523. En matière de refus d'entretenir des relations commerciales, il doit en particulier être examiné si ces refus sont nécessaires à l'entreprise dominante afin de protéger les investissements ou garantir l'incitation à innover.⁶¹⁷

524. A préciser finalement que si le refus est inspiré par un motif anticoncurrentiel, le fait qu'il vise aussi un objectif légitime ne suffit pas nécessairement à le justifier.⁶¹⁸

b. Examen des motifs justificatifs objectifs

525. L'examen des motifs justificatifs objectifs porte avant tout sur des facteurs techniques.⁶¹⁹

526. En l'espèce, les potentiels motifs justificatifs objectifs avancés par Naxoo ont varié depuis l'observation de marché, et cela jusqu'aux auditions devant la COMCO.

527. Au début de l'observation de marché, Naxoo a dans un premier temps fait valoir des problèmes liés aux abonnements individuels des usagers, en avançant une impossibilité pour elle de plomber (le cas échéant) la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé à celui de Naxoo.⁶²⁰ La plupart des immeubles sont généralement configurés en étoile (N 52), ce qui permet selon Naxoo de connecter au télé-réseau ou déconnecter du télé-réseau une UH de manière indépendante, sans même intervenir dans l'UH elle-même.⁶²¹ Ainsi, en configuration B par exemple (N 73), Naxoo était en mesure de déconnecter une UH de façon indépendante, sans plomber physiquement la prise du consommateur. Par ailleurs, il ressort des schémas au dossier que la prise présente chez le consommateur contient plusieurs « trous », et que le signal du satellite n'utilise pas le même « trou » que le télé-réseau.⁶²² Il n'aurait ainsi pas été insurmontable pour Naxoo de prévoir un moyen technique simple permettant uniquement de plomber le « trou » principalement utilisé par le télé-réseau, et non celui utilisé par le satellite. Cela aurait été possible en configuration A sans voie de retour par exemple (N 72 et 351 s.). Finalement, quand bien même il serait impossible de plomber une partie de la prise ou de déconnecter une UH individuellement à cause d'une configuration du réseau en série, il existe très vraisemblablement d'autres moyens moins dommageables afin de résoudre cette question sans qu'il ne soit nécessaire de suspendre immédiatement le raccordement au télé-réseau de tout un immeuble. Il n'y a donc ici aucun motif justificatif objectif valable de la part de Naxoo.

528. Dans un deuxième temps, Naxoo a invoqué la maintenance technique au début de l'observation de marché. Selon elle, l'insertion du système Supermédia entre la boîte d'injection et la prise poserait non seulement des problèmes de diagnostics aux équipes techniques de Naxoo, mais également d'attribution des responsabilités entre Gérardtronic et Naxoo.⁶²³ Ce grief n'est pas pertinent. En effet et pour une situation technique identique, UPC n'exclut pas d'emblée toute cohabitation avec un système tiers, comme y procède pourtant Naxoo. A cela s'ajoute que selon une déclaration de Naxoo de juin 2013, « *la seule possibilité [...] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système Gérardtronic au-delà du point de mélange* ». ⁶²⁴ C'est bien ce qu'a fait

⁶¹⁷ Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 132 ss ; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 89 s. ; Commission UE, COMP/C-3/37.792 du 24.3.2004, *Microsoft*, N 709 ss.

⁶¹⁸ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 53.

⁶¹⁹ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 685 (n'est pas encore en force).

⁶²⁰ A 5, réponse 2, p. 3.

⁶²¹ A 115, réponse 48a ; A 222, réponse 1.

⁶²² A 1, annexe 3.

⁶²³ A 5, réponse 2, pp. 3 s.

⁶²⁴ A 5, réponse 2, p. 4.

UPC en mai 2005 par simple courrier, mais pas Naxoo.⁶²⁵ Celle-ci s'est bien plutôt contentée de gagner du temps, pour finalement ne pas trouver de solution en matière d'attribution de responsabilité (N 302 à 311). Retenir un motif justificatif objectif dans une telle situation reviendrait à tolérer le comportement anticoncurrentiel de Naxoo. Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

529. Le Secrétariat ayant informé Naxoo que les motifs justificatifs avancés jusqu'alors n'en constituaient pas,⁶²⁶ Naxoo a alors invoqué pour la première fois en octobre 2013 des potentiels problèmes techniques dus à un éventuel futur chevauchement des gammes de fréquences utilisées par le télésexe et la gamme de fréquences utilisée par les systèmes tiers. Selon Naxoo, « *les gammes de fréquences utilisées par les deux systèmes sont déjà trop proches, de sorte qu'il n'est pas possible d'exclure, aujourd'hui déjà, des perturbations sur les systèmes dues à leur coexistence sur un même support* ». ⁶²⁷ Or, Naxoo a fini par admettre lors de son audition qu'il n'y avait en réalité pas eu de chevauchement des bandes de fréquences pendant la période de l'enquête,⁶²⁸ ce qui est confirmé par son expertise privée (N 342). En conséquence et ici également, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu.

530. Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo avance un nouveau motif justificatif potentiel, appuyé par son expertise privée. En effet selon elle, le couplage de signaux DVB-C (télésexe) et DVB-S (satellite) sur une même IDI coaxiale engendrerait l'impossibilité pour les consommateurs de bénéficier des services Internet et téléphonie de Naxoo (pas de triple play possible), et l'impossibilité correspondante pour Naxoo d'offrir ces services.⁶²⁹ Naxoo se contredit toutefois doublement à ce sujet lors de son audition. D'une part, Naxoo indique que la voie de retour, qui est « le chemin de l'utilisateur », fonctionne,⁶³⁰ alors qu'elle indiquait précédemment et qu'elle l'indique encore dans la suite de son audition qu'il n'y a pas de voie de retour en cas de mixage.⁶³¹ D'autre part, Naxoo indique que le problème c'est qu'il n'y a pas de réponse à la requête du client puisque la réponse ne peut pas être transmise sur la bande de fréquence Internet occupée par le satellite.⁶³² Or, elle venait de mentionner qu'il n'y a pas eu de chevauchement des fréquences tant pendant l'enquête qu'actuellement, et que c'est la voie de retour qui ne fonctionne pas.⁶³³ Plus loin lors de son audition, Naxoo déclarera encore que c'est en fait le boîtier de mélange SPAUN qui engendrerait la disparition de la voie retour.⁶³⁴ Cela laisse à penser que Naxoo ne connaît pas l'origine réelle des problèmes, et que rien n'indique que ces problèmes sont effectivement issus du mixage entre le télésexe et le satellite.

531. Le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'avait jamais été invoqué en tant que tel par Naxoo avant sa prise de position, et il en va de même d'un éventuel problème qui proviendrait du boîtier de mélange SPAUN (N 77)⁶³⁵ – boîtier et terme mentionnés pour la première fois lors de l'audition. Naxoo avait bien mentionné la qualité de transmission des données sur la « voix de retour » en vrac parmi d'autres potentiels motifs dans un courrier du 17 octobre 2013,⁶³⁶ mais elle l'a fait en ignorant la source réelle du

⁶²⁵ A 1, annexe 5 ; voir aussi A 10.

⁶²⁶ Par exemple A 7.

⁶²⁷ A 12, pp. 2 ss.

⁶²⁸ A 222, réponse 3, p. 4 et réponse 4, p. 5.

⁶²⁹ A 198, N 18, 53 ou encore 455 parmi d'autres.

⁶³⁰ A 222, réponse de [...] début de la p. 5 sur questions du Président en fin de p. 4.

⁶³¹ A 222, réponse 3.2 en p. 4 de [...] et réponse 4 en p. 5 de [...].

⁶³² A 222, réponse 4 en p. 5 de [...].

⁶³³ A 222, pp. 4 s.

⁶³⁴ A 222, réponse 5, pp. 6 et 7.

⁶³⁵ A 222, réponse 5, p. 7.

