



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-2798/2018
ric/dej/bmm

Décision incidente du 29 juillet 2019

Composition

Pascal Richard, juge instructeur,
Julien Delaye, greffier.

En la cause

Parties

Naxoo SA,
représentée par Maître Hubert Orso Gilliéron, avocat,
recourante,

contre

Commission de la concurrence COMCO,
autorité inférieure,

Objet

abus de position dominante - sanction,
supermédia,

Faits :**A.**

A.a Naxoo SA (ci-après : la recourante) est une société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but est notamment d'exploiter en Ville de Genève une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend. Elle est active dans le service de base limité à la radio et à la télévision, mais n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à ces services (télé-réseau) ; le contenu radio-TV (programmes) est entièrement fourni par des tiers. La recourante ne fournit pas non plus de services à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique) aux consommateurs.

A.b Pascal Emery (ci-après : le requérant) est titulaire de la raison individuelle Gérardonic, Pascal Emery, laquelle a pour but notamment le développement d'installations pour la réception et la distribution de programmes radio-TV. Le requérant a développé le système Supermédia, qui permet le mixage de signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Le système Supermédia nécessite l'installation d'une antenne parabolique collective en toiture d'immeuble, reliée à une table de mixage située généralement au sous-sol, après le point d'injection du télé-réseau. Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque unité d'habitation via l'IDI coaxiale sur une prise qui permet, en principe, à chaque occupant de recevoir et de choisir indistinctement entre les signaux provenant du télé-réseau et du satellite.

B.

B.a Le 8 avril 2013, le requérant a déposé auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : le secrétariat) une dénonciation à l'encontre de la recourante. Il lui reprochait en substance une violation de l'art. 7 de la loi sur les cartels, dès lors qu'elle disposerait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refuserait de raccorder au télé-réseau les immeubles équipés du système Supermédia, ce qui aurait pour effet d'exclure le requérant du marché en Ville de Genève. Enfin, ce refus ne serait fondé sur aucune raison commerciale ou technique valable.

B.b Par courrier du 31 mai 2013, le secrétariat a informé la recourante qu'il procédait à une observation du marché concernant l'accès du requérant à la prise IDI coaxiale. Après de nombreux échanges d'écritures entre les parties concernées, aucun terrain d'entente entre le requérant et la recourante concernant l'accès à la prise IDI coaxiale n'a pu être trouvé. Du

29 janvier 2015 au 20 janvier 2016, le secrétariat a mené une enquête préalable sur le marché de l'exploitation de la prise IDI coaxiale en Ville de Genève. Les informations obtenues ont fait apparaître des indices que la recourante détiendrait une position dominante sur le télé réseau en Ville de Genève et en abuserait sur le marché de l'exploitation de la prise IDI coaxiale situé en aval.

B.c D'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après : la Comco ou l'autorité inférieure), le secrétariat a ouvert, le 30 mars 2016, une enquête dans le but d'établir si le comportement de la recourante constituait effectivement un abus de position dominante au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée à la recourante et, notamment, au requérant. Elle a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 12 avril 2016, avec un délai de 30 jours imparti aux tiers concernés pour indiquer s'ils désiraient participer à l'enquête.

B.d Le 2 mai 2016, le requérant a requis de pouvoir participer à l'enquête en tant que tiers au sens de l'art. 43 al. 1 let. a de la loi sur les cartels, ce que le secrétariat a admis le 4 mai 2016. Par courriel du 18 mai 2016, le secrétariat a informé sommairement le requérant de la différence entre la qualité de tiers admis à participer à l'enquête et celle de partie au sens de l'art. 6 de la loi sur la procédure administrative.

C.

Par décision du 11 décembre 2017, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de (...) francs. Elle a également mis à sa charge les frais de procédure s'élevant à 260'460 francs. En substance, elle a retenu que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209 et qu'elle avait abusé de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestat des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale, ainsi qu'en limitant les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers et empêchant ou entravant fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en particulier par satellite.

