



Référence du dossier : Vf 2019-05-10_004 / OS 41-00012

Berne, le 10 mai 2019

Décision

de la Commission fédérale de la communication ComCom

composition Stephan Netze, Président, Adrienne Corboud Fumagalli, Vice-présidente, Andreas Bühlmann, Jean-Pierre Hubaux, Christian Martin, Stephanie Teufel, Flavia Verzasconi

en l'affaire **WeMobile SA**, rue de Veyrot 14, 1217 Meyrin
représentée par [...]

requérante

contre **Swisscom (Suisse) SA**, 3050 Berne
représentée par [...]

intimée

concernant **prestations de transit dans le cadre de l'interconnexion**



I En fait

A.

Par décision du 20 décembre 2012, la Commission fédérale de la communication (ComCom) déclarait irrecevable la demande de Callventure Telecommunications Sàrl relative à ses prestations de transit dans le cadre du contrat d'interconnexion conclu avec l'intimée le 15 décembre 2011. Pour motifs, la ComCom relevait que Callventure Telecommunications Sàrl n'avait pas démontré être en mesure de fournir, immédiatement ou même dans un proche avenir, des prestations de transit à l'intimée et qu'elle ne pouvait donc pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection qui soit actuel. Cette décision n'a pas été attaquée et est entrée en force.

B.

Le 5 juin 2013, Callventure Telecommunications Sàrl a conclu un accord avec A. ___ SA intitulé « Reciprocal Carrier Service Agreement » et portant en particulier sur l'implémentation des cinq blocs de 10'000 numéros que cette dernière société s'était fait attribuer par l'Office fédéral de la communication (OFCOM).

Par contrat de fusion du 26 mai 2014, WeMobile SA a repris les actifs et passifs de Callventure Telecommunications Sàrl.

C.

En date du 30 juillet 2014, WeMobile SA a déposé auprès de la ComCom une requête relative à ses prestations de transit dans le cadre de l'interconnexion avec l'intimée en formulant les conclusions suivantes:

« I. La requête est admise ;

II. L'Intimée doit prompt paiement à la Requérante des prestations de transit facturées par la Requérante jusqu'au jour de la présente requête ;

III.a. Les tarifs pour les prestations de transit de la Requérante sont fixés comme suit :

- Termination Transit : CHF 0.0134/appel et 0.0163/minute*
- Access Transit : CHF 0.005/appel et 0.007/minute*

Subsidiairement, si la conclusion III.a. devait être rejetée :

III.b. La Commission fédérale de la Communication fixe les conditions de la perception des prestations de transit par l'Intimée de la Requérante selon les principes usuels du marché et du secteur en question. »

La requérante avançait qu'elle fournissait depuis juillet 2013 des prestations de transit à l'intimée en l'interconnectant à A. ___ SA et estimait qu'elle disposait ainsi d'un intérêt digne de protection à ce que la ComCom statue, à sa demande, sur leur désaccord en la matière.



Référence du dossier: OS 41-00012

Sur le fond, elle faisait valoir que tous les fournisseurs de services de télécommunication devaient assurer l'interconnexion entre eux pour se conformer à leurs obligations légales d'interopérabilité. Cela ne signifiait toutefois pas que chaque fournisseur devait conclure un contrat d'interconnexion avec tous les autres fournisseurs pour assurer une interconnexion directe. Tout fournisseur était au contraire libre d'assurer l'interconnexion avec un autre fournisseur par le biais des services de transit d'un fournisseur intermédiaire (interconnexion indirecte).

D.

Dans sa prise de position du 12 septembre 2014, l'intimée concluait principalement au rejet de la requête dans la mesure où elle était recevable. Subsidiairement, elle demandait que son obligation soit limitée à la prestation de transit de terminaison de la requérante et uniquement pour les appels effectués par ses clients, et que les prix de cette prestation correspondent à ceux de son propre service de transit de terminaison. Plus subsidiairement encore, l'intimée concluait à ce que son éventuelle obligation de recourir à la prestation de transit d'accès de la requérante soit limitée aux appels effectués par ses clients et à ce que les prix de cette prestation correspondent à ceux de son propre service de transit d'accès.

A l'appui de sa conclusion tendant à l'irrecevabilité de la requête, l'intimée faisait valoir que la ComCom n'était pas compétente pour ordonner une obligation de paiement et que la compétence en la matière incombait au juge civil. Elle avançait par ailleurs qu'il n'avait jamais été question de la prestation de transit d'accès de la requérante et que seule la prestation de transit de terminaison de cette dernière faisait explicitement l'objet de la réserve formulée dans leur contrat d'interconnexion du 15 décembre 2011. Sur le fond, l'intimée ne considérait pas le service consistant à acheminer les appels vers les numéros de A. ___ SA comme une prestation de transit, mais comme une simple terminaison dans le réseau de la requérante. Elle n'était ni obligée ni disposée à acheter des prestations de transit de la requérante et assurait l'interopérabilité en proposant aux autres fournisseurs de services de télécommunication des relations directes d'interconnexion. En cas de refus de ces derniers de s'interconnecter avec elle, elle n'était pas disposée à prendre en charge les coûts supplémentaires qu'impliquait le passage par un ou plusieurs réseaux de transit. Elle émettait en outre des doutes quant à la qualification en tant que contrat d'interconnexion de l'accord qui liait la requérante à A. ___ SA. Elle faisait finalement valoir que l'accord du 15 décembre 2011 prévoyait des conditions en aucun cas moins favorables pour elle si elle devait être amenée à recourir à une prestation de la requérante semblable à celle qu'elle fournissait elle-même à cette dernière (clause de réciprocité).

E.

Par décision du 8 décembre 2015, la ComCom a admis partiellement la requête dans la mesure où elle était recevable en fixant le prix des prestations de transit de terminaison et de transit d'accès susceptibles d'être fournies par la requérante à l'intimée selon les tarifs prévus dans les versions successivement applicables du manuel des prix de l'intimée faisant partie intégrante du contrat conclu entre les parties le 15 décembre 2011. Dans ses considérants, la ComCom relevait notamment que, contrairement au contrat conclu à



l'époque avec l'entreprise française B. ____, celui qui liait la requérante à A. ____ SA portait sur l'implémentation de cinq blocs de numéros que ce dernier fournisseur s'était fait attribuer par l'OFCOM et que, sans entrer sur la nature de ce contrat, dont la qualification n'était pas de la compétence de la ComCom, mais incombait au juge civil, il apparaissait que la requérante était aujourd'hui à tout le moins susceptible de fournir des prestations de transit à l'intimée. Elle disposait ainsi d'un intérêt digne de protection à ce que la ComCom entre en matière sur la question des prix de ses prestations de transit au cas où elle fournirait effectivement de telles prestations à l'intimée. Sur ce point la requête du 30 juillet 2014 devait donc être déclarée recevable.

F.

Par mémoire du 25 janvier 2016, l'intimée a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant principalement à l'annulation de la décision de la ComCom. Elle faisait notamment valoir que la ComCom aurait dû examiner la question cruciale de savoir si la requérante offrait effectivement un service de transit à A. ____ SA et qu'elle ne pouvait pas se contenter de retenir un intérêt juridiquement protégé sur la seule base de l'existence d'un contrat entre elles et renvoyer à la compétence du juge civil pour un examen plus en détail dudit contrat. Sur le fond, elle avançait qu'elle ne souhaitait pas utiliser les services de transit de la requérante et que cette dernière admettait qu'elle n'était soumise à aucune obligation d'y souscrire. La condition préalable à la fixation des tarifs correspondants faisait dès lors défaut et il n'y avait donc pas lieu, pour la ComCom, de les fixer.

G.

Par arrêt du 3 juillet 2018, le Tribunal administratif fédéral a partiellement admis le recours de l'intimée, annulé le dispositif de la décision attaquée et renvoyé la cause à la ComCom afin qu'elle qualifie, à titre préjudiciel, le contrat liant A. ____ SA à la requérante et, le cas échéant, vérifie si les réseaux téléphoniques de ces deux sociétés sont connectées physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, de sorte que la requérante est en mesure d'offrir des prestations de transit à l'intimée. La ComCom a en outre été invitée à déterminer si A. ____ SA constituait un fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public afin de statuer sur la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de l'intimée de souscrire aux prestations de transit de la requérante.

H.

Reprenant l'instruction de l'affaire, l'OFCOM a, en date du 7 août 2018, invité la requérante à fournir les renseignements et produire les documents suivants :

- description des installations de télécommunication respectives de la requérante et de A. ____ SA et indication précise de leurs emplacements;
- indication de la manière dont les installations respectives de la requérante et de A. ____ SA ont été interconnectées (cf. ch. 1.1.1 et 1.1.2 du contrat « *Reciprocal Carrier Service Agreement* » du 5 juin 2013 produit par la requérante en tant que pièce n° 17) et indication de l'endroit précis où ces installations étaient interconnectées;



Référence du dossier: OS 41-00012

- factures relatives aux commandes par la requérante et A. ___ SA de circuits 2 Mbit/s et/ou d'équipements VoIP au sens des ch. 1.1.1 et 1.1.2 du contrat susmentionné;
- explication détaillée de ce qu'il convient d'entendre par « *Implementation and operation of 5 (five) blocks of ten thousand Swiss E.164 numbers* » dans l'annexe (« *Schedule* ») 4 du contrat susmentionné;
- toute autre information ou tout autre document étayant l'existence d'une interconnexion physique et fonctionnelle entre les installations de la requérante et celles de A. ___ SA.

I.

La requérante a répondu aux questions susmentionnées et produit six pièces jointes en date du 5 septembre 2018. Elle relève en outre que, bien qu'elle ne soit plus aujourd'hui en relation contractuelle avec A. ___ SA, elle continue à fournir des services de transit avec un autre prestataire, la société C. ___, démontrant ainsi selon elle que l'intérêt pour agir, qui existait déjà en juillet 2014 lors du dépôt de sa requête, existait encore aujourd'hui. Soulignant enfin que l'existence des prestations de transit rendus n'avait jamais été contestée par l'intimée dans le cadre de la présente procédure, elle conclut à ce que la décision de la ComCom du 8 décembre 2015 soit confirmée.

J.

Dans ses observations du 8 octobre 2018, l'intimée considère que la requérante n'a pas pu démontrer l'existence d'une interconnexion physique avec A. ___ SA et que, par conséquent, la condition pour l'obliger à souscrire aux services de transit demandés fait défaut. Elle s'oppose en outre à l'allégation selon laquelle elle n'aurait jamais contesté l'existence de services de transit fournis par la requérante. Par ailleurs, elle estime que cette dernière devrait également apporter la preuve de l'existence d'une interconnexion physique avec la société C. ___, son nouveau partenaire contractuel.

K.

Invitée à déposer ses observations finales, la requérante avance encore, par courrier du 2 novembre 2018, que la technologie VoIP (*Voice over Internet Protocol*), qu'elle utilisait pour s'interconnecter avec A. ___ SA, est considérée comme une interface d'interconnexion recommandée et est à présent également utilisée par l'intimée en remplacement de l'interconnexion physique TDM (*Time-Division Multiplexing*). De son côté, dans ses observations finales du 19 décembre 2018, l'intimée fait valoir qu'une interconnexion requiert toujours une connexion physique des installations, quelle que soit la technologie utilisée (TDM ou VoIP).



II En droit

Selon l'art. 21a, al. 1, de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10), les fournisseurs de prestations relevant du service universel doivent assurer aux utilisateurs de ces prestations la possibilité de communiquer entre eux (interopérabilité). Ils doivent notamment pourvoir à l'interconnexion, même s'ils n'occupent pas une position dominante sur le marché; les dispositions des art. 11a, al. 1 et 3, et 11b LTC sont applicables aux décisions relatives à l'interconnexion (art. 21a, al. 3, LTC).

Selon l'art. 11a, al. 1, LTC, si les fournisseurs n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la ComCom, à la demande de l'une des parties, fixe les conditions de l'accès sur proposition de l'OFCOM. Tout litige portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'accès est jugé par les tribunaux civils (art. 11b LTC). Dans son arrêt du 3 juillet 2018, le Tribunal administratif fédéral a constaté que la ComCom n'avait pas violé le principe de la primauté des négociations en retenant que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre dans un délai de trois mois tant sur les conditions de transit de terminaison que sur celles du transit pour l'accès.

Selon le Tribunal administratif fédéral, la ComCom aurait toutefois dû non seulement qualifier la nature juridique du contrat conclu entre A. ___ SA et la requérante, mais encore vérifier si l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable pour pouvoir trancher la question de sa compétence ainsi que celle de l'existence d'un intérêt digne de protection de la requérante. Par ailleurs, la ComCom aurait dû, sur le fond, statuer sur la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de l'intimée de souscrire aux prestations de transit de la requérante explicitement dans le dispositif de sa décision et non pas uniquement dans la motivation de celle-ci. Une telle obligation dépendant, en l'espèce, de la qualité de A. ___ SA comme fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public, la ComCom est appelée par le Tribunal administratif fédéral à déterminer si A. ___ SA constitue un tel fournisseur.

1 A. ___ SA en tant que fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public

Au moment où le Tribunal administratif fédéral a rendu son arrêt, A. ___ SA avait cessé ses activités en tant que fournisseur de services de télécommunication et avait renoncé aux cinq blocs de numéros dont elle était titulaire, avec effet au 31 décembre 2017. A. ___ SA s'était toutefois annoncée auprès de l'OFCOM en tant que fournisseur de services de télécommunication en juin 2013 et s'était par ailleurs vu attribuer à cette date cinq blocs de numéros en vue de fournir des prestations relevant du service téléphonique public. La présente requête ayant été déposée le 30 juillet 2014, il convient d'examiner la compétence de la ComCom ainsi que la qualité pour agir de la requérante à ce moment-là en tenant compte du fait que A. ___ SA avait alors bien la qualité de fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public.



2 Compétence de la ComCom et intérêt digne de protection de la requérante

Alors que, dans sa décision précédente du 8 décembre 2015, la ComCom avait admis sa compétence et la qualité pour agir de la requérante en estimant qu'au vu de l'accord avec A. ___ SA, la requérante était pour le moins susceptible de fournir des prestations de transit à l'intimée, tout en laissant au juge civil le soin de qualifier la nature juridique de cet accord, le Tribunal administratif fédéral considère que la ComCom doit trancher cette dernière question à titre préjudiciel et vérifier, le cas échéant, si les réseaux téléphoniques de la requérante et de A. ___ SA sont (étaient) connectés physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, de sorte que la requérante est (était) en mesure d'offrir à l'intimée des prestations de transit.

2.1

Relevons d'emblée que la ComCom ne saurait en aucun cas se prononcer, dans le cadre de la présente procédure, sur la nature des relations entre la requérante et son nouveau partenaire contractuel, la société C. ____. Seule importe ici, s'agissant de la recevabilité de la requête, la situation existant au moment du dépôt de cette dernière. A supposer en effet que la ComCom confirme sa première décision du 8 décembre 2015, la qualification juridique des accords ultérieurs entre la requérante et d'autres fournisseurs de services de télécommunication susceptibles d'entraîner des services de transit à la charge de l'intimée serait de la compétence du juge civil, le litige portant alors sur une décision en matière d'accès au sens de l'art. 11b LTC. Si, au contraire, la ComCom devait déclarer la présente requête irrecevable, il incomberait à la requérante d'introduire une nouvelle requête pour que la ComCom puisse statuer sur la nature de ses relations avec C. ____.

2.2

Selon l'art. 3, let. e, LTC, l'interconnexion s'entend comme l'accès constitué par la liaison des installations et des services de deux fournisseurs de services de télécommunication qui permet leur intégration fonctionnelle grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication et qui ouvre l'accès aux services de tiers. Au considérant 3.1 de son arrêt du 3 juillet 2018, le Tribunal administratif fédéral relève que cette définition « *comprend trois éléments : la connexion physique de réseaux téléphoniques, l'intégration fonctionnelle grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication et l'accès à des services de tiers. Une distinction est effectuée entre le niveau physique de l'installation et le niveau logique construit sur celui-ci ainsi qu'entre les services des fournisseurs qui sont directement impliqués au rapport d'interconnexion et les services de fournisseurs tiers qui sont offerts par le réseau des parties à l'interconnexion. La condition de base d'un rapport d'interconnexion est la connexion physique d'installations intégrées fonctionnellement ensemble par des techniques de télécommunication* ».

Il convient d'ajouter que l'interconnexion physique des installations de deux fournisseurs de services de télécommunication se fait en un ou plusieurs points géographiquement précis. En vertu du principe de territorialité, ce ou ces points d'interconnexion doivent en outre être situés sur le territoire suisse pour que le droit suisse s'applique.



2.3

En considération de ces principes, l'OFCOM, dans sa mesure d'instruction du 7 août 2018, a notamment demandé à la requérante d'indiquer la manière dont ses propres installations et celles de A. ___ SA étaient interconnectées ainsi que l'endroit précis de leur interconnexion. Dans sa réponse du 5 septembre 2018, la requérante fait savoir que la seule interconnexion physique est avec l'intimée à Zurich, les interconnexions entre ses propres installations et celles de A. ___ SA étant réalisées en VoIP depuis son SBC (*Session Border Controller*), hébergé auprès de D. ___, à Francfort. Elle ajoute que, depuis cet emplacement, l'acheminement des appels se faisait sous forme IP auprès des serveurs désignés par A. ___ SA, et reconnaît que, dans ce contexte, il n'existait pas de lieu désigné d'interconnexion.

Il est ainsi manifeste qu'il n'y avait aucune interconnexion physique entre la requérante et A. ___ SA au moment du dépôt de la requête. Le fait que la technologie VoIP a été utilisée en remplacement de la technologie TDM n'y change rien. Il s'agit là en effet de techniques de télécommunication et non, comme le prétend la requérante, d'interfaces d'interconnexion recommandées publiées par l'OFCOM sur la base de l'art. 55, al. 1, de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST, RS 784.101.1; cf. www.ofcom.admin.ch > Télécommunication > Accès à un réseau > Groupes de travail technique > Q1 Catalogue des interfaces recommandées pour l'interconnexion). La condition première posée par le Tribunal administratif fédéral à la reconnaissance de la compétence de la ComCom et à l'existence d'un intérêt digne de protection de la requérante, à savoir la connexion physique des réseaux téléphoniques de la requérante et de A. ___ SA, fait ainsi défaut. La requête doit dès lors être déclarée irrecevable.

III Frais de procédure

[...]



Référence du dossier: OS 41-00012

Par ces motifs, la ComCom:

1. Déclare la requête irrecevable.
2. [...]
3. Notifie la présente décision aux parties sous pli recommandé avec avis de réception.

Commission fédérale de la communication ComCom

Dr. Stephan Netzle
Président

Voies de droit

La présente décision peut faire l'objet d'un recours par écrit dans les 30 jours à compter de sa notification. Ce délai ne court pas du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement, du 15 juillet au 15 août inclusivement et du 18 décembre au 2 janvier inclusivement. Le recours doit être adressé au

Tribunal administratif fédéral
Case postale
9023 St-Gall.

Le recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes, pour autant que le recourant en dispose.