⁶³⁶ A 12, p. 3.

problème, et en ignorant si le système Supermédia en était bien la cause. Naxoo l'admettra d'ailleurs à deux reprises, une fois lors de son audition (« *On a imaginé les problèmes théoriques que cela pouvait poser. Quand les techniciens ont eu accès aux immeubles [le 5 octobre 2017], ils ont compris les problèmes techniques* »)⁶³⁷, puis dans un courrier du 5 décembre 2017 (« *il s'est avéré difficile de mettre en relation les problèmes signalés aux équipes techniques de naxoo avec la présence du système Supermédia dans un immeuble. Ce n'est qu'au cours des derniers mois, voire des semaines écoulées, que le lien a pu être établi, notamment grâce aux vérifications effectuées sur la base de la liste d'immeubles disposant du Supermédia* »)⁶³⁸. Or, une entreprise ne saurait être admise à invoquer en quelque sorte préventivement, en vrac et de façon purement théorique toutes sortes de motifs non vérifiés, cela afin qu'elle puisse justifier un comportement anticoncurrentiel en se basant des années après sur le fait que, pratiquement par hasard, un des motifs invoqués en vrac et à titre purement théorique se soit au final révélé vaguement correct.

532. En l'espèce, le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'entrerait de toute manière en ligne de compte que pour une configuration bien particulière. La question peut toutefois rester ouverte vu que, d'une part, rien n'indique que le système Supermédia est effectivement la cause de la perturbation ou de la disparition de la voie de retour et que, d'autre part, l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.).

533. En conclusion et en vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu pour des conditions commerciales inéquitables ayant une portée aussi générale. Il convient toutefois d'examiner encore l'existence d'éventuels motifs justificatifs d'efficacité.

c. Examen des motifs justificatifs d'efficacité

534. Valent pour motifs justificatifs d'efficacité les motifs justificatifs qui sont propres à compenser, voire même à supplanter les coûts sociaux de l'entrave à la concurrence.⁶³⁹ En matière de motifs justificatifs d'efficacité, la pratique de la COMCO demande à ce qu'un certain nombre de conditions soient cumulativement données.⁶⁴⁰

535. En ce qui concerne la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité, Naxoo motive le retrait de son offre en indiquant par exemple dans un courrier du 20 mai 2008 : « *Votre décision de choisir le système commuté [...] nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et la mise en place d'un tel projet [soit un projet ne prévoyant que le télé-réseau]* ».⁶⁴¹ Toutefois, Naxoo ne peut pas d'un côté refuser de relier un complexe immobilier entier au télé-réseau en raison de la volonté du propriétaire d'installer également un système satellitaire collectif, et de l'autre côté se plaindre de l'absence de retour sur investissement alors que celui-ci serait précisément obtenu en reliant le complexe au télé-réseau. En effet, les services de Naxoo auraient été consommés de toute manière par le biais de contrats de raccordement individuel ou collectif, vu qu'en réalité, aucun propriétaire n'installerait cumulativement le télé-réseau et un système satellitaire collectif si ces deux services étaient parfaitement substituables dans l'optique des propriétaires. Il faut également garder à l'esprit que l'IDI coaxiale est entièrement financée par le propriétaire, qui en acquiert

⁶³⁷ A 222, réponse 4, p. 5 *in fine*.

⁶³⁸ A 225, Titre 2, p. 2.

⁶³⁹ Voir sur le tout BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 133 s. ; *Affaire Sport im Pay-TV* (note 572), N 694 (n'est pas encore en force).

⁶⁴⁰ *Affaire Sport im Pay-TV* (note 572), N 695 (n'est pas encore en force) ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 68 ; voir aussi Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 613), N 30.

⁶⁴¹ A 91, annexe 20, p. 1.

la propriété. Partant, lors de la construction de nouveaux immeubles (voir tous les cas exposés aux N 296 ss), la question d'une éventuelle modernisation de l'IDI coaxiale est sans objet vu que cette dernière est neuve. Quant aux autres investissements effectués par Naxoo, ceux-ci portent selon toute vraisemblance sur des éléments nécessaires au fonctionnement du téléseuil, et qui sont donc essentiels pour Naxoo indépendamment de la présence ou non d'un système tiers sur l'IDI coaxiale. A relever encore que le raccordement d'un immeuble au Réseau Naxoo, même si aucune UH ne devait au final bénéficier de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif), n'est pas dénué d'intérêt pour Naxoo dans la mesure où elle peut par ce biais emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures, et ainsi relier plus directement l'immeuble voisin que s'il avait fallu passer d'un immeuble à l'autre par la voie publique.⁶⁴²

536. Parlant de la Résidence [...], Naxoo indique dans sa prise de position que s'agissant du nécessaire amortissement de l'investissement réalisé en cas de raccordement au téléseuil, le Secrétariat perdrait de vue que les propriétaires et consommateurs demeurent libres de conclure ou pas un contrat de raccordement collectif ou individuel. Ainsi, le seul raccordement ne générerait aucun revenu pour Naxoo, mais bien la conclusion d'abonnements.⁶⁴³ Certes, mais la réflexion de Naxoo est valable indépendamment de la présence ou non d'un système tiers, d'autant plus que la résidence était aussi raccordée au réseau Swisscom. Naxoo ajoute encore à juste titre que « *[C]'est donc afin de permettre aux habitants de la résidence de disposer d'un véritable choix que le propriétaire avait intérêt à proposer diverses alternatives. C'est du reste ce souci qui incite les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle (câble, cuivre, fibre optique) dans leurs immeubles* ». ⁶⁴⁴ Naxoo résume ici parfaitement l'objet de l'enquête, à savoir que c'est effectivement afin de permettre aux habitants d'un immeuble de disposer d'un véritable choix que le propriétaire a intérêt à proposer diverses alternatives, et c'est ce qui incite ce dernier à intégrer diverses technologies en parallèle. Un système satellitaire comme le système Supermédia est une de ces alternatives, alternative que Naxoo s'est attelée à écarter.

537. L'argument de Naxoo de l'absence de retour sur investissement si l'option « téléseuil uniquement » n'est pas choisie est donc sans fondement. Naxoo cherche à faire changer les propriétaires d'avis en leur faisant comprendre que s'ils n'excluent pas d'emblée tout tiers au téléseuil de l'IDI coaxiale, elle ne reliera pas les immeubles au téléseuil. Le courrier du 20 mai 2008 est d'ailleurs sans équivoque à ce sujet, vu qu'il s'empresse d'ajouter que « *nous [Naxoo] sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si la copropriété souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Téléseuil* ». ⁶⁴⁵ En conclusion sur ce point, la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité ne peut être retenue.

538. Il résulte également de ce qui précède que le comportement de Naxoo ne réalise pas des gains d'efficacité. En effet, on ne voit pas en quoi le fait pour Naxoo d'essayer d'écarter un tiers d'un réseau qui ne lui appartient pas (l'IDI coaxiale) et qui permet d'accéder à des services seulement partiellement concurrents à ceux de Naxoo viserait des améliorations techniques de la qualité des biens ou une réduction du coût de production ou de distribution, alors qu'une cohabitation du téléseuil avec un système tiers est possible dans un certain nombre de cas (N 368). Pour cette raison déjà, il n'y aurait pas lieu d'examiner les autres conditions des gains d'efficacité, vu que celles-ci doivent être cumulativement remplies.

539. On peut toutefois relever que le comportement indispensable à la réalisation des gains d'efficacité n'est pas non plus donné. Pendant la période visée par l'enquête, les Contrats de modernisation des IDI coaxiales donnaient à Naxoo la possibilité de s'opposer à

⁶⁴² A 115, p. 23.

⁶⁴³ A 198, N 729.

⁶⁴⁴ A 198, N 729.

⁶⁴⁵ A 91, annexe 20, p. 2.

ce qu'un tiers utilise les IDI coaxiales dont elle aurait financé la modernisation (N 259 et les références au dossier citées). Or, il ne s'agit pas de la pratique la moins anticoncurrentielle possible. En effet, une solution moins anticoncurrentielle serait que les propriétaires d'immeubles restent libres d'utiliser leurs IDI coaxiales à d'autres fins que la seule transmission des signaux du téléseu, moyennant toutefois indemnisation de Naxoo pour les investissements réalisés. Naxoo a certes entrepris une modification contractuelle allant dans ce sens, mais en 2016, après l'ouverture de l'enquête par la COMCO.⁶⁴⁶ A cela s'ajoute encore que Naxoo a démontré elle-même qu'un comportement plus nuancé et constructif était possible (N 367). Partant, la seconde condition n'est pas non plus remplie et il n'y a pas lieu de poursuivre l'examen.