D.

Le 14 mai 2018, la recourante a formé recours contre cette décision. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation, subsidiairement au renvoi de la cause et à la réduction de la sanction prononcée à son encontre.

E.

En date du 26 juillet 2018, le requérant a requis que sa qualité de partie soit reconnue dans la présente procédure et qu'il soit invité à se déterminer sur le recours. Il rappelle être à l'origine de l'enquête à l'encontre de la recourante et avoir pris part à cette dernière sur la base de l'art. 43 al. 1 de la loi sur les cartels. Il soutient disposer d'un intérêt juridique et digne de protection à l'issue de la cause, en raison du préjudice économique important qu'il subit. Enfin, celle-ci aurait un impact direct sur ses prétentions civiles, dès lors que le juge du dommage serait, en principe, lié par le prononcé administratif.

F.

Par courrier du 14 août 2018, l'autorité inférieure a renoncé à se prononcer sur la requête du requérant.

G.

Par écritures du 14 septembre 2018, la recourante a pris position sur la requête du requérant. Elle conclut à son rejet, au motif que ce dernier n'est pas le destinataire de la décision attaquée, qu'il n'aurait agi que comme simple dénonciateur et ne bénéficierait dès lors d'aucun des droits reconnus aux parties. Se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, la recourante rappelle que la simple participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 de la loi sur les cartels ne suffit pas pour se voir reconnaître la qualité de partie dans la procédure de recours subséquente.

Elle rappelle également que le requérant n'a jamais contesté sa qualité de tiers admis à participer à l'enquête, ni sollicité la qualité de partie dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure. Elle estime que les atteintes subies par celui-ci résultent avant tout du principe de la libre concurrence et qu'elle ne se trouve pas dans une relation particulièrement étroite avec lui, dès lors qu'aucun rapport contractuel n'existerait entre eux.

Elle considère également que sa requête viserait uniquement à soutenir l'action de l'autorité inférieure et non à contester une décision rendue par cette dernière. Or, dite action ne saurait se confondre avec les intérêts

privés du requérant, encore moins avec son intérêt à ce que la décision rendue favorise une action civile.

Enfin, la recourante soutient que la requête du requérant serait tardive, dès lors qu'elle intervient trois mois après la notification de la décision attaquée et alors que l'échange d'écritures dans le cadre de la présente procédure est déjà entamé.

H.

Par courrier du 31 octobre 2018, le requérant s'est déterminé sur la prise de position de la recourante et persiste dans sa requête. Il rappelle que l'art. 43 al. 1 de la loi sur les cartels a pour objectif de maintenir une procédure d'enquête rapide et efficace, dès lors il serait contraire à ce but d'octroyer à trop de tiers la qualité de partie.

Il rappelle ensuite avoir subi un préjudice économique important et que l'enquête porte spécifiquement sur le système Supermédia dont il est le concepteur. Partant, il remplirait les critères fixés par la jurisprudence fédérale pour bénéficier de la qualité de partie.

Enfin, il aurait expressément réservé, durant l'enquête, son appréciation quant à son statut de partie en fonction de l'avancée de cette dernière. Il réfute dès lors toute tardiveté à sa requête.

I.

Par courrier du 3 décembre 2018, la recourante a persisté dans ses conclusions et rappelé qu'il ne suffit pas d'être un concurrent pour pouvoir se voir reconnaître la qualité de partie. De même, la simple baisse du chiffre d'affaires ne suffirait pas non plus ; seul un rapport particulièrement étroit résultant de la législation applicable serait susceptible de fonder un intérêt digne de protection, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Elle met en exergue que la requête du requérant ne viserait qu'à soutenir l'action de l'autorité inférieure et lui reproche que, si pour un motif ou un autre, la décision attaquée l'avait directement affecté, il aurait dû recourir à son encontre, pour autant que sa qualité pour recourir eût été donnée.

