



Berne, le 31 octobre 2007

---

## Décision

---

### de la Commission fédérale de la communication ComCom

composition                      Marc Furrer, Président  
    Christian Bovet, Vice-président  
    Monica Duca Widmer, Reiner Eichenberger,  
    Jean-Pierre Hubaux, Beat Kappeler, Hans-Rudolf Schurter

dans l'affaire                      **Smartphone SA**

contre                                **Swisscom Fixnet SA**

concernant                        **requête d'interconnexion**



## 1. En fait

Smartphone SA (requérante) et Swisscom Fixnet SA (intimée) sont liées par un accord d'interconnexion depuis plusieurs années. Le 6 octobre 2006, la requérante s'est adressée à l'intimée en lui demandant le remboursement de [...] francs pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 31 décembre 2003. Elle faisait valoir que cette somme lui était due suite aux décisions rendues par la Commission fédérale de la communication (ComCom) et par le Tribunal fédéral dans les affaires opposant l'intimée à TDC Switzerland SA et Verizon Switzerland SA (anciennement MCI WorldCom SA). Elle demandait également que son courrier soit considéré par l'intimée comme une requête d'adaptation des prix d'interconnexion pour l'avenir.

Par courrier du 19 octobre 2006, l'intimée a opposé une fin de non-recevoir à la demande de remboursement de la requérante en faisant valoir que les décisions mentionnées n'avaient aucun effet sur le contrat d'interconnexion liant les parties.

Le 6 novembre 2006, la requérante a réitéré ses prétentions de remboursement tandis que l'intimée, dans sa réponse du 15 novembre 2006, maintenait sa position en se prévalant de la clause 3.2.4 du contrat d'interconnexion (clause d'effet indirect).

Le 22 mai 2007, Smartphone SA a introduit une requête d'interconnexion auprès de la ComCom en déposant les conclusions suivantes :

- I. *La clause 3.2.4 du contrat d'interconnexion version 4.1 de l'intimée, Swisscom Fixnet AG, stipulant que «si, dans le cadre d'une procédure ordinaire ouverte sur requête d'un tiers, les autorités compétentes fixent par une décision ayant force de chose jugée de nouveaux prix pour une ou plusieurs prestations définies par le présent contrat, les prestations concernées sont fournies avec les nouveaux prix de manière réciproque dès la date de la décision ayant force de chose jugée.» est nulle et ne fait pas partie de l'accord d'interconnexion liant les parties dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, subsidiairement dès le 1<sup>er</sup> septembre 2006.*
- II. *Les parties, Smartphone SA et Swisscom Fixnet AG, sont liées, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, subsidiairement dès le 1<sup>er</sup> septembre 2006, par une clause 3.2.4 modifiée ayant la teneur suivante : «Si, dans le cadre d'une procédure ordinaire ouverte sur requête d'un tiers, les autorités compétentes fixent par une décision ayant force de chose jugée de nouveaux prix pour une ou plusieurs prestations définies par le présent contrat, les prestations concernées sont fournies avec les nouveaux prix de manière réciproque dès la date à partir de laquelle le tiers en question se voit accorder les nouveaux prix selon décision rendue.»*
- III. *L'intimée, Swisscom Fixnet AG, est obligée, avec effet dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, subsidiairement avec effet dès le 1<sup>er</sup> septembre 2006, d'offrir à la requérante, Smartphone SA, toutes ses prestations d'interconnexion aux tarifs fixés par la Commission de la communication dans ses décisions des 10 juin 2005 et 30 août 2006 dans les affaires opposant Swisscom Fixnet SA à TDC Switzerland AG/Sunrise et à MCI WorldCom AG.*

A l'appui de ces conclusions, la requérante se prévaut du principe de non-discrimination et fait valoir que la décision de la ComCom du 10 juin 2005 dans la procédure opposant l'intimée à MCI WorldCom reconnaît un plein effet rétroactif à la clause d'effet indirect et que cette décision a sur ce point été confirmée par le Tribunal fédéral.