540. A titre de remarque finale, il est encore relevé qu'il est possible que des immeubles soient raccordés au Réseau Naxoo par une CRI sans qu'aucune UH ne bénéficie de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif, voir N 234). Dans un tel cas, aucune incompatibilité technique ne peut se produire sur l'IDI coaxiale entre le signal du téléseu et le signal satellitaire. Partant, exclure d'office tout tiers des installations intérieures à l'art. 9.4 de la CRI, sous prétexte d'assurer la qualité de réception du signal du téléseu et la prévention des interférences, est un argument spécieux vu qu'au stade de la signature de la CRI, rien n'indique qu'une UH sera bien connectée au téléseu par la suite. Une CRI n'a donc aucune raison de se prononcer déjà sur l'état des installations intérieures, si ce n'est dans le but de consolider une position dominante sur le marché du raccordement au téléseu.

541. En vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif d'efficacité ne saurait être retenu. La condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est ainsi remplie.

d. Conclusion

542. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie l'application des conditions commerciales inéquitables de Naxoo aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée.

B.4.3.4.6 La question de l'entrave à la concurrence

543. A l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus, il y a encore lieu de déterminer si l'imposition de conditions commerciales inéquitables doit en plus entraîner une entrave à la concurrence.

544. Il peut premièrement être relevé que le TAF ne considère pas l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables.⁶⁴⁷ La doctrine va dans le même sens, et considère plutôt l'entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché comme une aggravation du caractère inéquitable des conditions commerciales.⁶⁴⁸ Partant, il n'y a pas lieu de retenir en l'espèce l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables.

545. Toutefois, il est constaté que le comportement de Naxoo visant à imposer strictement ses conditions commerciales (N 272 ss) entraînait des entraves à la concurrence. Plus précisément, l'imposition des conditions commerciales permettait à Naxoo d'entraver ou d'empêcher les tiers ayant également besoin de l'IDI coaxiale d'accéder au marché si les

⁶⁴⁶ A 115, pp. 35 s. et annexe 35, art. 7.2.

⁶⁴⁷ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁴⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 292 et 319 ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 178.

propriétaires se résignaient à signer la CRI. En outre, les pratiques de Naxoo sont assimilables à un comportement visant à forclure le marché (N 451 s.). Or, d'une pratique de forclusion découle au moins une entrave à la concurrence effective, si ce n'est une suppression de la concurrence effective, tant sur le marché en amont que sur les marchés en aval. Dans le cas d'espèce, Naxoo entravait ou empêchait ainsi le développement de tout autre système nécessitant l'IDI coaxiale, ce qui restreignait voire éliminait l'offre télévisuelle par satellite sur les marchés du contenu situés en aval, laquelle est en concurrence avec le segment TV des offres de Naxoo (N 89).⁶⁴⁹ Ceci affectait négativement la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval et permettait à Naxoo de protéger sa position, respectivement d'éviter l'érosion de sa clientèle au profit du satellite.

546. Naxoo indique dans sa prise de position que lorsque l'effet anticoncurrentiel d'une pratique est examiné, il convient d'examiner le critère de l'*equally efficient competitor*. La logique derrière ce critère selon Naxoo serait qu'un comportement dirigé contre une entreprise inefficace est inoffensif du point de vue des consommateurs. Or selon Naxoo, non seulement la solution technique du système Supermédia et son installation par Gérardronic souffriraient de défaillances techniques et ne répondraient pas aux standards de la branche, mais encore le système souffrirait d'une absence quasi totale de marketing effectuée par Gérardronic, ce qui expliquerait le quasi-anonymat de ce dernier en Ville de Genève.⁶⁵⁰

547. En ce qui concerne premièrement la question de l'*equally efficient competitor test*, un tel test n'est pertinent que si la structure de coûts des acteurs économiques est comparable. En l'espèce, une telle comparabilité n'est déjà pas donnée vu les très grandes différences de taille, de chiffre d'affaires et également de prestations fournies entre Naxoo et Gérardronic. A cela s'ajoute que Naxoo est en position dominante sur le marché du raccordement au télésexeau, et qu'elle est au moins puissante dans la fourniture d'offres triple play. Elle est la seule entreprise qui dispose et exploite un télésexeau sur son territoire d'activité. Or, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace.⁶⁵¹ C'est la raison pour laquelle un *equally efficient competitor test* n'est pas adapté au cas d'espèce. Par ailleurs, le critère du concurrent aussi efficace n'est qu'un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante.⁶⁵² Concernant deuxièmement la question du marketing, Naxoo omet ici le fait que les consommateurs ne sont pas directement les partenaires potentiels à l'échange pour Gérardronic (N 419 ss), ce qui peut expliquer également une certaine absence de marketing ouvert et « visible » pour les consommateurs finaux. Par ailleurs et contrairement à ce qu'affirme Naxoo, le dossier contient bien du matériel marketing de Gérardronic destiné aux professionnels de la branche ou encore aux promoteurs immobiliers ou aux propriétaires, à savoir les principaux clients potentiels de Gérardronic.⁶⁵³ Finalement, les qualificatifs d'inefficacité et d'insuccès commercial utilisés par Naxoo pour décrire l'activité de Gérardronic – bien que non avérés – doivent dans tous les cas être mis en relation avec le travail de sape de Naxoo envers Gérardronic entrepris depuis de nombreuses années (N 588).

548. Vu ce qui précède, le comportement de Naxoo produisait des effets anticoncurrentiels puisqu'il restreignait voire éliminait la concurrence exercée par le satellite sur le segment TV des offres de Naxoo, sur les marchés du contenu situés en aval. Partant et même si elle n'est pas nécessaire à part entière, la condition de l'entrave à la concurrence est également donnée et aggrave le caractère inéquitable des conditions commerciales.

⁶⁴⁹ A 5, réponse 5 ; A 17, réponse 2.

⁶⁵⁰ A 198, N 686 ss.

⁶⁵¹ Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 59, *Post Danmark A/S/Konkurrenceradet*.

⁶⁵² Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 61, *Post Danmark A/S /Konkurrenceradet*.

⁶⁵³ Par ex. A 1, annexes 3 ; A 91, annexes 10, 11 et 15.

B.4.3.4.7 Casuistique pertinente pour le cas d'espèce

a. Le cas « Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich »

549. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* récemment jugé par le TAF⁶⁵⁴ portait sur une clause de la société Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich SA (ci-après : AGH SA) relative à la billetterie. Cette clause prévoyait que lors de la prise de location du Hallenstadion, l'organisateur de l'événement en question devait commercialiser au minimum 50 % des billets au travers de la société Ticketcorner SA. Cette clause résultait d'un accord de coopération relatif à la billetterie conclu entre AGH SA et Ticketcorner SA.

550. Le TAF a en particulier retenu qu'il existait suffisamment d'indices permettant de retenir des pratiques illicites d'AGH SA au sens de l'art. 7 LCart, notamment en matière d'imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.⁶⁵⁵

551. En ce qui concerne Ticketcorner SA en revanche, il est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas d'imposition par Ticketcorner SA de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, vu que la clause relative à la billetterie n'était pas intégrée (directement) dans le contrat conclu entre l'organisateur et Ticketcorner SA en tant que condition commerciale proprement dite. Le comportement de Ticketcorner SA constitue toutefois une imposition envers des partenaires commerciaux qui tombe sous la clause générale au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.⁶⁵⁶

552. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* présente des similitudes avec la présente enquête. En effet et en l'espèce, Naxoo se réserve l'accès aux IDI coaxiales dans les conditions commerciales qu'il soumet aux propriétaires, alors qu'un certain nombre d'entre eux souhaiteraient également raccorder leurs immeubles au satellite. Le choix des consommateurs s'en retrouve au final limité. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* fait l'objet de recours devant le TF.

b. Le cas « Van den Bergh Foods Ltd »

553. Dans le cas *Van den Bergh Foods Ltd*⁶⁵⁷ – qui portait notamment sur une condition commerciale inéquitable, respectivement une clause d'exclusivité inéquitable –, la CJCE a jugé que lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met des congélateurs gratuitement à disposition des détaillants et en assure sans frais la maintenance, à condition que les détaillants n'y entreposent que des glaces dudit producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expansion sur le marché en cause plus difficile pour les concurrents de l'entreprise dominante ; elle nuit également aux intérêts des détaillants qui ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente ; enfin, le choix de produits offerts aux consommateurs s'en trouve restreint.

554. La CJCE ajoute encore une remarque générale importante, à savoir que si la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il lui incombe, indépendamment des causes d'une telle

⁶⁵⁴ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

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

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

⁶⁵⁷ TPI, arrêt *Van den Bergh Foods Ltd* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4662, confirmé par CJCE, arrêt *Unilever Besfoods c/ Commission* du 28.9.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091.

position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun.⁶⁵⁸

555. Ce cas est très proche de la situation d'espèce si l'on remplace le producteur de glaces par Naxoo et les détaillants par les propriétaires d'immeubles. Bien que Naxoo ne mette pas l'IDI coaxiale à disposition (les congélateurs), elle en assure gratuitement la modernisation en concluant des Contrats de modernisation des IDI coaxiales, à condition qu'aucun tiers à Naxoo ne puisse accéder aux IDI coaxiales pendant une certaine durée. Naxoo incite ainsi les propriétaires d'immeubles à ne s'approvisionner qu'exclusivement auprès d'elle (soit en raccordement au téléseu) pendant plusieurs années. Comme jugé par la CJCE, une telle clause nuit aux concurrents (par ex. Géatronix) de l'entreprise dominante, aux intérêts des détaillants (les propriétaires d'immeubles) et finalement aux consommateurs qui se retrouvent avec un choix restreint de produits.

c. Le cas « BPB Industries et British Gypsum »

556. Dans ce cas qui portait également sur une condition commerciale inéquitable, la Commission européenne a jugé que la conclusion de contrats de fourniture exclusive avec un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché constitue une entrave à l'accès d'autres fournisseurs au marché. Plus précisément, elle a notamment jugé que « *le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive de cette position [...]* ». ⁶⁵⁹

B.4.3.4.8 Conclusion intermédiaire

557. Vu les développements qui précèdent, les conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 499) sont remplies. Il est ainsi prouvé que Naxoo abuse de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart aux propriétaires d'immeubles et par là même aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Les conditions commerciales de Naxoo visent à pousser les propriétaires à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers dans l'accès à l'IDI coaxiale. Elles excluent ainsi le marché du raccordement au satellite au profit du raccordement au téléseu, affectant la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval. Ces conditions commerciales constituent par ailleurs des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

B.4.3.5 Limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart)

B.4.3.5.1 Remarques théoriques

558. L'art. 7 al. 2 let. e LCart – qui porte sur la limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique –, vise les pratiques d'entraves et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci.⁶⁶⁰ A préciser que dans le cas d'espèce, le

⁶⁵⁸ TPI, arrêt *Van den Bergh Foods Ltd* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4720 N 158.

⁶⁵⁹ TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission* du 1.4.1993, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, N 66 à 68.

⁶⁶⁰ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 234 s.

comportement qui est reproché à Naxoo porte uniquement sur la limitation du développement technologique et des débouchés.

Naxoo indique dans sa prise de position que l'art. 7 al. 2 let. e LCart revêtirait un caractère subsidiaire et qu'une partie de la doctrine estime qu'elle doit être interprétée de manière restrictive, en ce sens que seuls les comportements qui rendent les produits ou prestations de concurrents moins attractifs sont interdits.⁶⁶¹ En l'espèce, le fait que Naxoo ait rendu Gératronic et son système Supermédia moins attractifs transparait pour le moins du dossier (voir par ex. N 272 ss, 292 ss ou encore courrier aux propriétaires annexé à l'A 49).

559. Afin de déterminer s'il y a abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies :

- a. Le comportement incriminé limite artificiellement l'accès au marché ;⁶⁶²
- b. Le comportement incriminé affecte la capacité concurrentielle des concurrents ;
- c. Le comportement incriminé n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes.⁶⁶³

B.4.3.5.2 Limitation artificielle de l'accès au marché

560. Le comportement d'une entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents. Le caractère artificiel de la limitation découle du fait qu'elle ne résulte pas de l'évolution du marché, mais d'une stratégie de l'entreprise dominante visant à s'octroyer ou à consolider un avantage concurrentiel. L'entreprise dominante peut soit limiter sa propre production, ses propres débouchés ou son propre développement technologique, soit imposer à d'autres entreprises d'adopter de telles mesures limitatives.⁶⁶⁴

561. A préciser que par « limitation des débouchés » au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart, on entend en particulier les comportements d'une entreprise en position dominante qui visent à réduire la portée marketing de la concurrence et ainsi à restreindre artificiellement l'accès de cette dernière au marché.⁶⁶⁵ Sont ainsi concernés tant la limitation des débouchés propres que les effets sur les débouchés de concurrents.⁶⁶⁶

562. Dans le cas d'espèce et par ses clauses contractuelles, Naxoo vise à obtenir l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures et ainsi à exclure tout tiers ayant également besoin d'accéder aux installations intérieures pour fournir ses services, par exemple Gératronic avec son système Supermédia. Or, un système satellitaire entre partiellement en concurrence avec les offres de Naxoo, et pourrait entraîner certains clients ou potentiels clients de Naxoo à se tourner vers un système satellitaire, au détriment des prestations de Naxoo, en particulier de son offre de base focalisée sur la TV. En agissant de la sorte, Naxoo écarte les tiers qui proposent des systèmes concurrents au téléseu de Naxoo sur le segment TV (N 89), des systèmes supplémentaires au téléseu ou encore des technologies innovantes. Naxoo indique dans sa prise de position que Gératronic ne saurait

⁶⁶¹ A 198, N 795.

⁶⁶² CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 235.

⁶⁶³ DPC 1999/2, 204 N 37 à 41, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG* ; voir aussi CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 241.

⁶⁶⁴ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 537), art. 7 al. 2 LCart N 235 et les références citées.

⁶⁶⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 581), art. 7 LCart N 418 et 441.

⁶⁶⁶ ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2^e édition, Berne 2005, N 688.

être considéré comme un *equally efficient competitor*.⁶⁶⁷ A ce sujet, il peut être renvoyé au N 546.

563. Pour prendre exemple du système Supermédia, celui-ci permet non seulement grâce à une antenne parabolique collective installée en toiture de distribuer le signal satellitaire dans l'ensemble d'un immeuble, mais également de mixer les signaux du télé-réseau et du satellite afin de permettre l'utilisation des deux services en parallèle. Selon un rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES à Genève, le système Supermédia permettrait au consommateur de bénéficier de toutes les fonctionnalités du télé-réseau (télévision, téléphone et Internet, soit le triple play), tout en offrant la possibilité de profiter également d'un système satellitaire (environ 3'500 chaînes), répondant ainsi aux besoins d'une très grande frange de la population. En matière purement télévisuelle, l'offre en nombre de chaînes serait largement supérieure via le satellite par rapport aux opérateurs traditionnels.⁶⁶⁸

564. Dans sa prise de position, Naxoo avance que le rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES est incomplet et partial.⁶⁶⁹ Naxoo n'indique toutefois aucun élément qui permettrait d'affirmer que le rapport serait incomplet. De plus, le rapport considéré comme « partial » par Naxoo est daté d'octobre 2015, soit avant que l'enquête ne soit ouverte et bien avant que M. Morales n'ait connaissance du questionnaire du Secrétariat du 30 juin 2016.⁶⁷⁰ Bien qu'on ne saurait être aussi catégorique que le rapport précité en ce qui concerne la pleine compatibilité du système Supermédia avec les services triple play de Naxoo, la présente décision a toutefois démontré qu'une cohabitation est possible pour certaines configurations (N 368 s.).

565. La condition de la limitation artificielle de l'accès au marché est ainsi donnée.

B.4.3.5.3 Atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents

566. Il y a atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents ou de potentiels concurrents lorsque cette capacité concurrentielle s'en trouve affectée négativement.

567. Dans le cas d'espèce, il y a atteinte à la capacité concurrentielle de tiers vu que le comportement de Naxoo vise à empêcher, sur les IDI coaxiales en Ville de Genève, le développement de systèmes tiers en mesure de concurrencer Naxoo sur les marchés du contenu situés en aval, et notamment sur le segment télévisuel (N 89). Or, la Ville de Genève est essentiellement constituée d'immeubles de plusieurs logements (N 34), dont une grande majorité est pourvue d'une antenne parabolique collective (N 165). Partant, la Ville de Genève représente un marché avec des débouchés importants pour Gérardtronic ou pour tout autre tiers utilisant les IDI coaxiales, que cela soit pour un système satellitaire collectif ou d'autres services. En outre, Gérardtronic a indiqué que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.⁶⁷¹ Par conséquent, la capacité concurrentielle de Gérardtronic est négativement affectée par le comportement de Naxoo (N 315),⁶⁷² et il ne peut être exclu que d'autres tiers aient également vu leur capacité concurrentielle affectée.

⁶⁶⁷ A 198, N 800.

⁶⁶⁸ A 154, Rapport annexé, N 3 ; A 166, réponse 9 ; A 159, réponses 9 et 10.

⁶⁶⁹ A 198, N 802.

⁶⁷⁰ A 154.

⁶⁷¹ A 91, réponses B3 et B4.

⁶⁷² Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

568. De façon plus générale en ce qui concerne les entraves à la concurrence, il peut être renvoyé aux considérants développés plus haut (N 543 ss).

569. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'il doit être démontré en quoi le comportement incriminé résulte en une atteinte durable et tangible de la concurrence en tant que telle, et non uniquement de certains concurrents. Le droit de la concurrence protégerait la concurrence en tant que telle et non les concurrents. De plus, Naxoo conteste à nouveau que Gérardtronic soit un *equally efficient competitor*.⁶⁷³ En l'espèce, Naxoo omet de tenir compte du fait que la présente enquête repose sur les conventions et contrats de Naxoo (N 233 ss), ainsi que sur la stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques de ces conventions et contrats (N 272 ss). Le fait qu'une entreprise soit touchée en particulier dans le cas présent n'y change rien, c'est bien les conventions et contrats de Naxoo et leur mise en œuvre qui constituent les comportements reprochés. Or, ces conventions et contrats s'appliquent à tout acteur économique confronté à Naxoo, que cela soit en tant que partenaire ou concurrent. Finalement, en ce qui concerne l'*equally efficient competitor*, il est renvoyé au N 546.

570. La condition de l'atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents est ainsi également donnée.

B.4.3.5.4 Absence de considérations commerciales légitimes

571. Pour ce point, il est renvoyé aux considérants portant sur l'absence de considérations commerciales légitimes développés plus haut (N 520 ss).

572. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie la limitation par Naxoo des débouchés ou du développement technologique sur l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée.

B.4.3.5.5 Conclusion intermédiaire

573. Vu les développements qui précèdent, les trois conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart (N 559) sont remplies. Partant, il est prouvé que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé des tiers comme Gérardtronic dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en l'espèce par satellite. Cela constitue une pratique illicite entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

B.4.4 Résultat

574. Les mesures prises par Naxoo ces dernières années – comme le refus de raccorder les immeubles au télé-réseau en l'absence de la signature d'une CRI permettant d'exclure tout tiers des installations intérieures, l'envoi de courriers alarmants aux propriétaires ou aux futurs propriétaires, ou encore des contrats de modernisation visant à s'assurer et à maintenir l'exploitation exclusive des IDI coaxiales – amènent à la constatation que Naxoo a tenté activement d'obtenir l'usage exclusif de l'IDI coaxiale en abusant de sa position dominante sur son territoire d'activité.

575. En vertu de tout ce qui précède, il est retenu que Naxoo a abusé de sa position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. c et let. e LCart, ce qui constitue des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice, et désavantageant les partenaires commerciaux au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

⁶⁷³ A 98, N 805 s.

C Mesures

576. En vertu de l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO décide des mesures à ordonner ou de l'approbation d'un accord amiable. Les mesures au sens de cette disposition portent tant sur des injonctions visant à éliminer les restrictions à la concurrence que sur des sanctions monétaires.

C.1 Injonction portant sur des mesures

577. En présence de restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures par lesquelles elle fixe aux parties concernées des obligations contraignantes portant sur un comportement donné (obligation) ou sur une abstention (interdiction). De telles décisions formatrices doivent toujours être conformes au principe de proportionnalité, raison pour laquelle les mesures doivent être adaptées à la nature et à l'intensité des infractions à la concurrence.⁶⁷⁴

578. En l'espèce, vu l'évolution rapide des technologies et des marchés liés notamment à la réception, à la diffusion ou encore à la fourniture de services de télécommunications, la COMCO n'ordonne pas de mesures à la charge de Naxoo.

C.2 Sanction

579. Du fait de leur *ratio legis*, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – en particulier celles introduites avec la révision 2003 portant sur des sanctions directes aux infractions les plus graves au droit des cartels – ont pour but d'assurer la mise en œuvre effective du droit des cartels et d'en renforcer l'effet préventif.⁶⁷⁵ Des sanctions directes ne peuvent être prononcées que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence. De plus, la sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, ne présuppose pas de faute, c'est-à-dire qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement enfreignant le droit pénal.⁶⁷⁶

C.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart

580. Les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart doivent être donnés pour qu'une sanction puisse être mise à la charge des parties à la procédure.

C.2.1.1 L'entreprise

581. Les restrictions illicites à la concurrence auxquelles l'art. 49a al. 1 LCart fait référence doivent être commises par une « entreprise ». Pour la notion d'entreprise, il est renvoyé à l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart.⁶⁷⁷ En l'espèce, il est renvoyé aux N 395 ss concernant la qualification de Naxoo en tant qu'entreprise.

C.2.1.2 Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart

582. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est sanctionnée.

⁶⁷⁴ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279), art. 30 LCart N 58 s.

⁶⁷⁵ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 (ci-après : Message 2001), en particulier 1912, 1922 ss et 1929 ; BILGER (note 284), p. 92.

⁶⁷⁶ Message 2001 (note 675), 1922.

⁶⁷⁷ Entre autres : JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3^e édition, Zurich 2011, art. 49a LCart N 6.

583. Il est déduit de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart qu'une sanction présuppose des pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'art. 7 LCart.

584. Afin d'éviter toute redondance, il peut être renvoyé aux considérants qui précèdent en ce qui concerne les pratiques illicites, en particulier aux N 395 ss (entreprise), 446 ss (position dominante) et 482 ss (pratiques illicites). Plus généralement, il est constaté que les éléments constitutifs sont donnés en l'espèce.

585. Naxoo indique dans sa prise de position du 16 octobre 2017 que l'enquête ayant été ouverte le 30 mars 2016, elle ne peut être sanctionnée pour des faits survenus avant le 30 mars 2011 ou si une éventuelle position dominante – contestée par Naxoo – aurait cessé d'exister avant cette date. Elle invoque à cet effet l'art. 49a al. 3 let. b LCart.⁶⁷⁸ L'interprétation de Naxoo est toutefois contraire à la lettre de la loi. La disposition précitée indique en effet seulement qu'aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête. Elle ne porte pas sur la prescription des faits comme l'avance Naxoo. En l'espèce, la restriction à la concurrence de Naxoo s'est étendue bien au-delà du 30 mars 2011 (N 609 s.), et l'argument de Naxoo tombe à faux.

C.2.2 Imputabilité

586. Selon la pratique de la COMCO ainsi que des tribunaux, il doit au moins pouvoir être reproché à l'entreprise concernée – en plus de la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction et de l'illicéité du comportement – d'avoir agi par négligence, et donc d'avoir violé objectivement un devoir de diligence au sens des faits reprochés. Un manque objectif de diligence est en particulier donné si une entreprise déploie un certain comportement tout en ayant conscience que celui-ci pourrait potentiellement être contraire au droit de la concurrence.⁶⁷⁹ Un manque objectif de diligence au sens d'une faute au niveau de l'organisation est déterminant.⁶⁸⁰

587. Dans le cas d'espèce, Naxoo a mis en place une politique commerciale dont elle devait connaître les effets restrictifs de concurrence au plus tard suite au courrier du Secrétariat du 6 août 2013, qui lui indiquait que les trois solutions qu'elle proposait n'étaient pas aptes à résoudre le problème de l'exploitation en parallèle avec Gérardtronic de l'IDI coaxiale.⁶⁸¹

588. Le comportement de Naxoo était conscient et délibéré, comme illustré par les aspects suivants :

- le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss) ;
- quelques semaines plus tard, le 20 mai 2008, Naxoo retirait son offre de relier au téléseu la Résidence [...] en raison de la présence du système Supermédia, le but étant que le propriétaire écarte le système tiers au profit du téléseu (N 280) ;
- fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275) ;

⁶⁷⁸ A 198, N 842.

⁶⁷⁹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2.1, *Publigroupe/COMCO*.

⁶⁸⁰ Voir ATF 139 I 72, consid. non publié 12.2.2 (= DPC 2013/1, 135 consid. 12.2.2) et les références citées, *Publigroupe SA et al./COMCO* ; le récent cas *Nikon/COMCO* résume bien la question de l'imputabilité, arrêt du TAF, DPC 2016/3, 863 consid. 8.2.2 et les références citées.

⁶⁸¹ A 7.

- malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,⁶⁸² Naxoo a indiqué les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, à savoir ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277) ;
- le 7 mars 2014, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du télé-réseau en raison de l'absence de signature de sa CRI, à savoir de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279) ;
- le courriel du 23 avril 2015 adressé à Naxoo par le directeur de la société DSAT est également évocateur (N 288 s.), en particulier à la lumière du fait qu'une enquête préalable avait été ouverte à l'encontre de Naxoo le 29 janvier 2015.

589. Les éléments ci-dessus démontrent que le comportement de Naxoo constitue – à tout le moins – une violation objective du devoir de diligence. L'illicéité du comportement de Naxoo peut donc bien être imputée à Naxoo.

590. En résumé, il doit être retenu que, par son comportement, Naxoo a rempli les éléments constitutifs de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart durant la période s'étendant de juin 2008 à fin juin 2015 (N 610), et doit donc être sanctionnée.

C.2.3 Calcul de la sanction

591. La conséquence juridique d'une violation de la loi au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'une sanction pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise – pour autant qu'il soit calculable⁶⁸³ – est dûment pris en compte pour le calcul du montant.⁶⁸⁴

592. Les critères concrets de calcul du montant de la sanction ainsi que les détails du calcul sont exposés dans l'OS LCart⁶⁸⁵ (voir art. 1 let. a OS LCart). En principe, la fixation du montant de la sanction dépend du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui tient compte du principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart) ainsi que du principe de l'égalité de traitement.⁶⁸⁶ La COMCO détermine le montant effectif de la sanction selon les circonstances concrètes du cas d'espèce, mais la sanction doit être adaptée individuellement et dans les limites de la loi à chaque entreprise ayant pris part à l'infraction.⁶⁸⁷

C.2.3.1 Calcul concret de la sanction

593. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, dans les limites du cadre de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte. Pour le calcul concret du montant de la sanction, l'OS LCart part en premier lieu d'un montant de base, qui est dans un deuxième temps adapté à la durée des pratiques illicites, avant que ne soient prises en considération dans un troisième temps les circonstances aggravantes et atténuantes.

⁶⁸² A 2.

⁶⁸³ <www.comco.admin.ch> sous Documentation > Communications/Notes explicatives > Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), p. 1.

⁶⁸⁴ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.1, *Gaba*.

⁶⁸⁵ Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart ; RS 251.5).

⁶⁸⁶ PETER REINERT, in : Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), Berne 2007, art. 49a LCart N 14 ; DPC 2006/4, 661 N 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁸⁷ DPC 2009/3, 212 s. N 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

C.2.3.1.1 Montant de base

594. Le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question *sur les marchés pertinents* au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Ce montant a pour but de confisquer la rente cartellaire.⁶⁸⁸

595. A préciser que l'art. 3 OS LCart porte bien sur le chiffre d'affaires réalisé *sur les marchés pertinents*, et non sur le chiffre d'affaires réalisé grâce au comportement anticoncurrentiel. La disposition ne fait pas de différenciation s'agissant du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents. En conséquence, il n'y a pas lieu de déterminer quelle part de ce chiffre d'affaires a été réalisée grâce à un comportement anticoncurrentiel, et si corrélativement une partie du chiffre d'affaires n'est pas liée avec un comportement anticoncurrentiel. Une telle différenciation ne ressort pas non plus du sens et du but de la disposition.⁶⁸⁹

a. Limite supérieure du montant de base

596. La limite supérieure du montant de base se monte selon l'art. 3 OS LCart à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question *sur les marchés pertinents* au cours des trois derniers exercices.

597. Il y a donc premièrement lieu de déterminer les marchés pertinents qui doivent être retenus pour le calcul. Les marchés pertinents sont ceux qui ont été *concrètement* affectés par la restriction à la concurrence. En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent également ceux de produits ou services qui, « *en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés* » (art. 11 al. 3 let. a OCCE), peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. La substituabilité étend naturellement le marché au-delà des produits de l'entreprise ou des entreprises strictement concernées par l'affaire ; cette extension donne en conséquence une marge d'appréciation à l'autorité sanctionnatrice.⁶⁹⁰

598. En l'espèce, le marché pertinent qui est retenu par la COMCO dans le cadre de sa marge d'appréciation est le marché du raccordement au télé-réseau. En effet, c'est en particulier à partir de ce marché que se produisent les conséquences économiques des pratiques illicites de Naxoo. A relever que la presse genevoise indique également que la source de revenus de Naxoo est « *le réseau, présent dans les foyers genevois, à travers lequel Naxoo commercialise un abonnement mensuel de base à CHF 29.95* ». ⁶⁹¹

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

⁶⁸⁸ Voir aussi DPC 2012/2, 404 s. N 1083 table 3 ainsi que 407 s. N 1097 table 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (n'est pas encore en force) ; DPC 2016/2, 384 N 326 et 332, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)* (n'est pas encore en force).

⁶⁸⁹ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 645 consid. 722 s., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁶⁹⁰ ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 49a LCart N 25 ; DPC 2009/2, 143, *Sécateurs et cisailles*.

⁶⁹¹ A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016.

⁶⁹² A 115, réponse 19.

⁶⁹³ A 115, pp. 10 s.

	Chiffre d'affaires en CHF sur le marché pertinent		
	2014	2015	2016
Nbr de prises payantes ⁶⁹⁴	[...]	[...]	[...]
Montant mensuel / annuel HT par UH	CHF 25.55 / CHF 306.60	CHF 25.55 / CHF 306.60	CHF 25.55 / CHF 306.60
Montants totaux par années	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Total pour les 3 années	CHF [...]		

600. La limite supérieure du montant de base se monte ainsi en l'espèce à CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. [...].

601. Dans sa prise de position, Naxoo requalifie le marché pertinent en raccordement *d'immeubles* au télé-réseau pour ensuite indiquer qu'elle ne perçoit aucune rémunération sur ce marché.⁶⁹⁵ Certes, mais on ne voit pas en quoi cette réflexion liée à une requalification unilatérale changerait le calcul de la COMCO. Plus loin, Naxoo indique que ses chiffres d'affaires 2014 à 2016 pour le raccordement au Réseau Naxoo sont inférieurs⁶⁹⁶ à ceux retenus par la COMCO,⁶⁹⁷ sans toutefois expliquer cet écart ou les raisons pour lesquelles le calcul de la COMCO serait incorrect.

b. Prise en compte du type et de la gravité de l'infraction

602. Selon l'art. 3 OS LCart, le montant de base doit être calculé selon la gravité et le type d'infraction. Il doit ainsi être déterminé de quel niveau de gravité l'infraction est à qualifier. Les critères objectifs figurent au premier plan.⁶⁹⁸

603. En principe, la gravité de l'infraction doit être examinée au cas par cas et en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Selon la jurisprudence du TAF, aucune implémentation schématique du montant de base ne doit intervenir dans le cadre de la sanction. Une gradation selon la gravité et le risque potentiel des pratiques illicites individuelles d'entrave et d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart est généralement difficilement praticable.⁶⁹⁹

604. En tenant compte des circonstances juridiques et économiques précitées, des faits relatifs au cas concret ainsi que de l'abandon *in dubio pro reo* de la lettre a de l'art. 7 al. 2 LCart par la COMCO dans la décision finale par rapport à la proposition du Secrétariat du 20 juillet 2017, il est justifié de fixer le montant de base de la sanction à [3] % du chiffre d'affaires réalisé par Naxoo sur le marché pertinent au cours des trois derniers exercices, ce

⁶⁹⁴ A 189 ; A 115, réponse 14.

⁶⁹⁵ A 198, N 862.

⁶⁹⁶ A 189, p. 3, Tableau 11.

⁶⁹⁷ A 189, N 863 s.

⁶⁹⁸ A savoir des critères qui ne sont pas basés sur la responsabilité pour faute, voir DPC 2010/4, 760 N 386 et les références citées, *Baubeschläge für Fenster und Türen* ; voir aussi CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zurich 2007, 230.

⁶⁹⁹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 365 consid. 8.3.4, *Publigroupe/COMCO*.

qui correspond à une gravité d'infraction moyenne inférieure. Les restrictions à la concurrence ont certes été limitées à la Ville de Genève, et ont touché principalement un seul acteur, soit Gérardtronic. Toutefois, le comportement illicite de Naxoo est voulu et durable. A cela s'ajoute que la Ville de Genève est composée d'un pourcentage très élevé de bâtiments qui contiennent plusieurs logements (N 34), et que la grande majorité des immeubles disposent de paraboles collectives installées en toiture (N 63), condition nécessaire pour l'installation d'un système satellitaire collectif. Par conséquent, la Ville de Genève représente un débouché important pour des fournisseurs de systèmes satellitaires collectifs comme Gérardtronic.

605. L'énergie déployée par Naxoo sur la durée pour écarter un acteur économique gênant permet d'exclure une gravité d'infraction faible. En effet, Naxoo a tenté sciemment d'empêcher le développement de systèmes tiers comme la technologie Supermédia en cherchant à s'octroyer contractuellement l'exclusivité de l'utilisation des IDI coaxiales. A cela s'ajoute que le courriel du directeur de la société DSAT SA envoyé à Naxoo le 23 avril 2015 (N 288 s.) ainsi que les déclarations de M. Morales (N 290 s.) démontrent la volonté de Naxoo de saborder toute relation commerciale qui impliquerait M. Emery. D'ailleurs, les dirigeants de Naxoo avaient déjà été condamnés par le TF en date du 17 avril 2008 pour concurrence déloyale (N 292 ss). Ainsi, avant même le comportement problématique du point de vue du droit des cartels, Naxoo avait déjà tenté de faire trébucher Gérardtronic. Par conséquent, il n'est pas possible de qualifier la gravité de l'infraction comme faible, et Naxoo ne peut être suivie sur ce point,⁷⁰⁰ étant précisé que les considérations de Naxoo dans sa prise de position se basent sur une gravité d'infraction qui a depuis été requalifiée à la baisse dans la décision finale.

606. En conclusion, le montant de base s'élève ainsi à CHF [...].

C.2.3.1.2 Durée de l'infraction

607. Selon l'art. 4 OS LCart, si la pratique anticoncurrentielle a duré de un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire.⁷⁰¹

608. Dans ce cadre, la majoration tient du pouvoir d'appréciation de la COMCO, et dépend de la nature et teneur de la restriction à la concurrence ainsi que son impact au fil du temps. Dans sa jurisprudence récente en matière d'atteinte à la concurrence, le TAF est parti du principe qu'une atteinte qui dure plus de cinq années a en règle générale une incidence uniforme, respectivement périodique sur la ligne du temps.⁷⁰² Par conséquent dans de tels cas, une majoration linéaire de la sanction est indiquée. Cela correspond à une majoration par palier de 0.8333 %⁷⁰³ par mois entamé, dès le moment où le comportement anticoncurrentiel est exercé.

609. En l'espèce, les faits (chronologiques) suivants peuvent être mis en évidence dans le cadre de l'examen de la durée de l'infraction :

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

⁷⁰⁰ A 198, N 868 ss.

⁷⁰¹ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), pp. 3 s.

⁷⁰² Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 690 consid. 755 ss, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁷⁰³ Correspond à un douzième de 10 %.

souhaitait raccorder son système Supermédia au réseau du câble installé et exploité par [Naxoo] dans les immeubles situés en ville de Genève »,⁷⁰⁴

- le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss) ;
- le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité, Naxoo retirait son offre de relier au télé-réseau la Résidence [...] (N 280) ;
- fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275) ;
- malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,⁷⁰⁵ Naxoo a fait savoir les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, respectivement ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277) ;
- le 7 mars 2014 et alors que l'intervention du Secrétariat durait depuis plus de 9 mois, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du télé-réseau en raison de l'absence de signature de sa CRI, respectivement de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279) ;
- l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo a une teneur problématique depuis en tout cas décembre 2009, et cela jusqu'en juillet 2015 approximativement (N 251 ss) ;
- Gérardtronic indique que depuis le 1^{er} janvier 2016, elle n'aurait plus réalisé de recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI en Ville de Genève.⁷⁰⁶ La liste des installations Supermédia fournie par Gérardtronic mentionne quant à elle une dernière installation réalisée en 2013.⁷⁰⁷

610. Sur la base de ce qui précède, il est retenu que Naxoo a débuté son comportement illicite au plus tard dès début juin 2008. Quant à la fin de la période, il est retenu que le comportement illicite de Naxoo s'est étendu jusqu'à fin juin 2015, vu la nouvelle teneur de l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo approximativement dès juillet 2015.⁷⁰⁸ En résumé, il sera retenu que le comportement illicite de Naxoo a débuté en juin 2008, et qu'il s'est étendu jusqu'à juin 2015 y compris. Cela correspond à 7 années et 1 mois. Selon la pratique, le montant de base sera ainsi majoré de 70.83 %, soit à CHF [...].

C.2.3.1.3 Circonstances aggravantes et atténuantes

611. La dernière étape consiste à tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes au sens des art. 5 et 6 OS LCart, étant précisé que les différentes circonstances mentionnées par l'ordonnance ne sont pas exhaustives.⁷⁰⁹

a. Circonstances aggravantes

612. En présence de circonstances aggravantes, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré, notamment lorsque l'entreprise : a contrevenu de manière répétée à la LCart (let. a) ; a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé

⁷⁰⁴ A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 5.

⁷⁰⁵ A 2.

⁷⁰⁶ A 91, réponse B4.

⁷⁰⁷ A 91, annexe 4.

⁷⁰⁸ A 163, réponse 4.

⁷⁰⁹ CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 690), art. 49a LCart N 42 ; Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), pp. 4 ss.

selon une détermination objective (let. b) ; a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (let. c) (art. 5 al. 1 OS LCart).

Contraventions répétées

613. Il y a contraventions répétées au sens de l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart premièrement lorsque les autorités de la concurrence ont déjà constaté à l'occasion d'une décision antérieure entrée en force une violation du droit des cartels par l'entreprise faisant l'objet de la nouvelle procédure, à savoir qu'il y a quasiment une « récidive ». Il y a également contraventions répétées si plusieurs comportements sont à juger ensemble dans le cadre d'une unique procédure – en d'autres termes s'il y a une pluralité d'actions.⁷¹⁰

614. En l'espèce, la COMCO estime que Naxoo ne s'est pas rendue coupable de plusieurs comportements différents au point où il faudrait retenir une circonstance aggravante. En particulier et contrairement à ce qui a été retenu dans l'affaire *Sport im Pay-TV*, le comportement de Naxoo ne pourrait pas être examiné dans le cadre de plusieurs procédures indépendantes, même si un comportement peut remplir plusieurs variantes d'infraction à l'art. 7 LCart (N 490).⁷¹¹ En effet, c'est principalement l'adoption de clauses contractuelles problématiques et la stricte mise en œuvre de celles-ci qui constituent le comportement problématique de Naxoo, sans que l'on puisse retenir par là une pluralité d'actions différentes au point de retenir une circonstance aggravante. Partant, aucune circonstance aggravante ne sera retenue à ce titre.

Gain particulièrement élevé

615. Un « gain normal » obtenu grâce au comportement illicite est déjà inclus dans le montant de base. En revanche, si la rente cartellaire illicite est supérieure au gain normal, il doit en être tenu compte conformément aux art. 2 al. 1 et 5 al. 1 let. b OS LCart. Le cas échéant, le montant de la sanction doit être augmenté dans tous les cas de manière à ce qu'il dépasse le montant du gain illicite tiré de l'infraction.⁷¹²

616. L'enquête n'a pas démontré que Naxoo aurait réalisé un gain particulièrement élevé par le biais de l'infraction (voir aussi N 621 ss). Aucune augmentation de la sanction ne se justifie ainsi à ce titre.

Refus de coopérer

617. Le refus de coopérer avec l'autorité ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent des circonstances aggravantes. Est notamment considéré comme une tentative d'obstruction particulièrement grave le fait de détruire des pièces à conviction.⁷¹³

618. En l'espèce, Naxoo a coopéré avec les autorités de la concurrence dans la mesure de ce qu'il était permis d'attendre d'elle. Aucune circonstance aggravante ne peut ainsi être retenue à ce titre.

⁷¹⁰ Voir DPC 2010/4, 763 N 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* (n'est pas encore en force) ; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279), art. 49a LCart N 67.

⁷¹¹ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 572), N 887 (n'est pas encore en force).

⁷¹² Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 5.

⁷¹³ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 5.

b. Circonstances atténuantes

La cessation du comportement illicite

619. Le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du Secrétariat, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart).

620. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'elle a confirmé à de répétées reprises que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas, *per se*, un motif de résiliation de la CRI.⁷¹⁴ La COMCO relève toutefois que Naxoo n'a concrètement modifié la clause 9.4 de la CRI qu'en juillet 2015 (N 251 ss), soit plus de deux ans après la première intervention du Secrétariat le 31 mai 2013, ce à quoi s'ajoute que la nouvelle teneur laisse dans une certaine mesure la possibilité à Naxoo de déterminer si une IDI coaxiale est conforme à ses propres spécifications techniques (voir à ce sujet N 253). La modification de la CRI n'est ainsi concrètement intervenue qu'après l'ouverture de l'enquête préalable. Partant, aucune circonstance atténuante ne doit être retenue à ce titre (art. 6 al. 1 OS LCart).

L'absence de profit

621. Pour les cas exceptionnels dans lesquels aucun profit n'a été obtenu, l'autorité de la concurrence peut en tenir compte en tant que circonstance atténuante, sur la base de l'art. 2 al. 1 LCart.⁷¹⁵ Toutefois, un gain particulièrement faible – par opposition au gain particulièrement élevé de l'art. 5 al. 1 let. b OS LCart – ne conduit pas à une réduction de la sanction, une telle réduction n'étant envisageable que si l'opération est « blanche », à savoir qu'elle n'a généré aucun profit.⁷¹⁶

622. En l'espèce, la COMCO retient que Naxoo a très vraisemblablement réalisé un gain relativement faible grâce à ses agissements, bien qu'il soit dans tous les cas difficile à chiffrer. Naxoo n'a ainsi vraisemblablement pas augmenté substantiellement ses profits grâce à ses agissements, mais a surtout nui au profit de tiers tout en consolidant ses parts de marché. En conséquence et à ce titre, la COMCO ne retient pas de circonstance atténuante.

C.2.3.2 Sanction maximale

623. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Comme cela ressort notamment du Message du Conseil fédéral portant sur la LCart de 2003,⁷¹⁷ on entend les trois derniers exercices clos avant l'adoption de la décision.⁷¹⁸ Le chiffre d'affaires au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est calculé selon les critères du calcul du chiffre en matière de concentrations d'entreprises ; les art. 4 et 5 OCCE s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne représente pas le point de départ du calcul concret du montant de la sanction ; c'est bien plutôt à l'issue du calcul concret du montant de la sanction, à la lumière des autres critères mentionnés dans la LCart et l'OS LCart, qu'il convient de vérifier si le montant maximal de la sanction n'est pas dépassé (art. 7 OS LCart) ; le cas échéant, une réduction correspondante doit intervenir.

⁷¹⁴ A 198, N 890, qui renvoie à l'A 52.

⁷¹⁵ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 683), p. 1.

⁷¹⁶ CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 690), art. 49a LCart N 55 ; DPC 2009/3, 196 N 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷¹⁷ Message 2001 (note 675), 1925.

⁷¹⁸ Voir DPC 2011/1, 191 N 572, *SIX/Terminale mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force) ; DPC 2016/2, 384 N 326, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)* (n'est pas encore en force).

624. Dans le cas d'espèce, les exercices 2014, 2015 et 2016 sont pertinents. Naxoo a réalisé en Suisse les chiffres d'affaires suivants pour ces trois exercices :

Chiffre d'affaires en CHF		
2014	2015	2016
[...] ⁷¹⁹	[...] ⁷²⁰	[...] ⁷²¹
Total pour les années 2014 à 2016 : CHF [...]		

625. Il résulte des chiffres qui précèdent une sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart de CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. Il est constaté que la sanction maximale au sens des art. 49a al. 1 LCart et 7 OS LCart n'est pas dépassée par le montant de la sanction retenu, soit CHF [...].

C.2.3.3 Examen de la proportionnalité

626. Finalement et au regard du principe de proportionnalité, une sanction doit aussi être supportable pour l'entreprise concernée. ⁷²²

627. En l'espèce, la sanction prononcée est supportable pour une entreprise qui considère elle-même que sa santé financière est bonne, ⁷²³ ce à quoi s'ajoute que la sanction finale n'atteint pas le montant de la sanction maximale possible (N 625).

C.2.4 Résultat

628. Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Naxoo pour un montant de base de [3] % :

Montant de base (facteur [3] %)	CHF [...]
Majoration en raison de la durée	+ 70.83 %
Résultat intermédiaire	CHF [...]
Circ. aggravantes / atténuantes	-
Résultat intermédiaire	CHF [...]
Proportionnalité	-
Sanction	CHF [3'571'936.-]

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

⁷¹⁹ A 189, p. 4.

⁷²⁰ A 189, comptes annexés.

⁷²¹ A 189, comptes annexés.

⁷²² Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.2, *Gaba* ; pour un examen détaillé, voir DPC 2009/3, 218 N 150 et les références citées, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷²³ A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016.

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

630. Cette sanction est mise à la charge de la société Naxoo SA.

D Frais

631. Selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart⁷²⁴, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

632. La procédure d'enquête au sens des art. 27 ss LCart est assujettie aux émoluments, si l'établissement des faits conclut à l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, ou si les parties acquiescent. Il y a également acquiescement si une ou plusieurs entreprises – ayant déclenché une procédure en raison de leur comportement entravant potentiellement la concurrence – cessent le comportement incriminé et que la procédure prend fin car devenue sans objet.⁷²⁵ Dans le cas d'espèce, l'entreprise visée par l'enquête est en conséquence tenue de s'acquitter des émoluments.

633. Selon l'art. 4 OEmol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre CHF 100.- et CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument.

634. Sur la base des classes de salaire des employés chargés de l'affaire d'espèce, le tarif horaire varie entre CHF 130.- et CHF 290.-. Le temps consacré porte sur [1'262] heures. En conséquence, le montant des émoluments est de CHF [260'460.-].

635. En l'espèce, la destinataire visée par l'enquête au sens du droit des cartels est Naxoo, raison pour laquelle les frais sont mis à sa charge.

⁷²⁴ Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (OEmol-LCart ; RS 251.2).

⁷²⁵ ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1 (= DPC 2002/3, 546 s.), *BKW FMB Energie AG* ; art. 3 al. 2 let. b et c OEmol-LCart *a contrario*.

E Résultat

636. Se fondant sur les faits de la cause et en vertu des considérants qui précèdent, la COMCO arrive à la conclusion que Naxoo détient une position dominante sur le marché suivant, au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 4 al. 2 LCart (section B.4.2) :

- marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209

Imposition de conditions commerciales inéquitables (section B.4.3.4)

637. Il a été démontré que Naxoo a abusé de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Les conditions commerciales de Naxoo visaient à pousser les propriétaires d'immeubles à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers à Naxoo à accéder à l'IDI coaxiale. Ces impositions ou tentatives d'impositions ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris.

Limitation des débouchés ou du développement technologique (section B.4.3.5)

638. L'examen a démontré que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en particulier par satellite. Ces limitations ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris.

Mesures et frais (sections C et D)

639. Il n'est pas ordonné de mesures à charge de Naxoo.

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

F Dispositif

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

1. 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 3'571'936.- (trois-millions-cinq-cent-septante-et-un-mille-neuf-cent-trente-six).
2. Met les frais de procédure d'un montant total de CHF 260'460.- à la charge de la société Naxoo SA.
3. Notifie la décision à :
 - Naxoo SA, Quai du Seujet 28, 1201 Genève, représentée par M^e Hubert Orso Gilliéron, Baker & McKenzie, Rue Pedro-Meylan 5, 1208 Genève
4. Communique une copie de la décision à :
 - Gératronic, Pascal Emery, Chemin des Palettes 24, 1212 Grand-Lancy, représentée par M^e Romain Jordan, MERKT & associés, Rue Général-Dufour 15, 1204 Genève
 - Swisscom (Suisse) SA, Konzernrechtsdienst, Monsieur Christoph Kummer, 3050 Berne
 - Conseil administratif de la Ville de Genève, Palais Eynard, 1204 Genève

Commission de la concurrence

Prof. D^r Andreas Heinemann
Président

D^r Rafael Corazza
Directeur

Voies de droit :

La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par un recours interjeté auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St-Gall. Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; celui-ci doit y joindre l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains.