



Arrêt du 26 juin 2023

Composition

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

Parties

Naxoo SA,
représentée par Maître Hubert Orso Gilliéron, avocat,
MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep SA,
recourante,
contre

Pascal **Emery**,
intimé,

Commission de la concurrence COMCO,
autorité inférieure.

Objet

Abus de position dominante, sanction, frais et dépens.

Faits :**A.**

Naxoo SA (ci-après : la recourante), anciennement 022 Télégénève SA, est une société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but est d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications.

B.

Pascal Emery (ci-après : l'intimé) est titulaire de la raison individuelle Gérardonic, Pascal Emery, laquelle a pour but les études, les recherches, les développements et les installations dans le domaine de la radiotechnique, les installations d'antennes de radio et de télévision et l'étude d'installations pour la réception et la distribution des programmes radio-TV et le commerce en gros de matériel s'y rapportant.

C.

C.a Le 8 avril 2013, l'intimé a déposé auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : la Comco ou l'autorité inférieure) une dénonciation à l'encontre de la recourante.

C.b En date du 11 décembre 2017, la Comco a rendu une décision condamnant la recourante au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs en application de la loi sur les cartels. Elle a également mis à sa charge les frais de procédure d'un montant total de 260'460 francs.

D.

D.a Le 14 mai 2018, la recourante a formé recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral. Elle a conclu, en substance, à l'annulation de la décision attaquée et, subsidiairement, au renvoi de la cause.

D.b Par arrêt du 16 février 2021 rendu dans la cause B-2798/2018, le Tribunal administratif fédéral a très partiellement admis le recours, réduisant la sanction financière de la recourante à un montant de 3'259'246 francs. Il l'a encore condamnée à payer des frais de procédure réduits d'un montant de 28'500 francs, lui a alloué une indemnité de 3'000 francs à titre de dépens réduits et mis celle-ci à la charge de l'autorité inférieure. Enfin, il a octroyé à l'intimé une somme de 30'000 francs à titre de dépens réduits et mis celle-ci à la charge de la recourante.

D.c En date du 10 mai 2021, la recourante a déposé un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt. Elle a conclu, en substance, à l'annulation de l'arrêt précité.

D.d Par arrêt du 9 mai 2023 en la cause 2C_395/2021, le Tribunal fédéral a très partiellement admis le recours et réduit la sanction financière de la recourante à un montant de 3'100'319 francs. Il a en outre renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens des procédures antérieures.

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.

A la suite de la réformation, par le Tribunal fédéral, de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2798/2018 du 16 février 2021, il incombe à celui-ci de statuer sur les frais et dépens relatifs aux procédures antérieures.

2.

Il convient de se statuer, dans un premier temps, sur les frais et dépens de la procédure devant la Comco, étant rappelé que la recourante n'a jamais formulé de grief particulier sur ce point.

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

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

2.2 Dans son arrêt du 16 février 2021, le Tribunal administratif fédéral a retenu que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifiait ni l'abandon, ni une diminution des émoluments pour la procédure devant la Comco. En effet, même si l'autorité avait mal calculé le chiffre d'affaires réalisé par la recourante sur les marchés pertinents, son comportement illicite était à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Le Tribunal administratif fédéral a, en définitive, constaté que les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendaient pas du calcul concret de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels (cf. arrêt du TAF B-2798/2018 *Naxoo* du 16 février 2021 consid. 13.2).

2.3 Il suit de là que, pour les mêmes motifs, la réformation partielle de l'arrêt précité ne justifie aucunement l'abandon ou la diminution des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure. Il n'y a dès lors pas lieu de revenir sur l'arrêt du 16 février 2021 en tant qu'il a confirmé la décision de l'autorité inférieure sur ce point.

2.4 Conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), aucuns dépens ne sont en outre alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (ég. art. 64 PA).

3.

Il convient ensuite de régler le sort des frais relatifs à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral.

3.1 En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucuns frais de procédure ne sont toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, vu les décisions incidentes du 29 juillet 2019 et du 29 janvier 2020 et l'arrêt du 16 février 2021, les frais de procédure doivent être provisoirement arrêtés à 30'000 francs.

3.2 Dans son recours devant le Tribunal fédéral, la recourante a conclu, en substance, à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il la condamnait notamment au paiement d'une sanction de 3'259'246 francs et de frais de procédure réduits d'un montant de 28'500 francs. Dans le cadre de son recours devant le Tribunal

administratif fédéral, elle demandait que la décision rendue par la Comco en date du 11 décembre 2017 la condamnant notamment au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs soit annulée. Le Tribunal fédéral a très partiellement admis le recours en ce sens qu'il a réformé l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 février 2021 et condamné la recourante à payer 3'100'319 francs à titre de sanction.

Il suit de ce qui précède que le gain, pour la recourante, de l'ensemble de la procédure se monte à 471'617 francs, soit un peu plus de 13 % du montant de la sanction initialement fixée par la Comco (3'571'936 francs). La recourante a toutefois succombé, par décisions incidentes des 29 juillet 2019 et 29 janvier 2020, dans l'intégralité de ses conclusions incidentes. Dans ces circonstances, les frais de procédure doivent être supportés, à raison de 28'000 francs, par la recourante. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 30'000 francs prestée le 25 mai 2018. Le solde de 2'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.3 Dans ses déterminations devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral, l'intimé a conclu au rejet du recours. En tant qu'il succombe même très partiellement, il devrait en principe supporter le reste des frais de procédure. Toutefois, il y a lieu de relever qu'il n'a formulé aucun grief quant au calcul de la sanction. De plus, l'essentiel des éléments nécessaires au calcul du montant de base, qui ont conduit le Tribunal administratif fédéral à admettre dans un premier temps partiellement le recours, se fonde sur des secrets d'affaires de la recourante dont l'intimé n'a pas eu connaissance.

Dans ce contexte, le Tribunal administratif fédéral a estimé, dans son arrêt du 16 février 2021 qu'il n'y avait exceptionnellement pas lieu de lui faire supporter une partie des frais de la procédure (cf. arrêt B-2798/2018 *Naxoo* précité consid. 16). Le rejet très partiel des conclusions de l'intimé formées devant le Tribunal fédéral ne justifie pas qu'il soit revenu sur ce caractère exceptionnel. Il n'y a donc pas lieu de lui faire supporter le reste des frais de procédure (art. 63 al.1 3^e phrase PA en lien avec art. 6 let. b FITAF).

4.

Reste à déterminer le montant des dépens relatifs à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral.

4.1 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés

(art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

4.2 En l'espèce, l'intimé qui obtient majoritairement gain de cause et qui était représenté par un avocat, dûment mandaté par procuration, dans le cadre de la procédure B-2798/2013, a droit à des dépens. Contrairement aux frais qui peuvent être exceptionnellement remis (cf. supra consid. 3.3), lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens sont nécessairement réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF).

Faute de décompte remis par l'intimé, il convient, eu égard aux écritures déposées par celui-ci dans le cadre de la procédure B-2798/2018 – à savoir une requête de 2 pages le 26 mai 2018, des déterminations de 4 pages le 31 octobre 2018, des déterminations de 2 pages le 17 décembre 2018, une réponse de 32 pages le 18 novembre 2019, une duplique de 13 pages le 15 mai 2020, des observations de 2 pages le 9 septembre 2020 et d'une page le 20 octobre 2020 –, de lui allouer une indemnité *ex aequo et bono* à titre de dépens réduits.

Celle-ci a été initialement fixée à un montant de 30'000 francs par arrêt du 16 février 2021 (cf. arrêt B-2798/2018 *Naxoo* précité consid. 17). Cela étant, il convient de tenir compte de ce que l'intimé succombe dans une plus large mesure à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral que ce que le Tribunal administratif fédéral avait initialement retenu. Dans ces circonstances, il se justifie de réduire le montant de l'indemnité à titre de dépens réduits à 29'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de la recourante.

4.3 La recourante, dont la sanction a été réduite, a droit à des dépens réduits. Faute de décompte, il convient aussi de lui allouer une indemnité *ex aequo et bono* à titre de dépens réduits en prenant en compte les écritures déposées par celle-ci dans le cadre de la procédure – à savoir un recours de 62 pages le 14 mai 2018, des déterminations de 6 pages le

14 septembre 2018 et de 3 pages le 3 décembre 2018, une réplique de 33 pages le 28 février 2020, des observations de 14 pages le 7 juillet 2020 et enfin des déterminations de 6 pages le 28 septembre 2020

Celle-ci a été fixée à un montant de 3'000 francs par arrêt du 16 février 2021 (cf. arrêt B-2798/2018 *Naxoo* précité consid. 17). Il y a lieu de tenir encore compte de l'admission très partielle du recours par le Tribunal fédéral et d'augmenter par conséquent le montant de cette indemnité à 4'000 francs. Pour les motifs exposés ci-dessus (cf. supra consid. 3.3), il convient de mettre celle-ci non pas à la charge de l'intimé, mais à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 3 PA *a contrario*).

5.

Pour finir, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 6 let. b FITAF), ni d'allouer de dépens (art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 FITAF *a contrario*) pour le présent arrêt.

(Le dispositif est porté à la page suivante).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les frais de la procédure B-2798/2018, d'un montant réduit de 28'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 2'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

2.

Une indemnité de 29'000 francs est allouée à l'intimé à titre de dépens réduits pour la procédure B-2798/2018. Elle est mise à la charge de la recourante.

3.

Une indemnité de 4'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits pour la procédure B-2798/2018. Elle est mise à la charge de l'autorité inférieure.

4.

Il n'est pas perçu de frais pour la présente procédure et il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'intimé et à l'autorité inférieure, au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR, à Swisscom (Suisse) SA (dispositif), au Conseil administratif de la Ville de Genève (dispositif).

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai ne court pas du 15 juillet au 15 août inclus (art. 46 al. 1 let. b LTF). Il 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 : 28 juin 2023