Elle estime que, si le tribunal devait reconnaître la qualité de partie au requérant, il admettrait dans les faits l'action populaire, dès lors que celui-là n'entretiendrait aucune relation contractuelle avec la recourante. Au surplus, le requérant fonderait sa qualité de partie sur l'existence d'un dommage, sans toutefois l'avoir prouvé.

J.

Dans ses observations du 17 décembre 2018, le requérant persiste dans ses conclusions et dans les griefs invoqués dans ses précédentes écritures. Il requiert au surplus d'avoir accès au mémoire de recours déposé par la recourante, dès lors que celle-ci y réfère dans sa précédente écriture.

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

Droit :**1.**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions de sanctions dans le domaine de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251 ; cf. art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur les requêtes tendant à ce que la qualité de partie soit reconnue (cf. art. 5 al. 2 let. b PA).

1.2 A teneur de l'art. 39 LTAF, le président de la cour ou le juge désigné par lui dirige la procédure au titre de juge instructeur jusqu'au prononcé de l'arrêt (al. 1). Les décisions du juge instructeur ne peuvent pas faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (al. 3).

2.

2.1 La présente décision a pour objet la requête du 26 juillet 2018 du requérant, tendant à ce que sa qualité de partie dans le cadre de la présente procédure soit reconnue.

2.2 D'emblée, il y a lieu de préciser que, dans le cadre de la présente décision, les faits pertinents doivent être avant tout appréciés tels qu'ils ressortent de la décision attaquée et du dossier de l'autorité inférieure. Une autre appréciation, dans la suite de la procédure, à savoir dans le cadre de l'examen de l'affaire au fond, demeure réservée.

3.

3.1 Le requérant soutient que la qualité de partie à la présente procédure doit lui être reconnue, au motif qu'il a pris part à la procédure devant

l'autorité inférieure en tant que tiers admis à participer à l'enquête, qu'il est à l'origine de cette dernière et qu'il dispose d'un intérêt digne de protection à l'issue de la procédure, dès lors qu'il subirait un préjudice économique important et que celle-ci aurait une incidence sur ses prétentions civiles.

3.2 La recourante estime, tout d'abord, que la requête du requérant serait tardive. Elle considère, au surplus, que la qualité de partie devrait être refusée au requérant, dans la mesure où celui-ci n'est pas le destinataire de la décision attaquée et qu'il n'aurait pas contesté sa simple qualité de tiers admis à participer à l'enquête. Elle précise que la simple participation à l'enquête ne suffit pas pour reconnaître aux tiers leur qualité de partie dans les procédures de recours subséquentes. Elle conteste enfin que le requérant ait subi un préjudice particulier, dès lors qu'il n'existe aucune relation commerciale entre eux. Aussi, la requête ne viserait qu'à soutenir l'action publique et reposerait sur des intérêts purement privés.

L'autorité inférieure a renoncé à se prononcer sur la requête du requérant.

4.

Il y a lieu de déterminer, d'abord, si la requête déposée par le requérant en date du 26 juillet 2018 est tardive.

4.1

4.1.1 La recourante se plaint, dans un premier temps, que si le requérant entendait prétendre à la qualité de partie dans la procédure de recours, il devait contester déjà devant l'autorité inférieure sa simple qualité de tiers admis à participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart et solliciter formellement la qualité de partie dans la procédure ayant conduit à la décision attaquée.

Le requérant rappelle qu'il aurait toujours réservé ses droits durant la procédure d'enquête, de sorte qu'il serait fondé à solliciter sa qualité de partie au stade de la procédure de recours.

4.1.2 La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable aux procédures administratives en matière cartellaire, dans la mesure où les dispositions de la loi sur les cartels n'y dérogent pas (art. 39 LCart). En l'occurrence, les personnes qui ne peuvent accéder à la concurrence ou l'exercer du fait de la restriction à la concurrence peuvent s'annoncer au secrétariat afin de participer à l'enquête concernant dite restriction (art. 43 al. 1 let. a LCart). Le secrétariat peut si nécessaire limiter la participation à une audition ; les droits des parties découlant de l'art. 6 PA sont toutefois

réservés (art. 43 al. 2 2^e phrase LCart). La procédure d'enquête distingue ainsi selon que les tiers admis à participer à l'enquête disposent ou non de la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA (cf. message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart] du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472, n° 256.5 p. 605 ; ATF 139 II 328 consid. 4.3 ; STEFAN BILGER, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 43 n° 21 ss p. 1630 ; PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, 2000, p. 215 ss ; CHRISTIAN BOVET, Les tiers devant les Commissions fédérales des banques, de la concurrence et de la communication, in : Les tiers dans la procédure administrative, 2004, p. 154 ss ; BENOÎT MERKT, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 43 LCart n° 9 p. 1439 ; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in : Kartellrecht, SIWR, vol. V/2, 2000, p. 495 ss).

4.1.3 La loi sur les cartels ne contient toutefois pas de disposition sur la procédure de recours et ne règle pas expressément la qualité de partie devant le tribunal de céans (cf. décision incidente du TAF B-4003/2016 du 21 mars 2017 consid. 3.3). Par conséquent, les règles générales de la procédure administrative s'appliquent (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-2157/2006 du 3 octobre 2007 consid. 1.4.2).

Ainsi, le Tribunal administratif fédéral apprécie librement la qualité de partie dans la procédure de recours au sens de l'art. 6 PA, et ce, indépendamment de savoir si cette qualité leur a été octroyée devant l'autorité inférieure (cf. ISABELLE HÄNER, in : Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG, Kommentar, 2^e éd. 2019, art. 6 n° 6 p. 117). Toutefois, dans les procédures en droit des cartels, il convient de tenir compte, dans l'examen de la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA, des interactions entre la loi sur la procédure administrative et la loi sur les cartels : les règles générales de la PA doivent être interprétées conformément à la loi sur les cartels et les règles spéciales de la loi sur les cartels selon celles de la PA (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.1, 139 II 279 consid. 2.3, 135 II 172 consid. 2.3.2 et 135 II 60 consid. 3.1.1 ; BILGER, op. cit., rem. art. 39-44 n° 16 p. 1521 s.). Ainsi, la distinction opérée à l'art. 43 al. 1 LCart entre les tiers admis à participer à l'enquête ayant ou non la qualité de partie doit être prise en compte dans l'interprétation des art. 6 et 48 PA (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.4). En distinguant selon que les tiers admis à participer à l'enquête disposent ou non de la qualité de partie, le cercle des tiers admis à participer à l'enquête dans la procédure devant l'autorité inférieure peut demeurer relativement large (cf. BORENS, op. cit.,

p. 213 ; RICHLI, op. cit., p. 498), contribuant de ce fait à la réalisation des objectifs de la loi, sans toutefois rendre la procédure impossible en raison d'un nombre trop important de parties et sans ouvrir une action populaire (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.4).

Il serait dès lors contraire au but de l'art. 43 LCart d'imposer que celui qui souhaite se prévaloir de sa qualité de partie adverse dans la procédure de recours ait déjà requis celle-ci dans le cadre de l'enquête (cf. décision incidente B-4003/2016 précitée consid. 3.8). En effet, son intérêt peut évoluer et être plus ou moins important en procédure de recours. L'objet du recours ne correspond, par exemple, pas toujours à l'objet de la décision attaquée (cf. ATF 136 II 165 consid. 5 et 125 V 413 consid. 1b). De même, les circonstances peuvent avoir évolué (cf. ATF 131 II 497 consid. 5.1).

4.1.4 Il s'ensuit que le requérant ne saurait être exclu de la présente procédure au seul motif qu'il n'a pas contesté devant l'autorité inférieure sa qualité de simple tiers admis à participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart et qu'il n'a pas requis formellement la qualité de partie dans le cadre de la procédure ayant conduit à la décision attaquée.

4.2

4.2.1 La recourante soutient, dans un second temps, que la décision attaquée lui a été notifiée le 13 avril 2018 et que le requérant en a reçu une copie à la même période. Elle fait valoir qu'à aucun moment dans le délai de recours le requérant n'aurait manifesté son intention de recourir contre la décision attaquée ni n'aurait revendiqué la qualité de partie. Ainsi, l'admission de sa requête serait contraire à une saine administration de la justice et à l'économie de la procédure.

Le requérant soutient que sa requête serait intervenue en temps utile, alors que l'instruction du recours était encore en cours. De même, il ne voit pas l'utilité de recourir contre la décision attaquée, dès lors que celle-ci constate l'existence d'atteintes à la concurrence commises par la recourante à son encontre.

4.2.2 En l'occurrence, dès lors que la décision attaquée constatait l'existence d'une restriction illicite à la concurrence commise par la recourante à l'encontre, notamment, du requérant, on ne saisit pas en quoi il eût été nécessaire que le requérant formât un recours contre la décision attaquée pour sauvegarder sa qualité de partie dans le cadre de la présente procédure, ce d'autant plus que l'art. 6 PA ne conditionne pas la

qualité de partie au dépôt effectif d'un recours (cf. arrêt du TAF B-1379/2010 du 30 août 2010 consid. 3.1 et 3.2).

Au surplus, le 23 mai 2018, le tribunal a informé le requérant – en sa qualité de tiers participant à l'enquête – de ce qu'un recours avait été déposé contre la décision attaquée. Dans ces circonstances, la requête formulée en date du 26 juillet 2018, soit un peu plus de deux mois après dite communication, n'apparaît pas d'emblée tardive au point où son admission viendrait perturber l'administration de la justice ou l'économie de la procédure ; la recourante ne développe d'ailleurs pas en quoi tel serait le cas.

4.3 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la requête déposée par le requérant le 26 juillet 2018 n'est pas tardive. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur celle-ci.

5.

5.1 Aux termes de l'art. 6 PA, 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. L'art. 6 PA définit ainsi la qualité de partie en lien avec la qualité pour recourir au sens de l'art. 48 PA, disposition qui correspond à l'art. 89 al. 1 LTF et doit être interprétée de la même manière : celui qui a la qualité pour recourir selon ces deux dernières dispositions a aussi la qualité de partie (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 328 consid. 3.2 et 139 II 279 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C_94/2012 du 3 juillet 2012 consid. 2.1 et 9C_823/2011 du 23 mars 2012 consid. 1.3).

A ainsi la qualité de partie non seulement le destinataire de la décision attaquée, mais également celui qui est particulièrement touché par cette dernière et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée, modifiée ou, en l'occurrence, confirmée (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.1 et 139 II 279 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3 et 2C_762/2010 du 2 février 2011 consid. 4.1).

Dès lors que la participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart ne préjuge pas de la reconnaissance ou non de la qualité de partie en instance de recours (cf. supra consid. 4.1.3), la recourante ne saurait rien déduire du fait que le requérant n'est pas le destinataire de la décision attaquée.

Afin de déterminer si le requérant peut prétendre ou non à la qualité de partie dans le cadre de la présente procédure, il convient bien plus

d'examiner si celui-ci est particulièrement touché par la décision attaquée et s'il bénéficie d'un intérêt digne de protection à l'issue de la présente procédure.

5.2 Le requérant estime, en premier lieu, être particulièrement touché par la décision attaquée et déduit l'existence d'un intérêt digne de protection de sa participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart et de sa qualité de dénonciateur.

5.2.1 Est particulièrement touché celui qui est atteint de manière directe et concrète par la décision attaquée, avec une intensité plus grande que d'autres personnes et qui se trouve dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1 ; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3). A un intérêt digne de protection, celui qui a un intérêt juridique ou de fait à ce que la décision soit annulée ou modifiée : cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que la modification ou l'annulation lui apporterait, en lui évitant de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1 ; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3).

5.2.2 Il convient de rappeler que, dans l'interprétation des art. 6 et 48 PA, il y a lieu de tenir compte de la distinction opérée à l'art. 43 al. 1 LCart entre les tiers admis à participer à la procédure ayant ou non la qualité de partie (cf. supra consid. 4.1.3). Dès lors que le groupe de tiers admis à participer à l'enquête peut, selon les circonstances, prendre une ampleur considérable, reconnaître de la seule participation à l'enquête l'existence d'un intérêt digne de protection au sens des art. 6 et 48 PA mettrait à mal l'exigence d'une procédure rapide et efficace (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.4). En effet, la procédure administrative en droit des cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux restrictions à la concurrence (art. 1 LCart), à l'inverse de la procédure civile prévue à l'art. 12 LCart qui sert avant tout des intérêts essentiellement privés (cf. ATF 131 II 497 consid. 5.5, 130 II 521 consid. 2.9 et 130 II 149 consid. 2.4 ; arrêt du TF 2A.161/2006 du 12 octobre 2006 consid. 3.2). Il convient donc d'éviter que la procédure administrative ne soit trop fortement orientée vers des intérêts privés (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.4).

5.2.3 Au surplus, le dénonciateur n'obtient pas la qualité de partie dans la procédure qui s'ensuit du simple fait de sa dénonciation et doit remplir les

conditions fixées à l'art. 6 PA (art. 71 al. 2 PA ; cf. ATF 142 II 451 consid. 3.4.3 et 139 II 279 consid. 2.3). Ainsi, il doit notamment pouvoir se prévaloir d'un intérêt digne de protection à ce que l'autorité intervienne (cf. ATF 133 II 468 consid. 2 et 120 Ib 351 consid. 3a ; arrêt du TF 2C_519/2017 du 28 novembre 2017 consid. 4.3 ; arrêt du TAF B-7159/2016 du 10 octobre 2018 consid. 4.4).

5.2.4 Il s'ensuit que le requérant ne peut prétendre à ce que la qualité de partie lui soit reconnue, en raison de sa seule participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart ou de sa qualité de dénonciateur.

5.3 Le requérant estime, en second lieu, être particulièrement touché par la décision attaquée dans la mesure où il se trouverait dans une relation particulièrement étroite avec la recourante, ce que cette dernière conteste dès lors qu'elle n'entreprendrait aucune relation commerciale avec le requérant.

5.3.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne peuvent, en principe pas prétendre à la qualité pour recourir les concurrents ou partenaires commerciaux qui démontrent seulement un risque d'affaiblissement de leur capacité à se faire concurrence sur le marché (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.3, 127 II 264 consid. 2c, 125 I 7 consid. 3d ; arrêt du TF 2C_485/2010 du 3 juillet 2012 consid. 1.2.4, non publié à l'ATF 138 I 378). Un tel risque ressort en effet du principe de libre concurrence (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.3). En revanche, la qualité pour recourir peut être reconnue aux concurrents ou partenaires commerciaux de la même branche économique qui, en raison de réglementations de politique économique ou d'autres règles spéciales, se trouvent entre eux dans une relation particulièrement étroite (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.3 ; arrêt du TF 2C_694/2009 du 20 mai 2010 consid. 1.1, non publié à l'ATF 136 II 291 ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^e éd. 2011, p. 740). L'intérêt général à ce que des règles applicables à tous soient correctement appliquées ne suffit toutefois pas (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.3, 125 I 7 consid. 3g/bb et 123 II 376 consid. 4b/bb).

Dans la mesure où la loi sur les cartels garantit une concurrence effective, elle place les concurrents ou les partenaires commerciaux dans une relation particulière les uns par rapport aux autres, dès lors qu'ils sont concernés par une restriction à la concurrence de manière directe et immédiate. Tel est le cas notamment lorsque les entreprises concernées se trouvent dans une relation de concurrence directe et actuelle (cf. ATF 139 II 328 consid. 3.5).

5.3.2 En l'occurrence, il ne ressort pas de la décision attaquée que la recourante et le requérant aient entretenu des relations commerciales directes. Toutefois, ils sont tous deux actifs sur le marché de la fourniture d'accès à des services multimédias via l'IDI coaxiale, respectivement le télé réseau s'agissant de la recourante et le satellite s'agissant du requérant. Ils se font ainsi concurrence sur le marché de la fourniture desdits services. De plus, il est notamment reproché à la recourante d'avoir abusé de sa position dominante en imposant ou 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 la recourante viseraient ainsi à pousser les propriétaires d'immeubles à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales ou à entraver tout tiers à accéder à l'IDI coaxiale. Ainsi, le système Supermédia, développé par le requérant, nécessitant l'utilisation de l'IDI coaxiale, celui-ci est, *a priori*, directement et immédiatement concerné par le comportement de la recourante.

Aussi, il y a lieu de retenir que le requérant se trouve dans une relation particulièrement étroite avec la recourante.

5.4 Encore faut-il que le requérant ait un intérêt digne de protection à participer à la présente procédure, à savoir que l'issue de celle-ci soit à même de lui éviter de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre.

5.4.1 Le requérant allègue avoir subi un préjudice économique important en raison du comportement reproché à la recourante, lequel ressortirait du dossier de l'autorité inférieure. Ce préjudice serait nettement perceptible et se chiffrerait au moins à (...) francs. Partant, dès lors que la décision attaquée constaterait l'illicéité dudit comportement, il aurait un intérêt digne de protection à participer à la présente procédure.

La recourante rappelle qu'elle n'entretient aucune relation commerciale avec le requérant. Elle conteste l'existence de tout préjudice subi par le requérant et rappelle que les tribunaux civils ont rejeté, en 2014, les prétentions en réparation du dommage du requérant.

5.4.2 En droit des cartels, un concurrent ou un partenaire commercial peut se voir accorder la qualité de partie s'il subit un désavantage économique sensiblement significatif. Tel est le cas s'il est touché de manière individuelle et concrète par la restriction à la concurrence, par exemple

lorsque celle-ci provoque une diminution de son chiffre d'affaires (cf. ATF 139 II 328 consid. 4.5), mais également de manière représentative, par exemple lorsque son désavantage économique est comparable à celui d'une part significative des acteurs du marché (cf. décision incidente B-4003/2016 précitée consid. 3.7). Ainsi, les inconvénients prévisibles liés à une éventuelle admission du recours ne suffisent pas toujours à justifier la qualité de partie d'un concurrent ou d'un partenaire commercial du recourant.

Au contraire, lorsqu'un acteur du marché sollicite sa participation à la procédure de recours, en tant que partie adverse, il lui appartient de démontrer en quoi il est personnellement et concrètement affecté par le comportement reproché au recourant, ainsi que d'une manière comparable à une part significative des acteurs du marché. Il ne découle, en effet, pas de la simple participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 LCart une quelconque présomption de l'existence d'un désavantage économique sensiblement significatif. A moins que cela ne ressorte manifestement du dossier, celui qui requiert la qualité de partie doit démontrer en quoi il subirait un désavantage économique sensiblement significatif (art. 13 PA ; cf. ATF 139 II 328 consid. 4.5).

5.4.3 En l'occurrence, le requérant affirme avoir subi un préjudice « *nettement perceptible et grave* » en raison du comportement reproché à la recourante.

5.4.3.1 A cet effet, il se réfère à un commandement de payer d'un montant de (...) francs produit par la recourante (cf. pièce 19 de la recourante).

Il y a toutefois lieu de relever que ledit commandement de payer est frappé d'opposition totale. Aussi, il ne suffit pas à lui seul. Au surplus, le requérant ne prétend pas avoir obtenu la mainlevée de dite opposition et n'apporte aucun élément à l'appui de sa requête permettant d'apprécier l'existence d'un désavantage économique sensiblement significatif.

Aussi, il y a lieu de vérifier si l'existence d'un tel désavantage ressort manifestement du dossier de l'autorité inférieure. A cet égard, il y a lieu de relever que la procédure administrative en droit des cartels n'a pas vocation à discuter des prétentions civiles du requérant. Le dossier ne contient, donc, *a priori*, aucun élément de calcul permettant d'apprécier l'existence d'un désavantage économique sensiblement significatif subi par le requérant.

5.4.3.2 Cela étant, il ressort de la décision attaquée que les consommateurs disposent, à ce jour, de deux technologies pour la réception de programmes de 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 télé-réseau) ; 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. 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 de l'immeuble (antenne ou parabole collective), soit directement sur le téléviseur du consommateur (antenne ou parabole individuelle) (cf. ch. 13 s. de la décision attaquée).

Le système Supermédia 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 (cf. ch. 17 de la décision attaquée). 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. Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque appartement via l'IDI coaxiale (cf. ch. 19 de la décision attaquée).

Partant, le système Supermédia ne peut fonctionner sans l'utilisation de l'IDI coaxiale ; la recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

5.4.3.3 A suivre les considérations de l'autorité inférieure, le comportement de la recourante entrave ainsi le développement du système Supermédia. Le requérant a d'ailleurs réalisé un chiffre d'affaires lié audit système (...). Au surplus, le requérant indique n'avoir réalisé, depuis janvier 2016, aucune recette avec le système Supermédia (cf. ch. 317 de la décision attaquée).

La recourante nie l'existence d'un lien de causalité entre son comportement sur le marché et (...). Elle se fonde à cet effet sur un jugement du Tribunal de première instance de la République et du Canton de Genève du 14 janvier 2014 (cf. acte 17 du dossier de la Comco, p. 24), au terme duquel le Tribunal constatait que le requérant ne détenait pas une créance de (...) francs à l'encontre du directeur général de la recourante. Il y a lieu de relever toutefois que dite créance portait sur un montant dû, selon ledit jugement, le 9 décembre 2004. Partant, on ne saisit pas en quoi il permettrait de nier l'existence d'un lien de causalité entre (...) et le

comportement reproché à la recourante, lequel aurait eu lieu entre juin 2008 et juin 2017.

Enfin, le comportement reproché à la recourante tend à limiter l'entrée sur le marché et le développement d'autres fournisseurs d'accès à des services multimédias via l'IDI coaxiale. Le requérant subit dès lors un désavantage économique comparable à celui d'autres fournisseurs d'accès auxdits services. Cette situation conduit en effet à restreindre l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci.

Il s'ensuit que le requérant a subi un désavantage économique sensiblement significatif en raison du comportement reproché à la recourante sur le marché.

6.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le requérant dispose d'un intérêt digne de protection à l'issue de la procédure et est particulièrement touché par la décision attaquée.

Partant, il y a lieu de lui reconnaître la qualité d'intimé à la présente procédure.

7.

Le requérant a enfin sollicité, dans ses diverses écritures, qu'il soit invité à se déterminer sur le recours et que lui soit octroyé l'accès au mémoire de recours du 14 mai 2018 de la recourante.

En l'occurrence, dites sollicitations sont liées au sort des considérants qui précèdent. Elles anticipent toutefois la suite à donner à la procédure, de sorte que le Tribunal y reviendra ultérieurement.

8.

Le sort des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglé dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête de Pascal Emery tendant à ce que sa qualité de partie soit reconnue est admise. Partant, il participera à la présente procédure en qualité d'intimé.

2.

Les frais et dépens relatifs à la présente décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

3.

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante (recommandé avec avis de réception)
- à l'intimé (recommandé avec avis de réception)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 32-0257 ; recommandé avec avis de réception)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (recommandé avec avis de réception)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le juge instructeur :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss – en particulier 93 – et 100 ss LTF soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à la Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 30 juillet 2019