S'appuyant sur le principe de primauté des négociations, l'intimée conclut principalement à l'irrecevabilité de la demande. Subsidiairement, elle propose une modification de la clause contractuelle 3.2.4 avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, la requête devant pour le reste être rejetée.

Invitée à se prononcer sur les griefs d'irrecevabilité avancés par l'intimée, la requérante a soutenu que la ComCom était en tout point compétente pour traiter sa requête.



La requérante a par la suite encore eu l'occasion de se prononcer sur le contenu de la proposition subsidiaire de l'intimée concernant la clause d'effet indirect. Elle a répondu que cette proposition n'avait aucun intérêt dans le cadre de la présente affaire et que les parties étaient d'ailleurs sur le point de signer un nouveau contrat d'interconnexion comprenant la clause proposée.

## **2. En droit**

### **2.1. Compétence de la ComCom**

Le 24 mars 2006, les Chambres fédérales ont modifié la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10, RO 2007 921). Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007, cette modification n'a matériellement rien changé au régime de l'interconnexion qui prévalait jusque-là.

Selon l'art. 11, al. 1, let. d, LTC, les fournisseurs de services de télécommunication occupant une position dominante sur le marché sont tenus, parmi d'autres formes d'accès à leurs ressources et à leurs services, de garantir l'interconnexion aux autres fournisseurs, à des conditions transparentes et non discriminatoires et à des prix orientés en fonction des coûts. 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 (art. 11a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LTC). Tout litige portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'accès relève en revanche de la compétence des tribunaux civils (art. 11b LTC).

Selon l'art. 7, al. 1, de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), l'autorité examine d'office si elle est compétente. En l'occurrence, la compétence de la ComCom fait en outre l'objet d'une contestation entre les parties (art. 9 PA). Il convient dès lors avant toute chose d'examiner si la ComCom a la compétence d'entrer en matière sur la présente requête.

#### **2.1.1. Relations contractuelles au 1<sup>er</sup> janvier 2000**

La requérante conclut principalement à la modification de la clause d'effet indirect de l'accord d'interconnexion la liant à l'intimée et partant à ce qu'elle soit mise au bénéfice des prix fixés par la ComCom pour les années 2000 à 2003 dans ses décisions des 10 juin 2005 et 30 août 2006 en faveur de TDC et de Verizon, et ce avec effet dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

Il appert du dossier que les parties sont liées par un contrat d'interconnexion et que la requérante se prévaut de la nullité d'une de ses clauses pour en demander sa modification et le remboursement du montant perçu en trop. Il s'agit là typiquement d'un litige portant sur un accord au sens de l'art. 11b LTC. La compétence de la ComCom se limite à fixer les conditions de l'accès sur lesquelles les parties n'ont pas pu s'entendre. Selon le partage des compétences opéré par les art. 11a et 11b LTC, la ComCom ne saurait prendre la place du juge civil et constater la nullité de tout ou partie d'un accord d'interconnexion existant. Elle ne saurait par conséquent pas non plus modifier rétroactivement les conditions contractuelles conclues entre les parties, notamment en matière de prix.

Les arguments avancés par la requérante n'y changent rien. Le principe de non-discrimination est certes ancré à l'art. 11, al. 1, LTC, mais la ComCom ne peut en faire application que si les conditions formelles d'entrée en matière sur une requête d'interconnexion sont réunies, ce qui n'est précisément pas le cas en l'espèce. C'est ce qui distingue d'ailleurs la présente procédure de celle engagée à l'époque par MCI WorldCom. Dans le cadre de cette dernière affaire, aucun accord n'était intervenu entre cette dernière entreprise et l'intimée lors de l'introduction de la demande, ni sur les prix ni sur la clause d'effet indirect. Les considérations matérielles développées dans les décisions de la ComCom et du Tribunal fédéral, auxquelles la requérante se réfère, ne lui sont ainsi d'aucun secours: les parties



à la présente procédure ont signé la version 6.0 du contrat de base le 15 avril 2004. La ComCom ne peut que constater que, faute d'avoir été annulé par le juge civil, ce contrat est en l'état opposable à la requérante. La question de la nullité éventuelle de la clause 3.2.4 relève d'un litige portant sur un accord d'interconnexion et est réservée à la compétence exclusive du juge civil (art. 11b LTC). Il est donc erroné de prétendre que la nullité peut être constatée par toute autorité, y compris la ComCom. Il en va de même des arguments relatifs à l'enrichissement illégitime et au remboursement des montants perçus en trop. Ils relèvent typiquement d'une action de droit civil.

### **2.1.2. Relations contractuelles au 1<sup>er</sup> septembre 2006**

Subsidiairement, la requérante reprend les mêmes conclusions, mais avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2006. Bien que la requérante ne s'exprime pas à ce sujet, cette date correspond sans doute à celle des décisions rendues par la ComCom le 30 août 2006 dans les affaires TDC et Verizon. Cela ne change toutefois rien aux considérations qui précèdent. En date du 1<sup>er</sup> septembre 2006, les parties étaient liées par un accord d'interconnexion et la ComCom ne saurait *a posteriori* en examiner la validité à cette date en lieu et place du juge civil.

S'agissant plus particulièrement des prix fixés par la ComCom en faveur de TDC et Verizon, la conclusion subsidiaire III de la requérante correspond d'ailleurs à ce qu'elle pourrait exiger sur la base de la clause d'effet indirect incriminée. Elle relève donc de l'exécution du contrat d'interconnexion liant les parties et par conséquent, en cas de litige, de la seule compétence du juge civil au sens de l'art. 11b LTC.

### **2.1.3. Relations contractuelles au 1<sup>er</sup> janvier 2007**

La ComCom ne serait compétente que si, dans le cadre d'une renégociation totale ou partielle du contrat d'interconnexion liant les parties, il subsistait des points litigieux. Dans sa lettre du 6 octobre 2006 adressée à l'intimée, la requérante a certes demandé une adaptation des prix d'interconnexion pour l'avenir. Dans sa dernière prise de position du 28 septembre 2007, elle indique toutefois que des négociations se déroulent actuellement entre les parties et qu'un nouvel accord d'interconnexion (proposé par l'intimée à tous les fournisseurs de services de télécommunication avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007) est en cours de signature, comprenant en particulier une modification du contenu de la clause d'effet indirect. Le principe de la primauté des négociations (art. 11a, al. 1, LTC) interdit dès lors également à la ComCom d'entrer en matière sur les relations contractuelles futures des parties.

## **2.2. Conclusion**

Il résulte de ce qui précède que la ComCom n'est en aucun cas compétente et que la requête d'interconnexion doit ainsi être déclarée irrecevable.

## **3. Frais**

[...]



## Par ces motifs, la ComCom:

1. Déclare en tout point irrecevable la requête d'interconnexion de Smartphone SA du 22 mai 2007.
2. [...]
3. Notifie la présente décision sous pli recommandé avec avis de réception à Smartphone SA et à Swisscom Fixnet SA par l'intermédiaire de leurs représentants.

Commission fédérale de la communication ComCom

Marc Furrer  
Président

## Voies de droit

La présente décision peut faire l'objet d'un recours dans un délai de 30 jours à compter de la notification. Ce délai ne court pas du 7<sup>ème</sup> jour avant Pâques au 7<sup>ème</sup> jour après Pâques inclusivement, du 15 juillet au 15 août inclusivement et du 18 décembre au 2 janvier inclusivement. Le mémoire de recours est adressé au

Tribunal administratif fédéral  
Case postale  
3000 Berne 14

Le mémoire de recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains.