



Berne, le 11 décembre 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 **VTX Services SA**

contre **Swisscom Fixnet SA**

concernant **prix de l'accès totalement dégroupé à la boucle locale
et de la colocalisation**



1. En fait

Par courrier du 1^{er} avril 2007, VTX Services SA (requérante) a formellement demandé à Swisscom Fixnet SA (intimée) l'ouverture de négociations afin de revoir à la baisse l'ensemble des prix proposés par l'intimée pour les prestations du dégroupage.

En date du 25 avril 2007, la requérante a signé deux contrats sur l'accès totalement dégroupé à la boucle locale et sur la colocalisation ainsi qu'un avenant sur deux points ouverts concernant le contrat de colocalisation. L'intimée a pour sa part signé ces accords les 4 et 7 mai 2007.

Le 25 juillet 2007, la requérante s'est adressée à la ComCom en déposant les conclusions suivantes:

- I. *Les tarifs de l'intimée, Swisscom Fixnet AG, concernant l'accès totalement dégroupé à la boucle locale et la colocalisation publiés dans le «Handbuch Preise 1-0», applicables dès le 1^{er} avril 2007, ne font pas partie de l'accord liant les parties dès le 1^{er} avril 2007 selon les contrats «Teilnehmeranschlussleitung» signé les 25 avril et 3 mai 2007 et «Kollokation FDV» signé les 25 avril 2007 et 7 mai 2007.*
- II. *L'intimée, Swisscom Fixnet AG, est obligée, avec effet dès le 1^{er} avril 2007, d'offrir à la requérante, VTX Services SA, ses prestations concernant l'accès totalement dégroupé à la boucle locale et la colocalisation aux tarifs que la commission fixera conformément aux dispositions de la LTC et de l'OST applicables et en particulier à la méthode de calcul LRIC.*

A l'appui de ces conclusions, la requérante relève que les négociations qu'elle a sollicitées dans son courrier du 1^{er} avril 2007 adressé à l'intimée n'ont pas pu aboutir dans le délai légal de trois mois. La ComCom serait ainsi compétente pour trancher la question des prix.

Invitée à se prononcer sur la requête, l'intimée a conclu à son irrecevabilité. Elle fait valoir que les accords conclus avec la requérante comprennent une entente sur les prix et qu'en vertu du principe de la primauté des négociations, ces derniers sont soustraits à l'appréciation de la ComCom.

Dans sa réplique du 12 septembre 2007, la requérante a soutenu que les parties n'étaient pas parvenues à un accord. Elle a notamment versé au dossier un courrier que l'intimée lui avait adressé le 23 août 2007 et dans lequel cette dernière lui rappelait que le contrat de colocalisation avait été signé avec une réserve s'agissant des prix.

Dans sa duplique du 20 septembre 2007, l'intimée a expliqué que la requérante avait par erreur reçu le courrier du 23 août 2007 et qu'en fait une autre lettre type aurait dû lui être envoyée, à l'instar des autres fournisseurs ayant conclu un contrat de colocalisation sans réserve.

L'occasion lui ayant été donnée de produire des observations finales, la requérante a contesté qu'il puisse s'agir d'une erreur et a fait valoir que le courrier en question était au contraire la preuve que l'intimée était également partie de l'idée que les accords conclus ne réglaient pas la question des prix.

2. En droit

2.1.

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). Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007.



Selon l'art. 11, al. 1, let. a, 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 aux autres fournisseurs, à des conditions transparentes et non discriminatoires et à des prix orientés en fonction des coûts, l'accès totalement dégroupé à la boucle locale. Chargé de régler les modalités (art. 11, al. 3, LTC), le Conseil fédéral a arrêté des dispositions sur la colocalisation aux art. 56 et 57 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1).

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^{re} phrase, LTC). En vertu de cette disposition, qui exprime le principe de la primauté des négociations, la ComCom ne peut entrer en matière sur la requête d'une partie que dans la mesure où les conditions de l'accès n'ont pas déjà fait l'objet d'une entente entre les parties.

En soi, la question de savoir si un accord est intervenu entre les parties ou si des points sont encore ouverts est une question qui relève du droit des obligations (art. 1ss du code des obligations, CO). La ComCom doit toutefois se saisir de cette question à titre préjudiciel afin de pouvoir déterminer si la demande satisfait aux conditions d'entrée en matière spécifiques établies par le législateur à l'art. 11a, al. 1, LTC.

2.2.

La requérante ne conteste pas avoir conclu deux contrats avec l'intimée en signant le 25 avril 2007 les deux documents «Vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss» et «Kollokation FDV». Elle ne conteste pas non plus avoir déjà passé des commandes en application de ces contrats. Elle fait toutefois valoir qu'une réserve a été convenue sur les prix, qui ne feraient ainsi pas partie ni de l'un ni de l'autre accord.

Selon l'art. 2, al. 1, CO, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés, pour autant toutefois que les parties se soient mises d'accord sur tous les points essentiels («essentialia negotii»). Dans les accords en matière d'accès aux ressources et services des fournisseurs dominants, les prix, qui doivent être orientés en fonction des coûts (art. 11, al. 1, LTC), constituent incontestablement un point objectivement essentiel (cf. aussi art. 64, let. a, OST). Tandis que le juge civil ne peut régler que les points secondaires à défaut d'accord entre les parties (art. 2, al. 2, CO), la ComCom a le pouvoir de statuer sur tous les points ouverts d'un contrat en matière d'accès (art. 11a, al. 1, 1^{re} phrase, LTC).

L'art. 2, al. 3, CO réserve les dispositions qui régissent la forme des contrats. Selon l'art. 64 OST, tout accord en matière d'accès doit être rédigé par écrit. Il résulte des pièces versées au dossier que les accords signés par les parties portent également sur les prix (cf. ch. 2.2, 6.1, 7.1 et 7.2, respectivement 7.3, des contrats ici en cause). Une éventuelle réserve sur les prix, en tant qu'élément essentiel du contrat, aurait quant à elle également dû être convenue en la forme écrite, ce qui n'est manifestement pas le cas. Force est donc de constater qu'un accord sur les prix est formellement bien intervenu entre les parties.

2.3.

La requérante rétorque qu'elle a, dès le 1^{er} avril 2007, contesté les prix «imposés» par l'intimée et qu'il n'y a ensuite pas eu de véritables négociations, si bien qu'il devait être clair pour cette dernière que la question demeurerait réservée. Selon le principe de la confiance, il y a lieu de rechercher quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (cf. *Winiger, Commentaire ad art. 18 CO, n° 134, in Thévenoz/Werro, Code des obligations I, Bâle 2003*). En recevant, sans réserve expresse sur les prix, les contrats signés par la



requérante, l'intimée n'avait aucune raison de penser que sa cocontractante entendait maintenir son opposition initiale. Elle relève à juste titre qu'elle était en droit de croire que la requérante voulait laisser à d'autres fournisseurs le soin de contester auprès de la ComCom les prix de l'accès totalement dégroupé à la boucle locale et de la colocalisation tout en bénéficiant rétroactivement d'éventuelles baisses de prix décidées par les autorités (cf. ch. 8.3.1 des deux contrats en cause). Quant à la requérante, les règles de la bonne foi commandaient qu'elle prêtât une attention plus soutenue aux documents contractuels qui lui avaient été soumis par l'intimée avant de les signer. Ceux-ci comprenaient à l'évidence une réglementation des prix et si la requérante entendait maintenir son désaccord en la matière, elle aurait dû clairement le signaler à l'intimée avant d'apposer sa signature.

La requérante tire encore argument de la lettre qu'elle a reçue de l'intimée, datée du 23 août 2007, dans laquelle cette dernière reconnaît que l'accord de colocalisation aurait été signé («unterschrieben») avec une réserve sur les prix. L'intimée fait quant à elle valoir qu'il s'agit d'une erreur et que la requérante a malencontreusement reçu la mauvaise lettre type. Ces dernières explications s'avèrent crédibles. Les affirmations contenues dans ledit courrier ne correspondent manifestement pas à la réalité. On l'a vu, les parties ont en effet «signé» le contrat de colocalisation sans réserve expresse. Les fournisseurs destinataires de cette lettre type étaient aux yeux de l'intimée ceux qui avaient conclu un avenant sur des points ouverts incluant la question des prix, ce qui n'est pas le cas de la requérante. On ne peut ainsi rien en déduire quant à une véritable intention de l'intimée autre que celle qui résulte du principe de la confiance.

On peut d'ailleurs s'étonner du fait que la requérante n'ait pas demandé de signer une réserve expresse sur les prix, alors que cet instrument lui était connu. Dans le cadre de l'accord de colocalisation, un avenant («Ergänzung zu Vertrag Kollokation FDV») a en effet été conclu, en la forme écrite, sur les points ouverts de l'accès accompagné et des prestations pour tiers, mais justement pas sur les prix. La requérante réplique qu'à la différence des deux premiers points, les prix figurent dans un document séparé et, qui plus est, rédigé par l'intimée. Elle oublie toutefois par là qu'au ch. 2.2 des accords en cause, les prix, bien que fixés dans un document séparé, sont considérés comme faisant partie intégrante des contrats signés. Il y a lieu en outre de relever que dans les documents contractuels remis par l'intimée à l'OFCOM en application des art. 11, al. 4, LTC et 67 OST (notification des accords en matière d'accès), figure la liste de toutes les parties intégrantes des accords principaux («Anlage zum Vertrag») et que cette liste, non seulement mentionne le manuel des prix, mais a également été signée par les parties. La requérante ne saurait ainsi prétendre que la question des prix n'a pas été réglée expressément dans les contrats signés.

2.4.

Force est de constater qu'un accord sur les prix est intervenu entre les parties, tant en ce qui concerne l'accès totalement dégroupé à la boucle locale qu'en matière de colocalisation. La ComCom ne peut ainsi pas se saisir de la présente requête, qui doit être déclarée irrecevable.

3. Frais

[...]



Par ces motifs, la ComCom:

1. Déclare irrecevable la requête de VTX Services SA du 25 juillet 2007.
2. [...]
3. Notifie la présente décision sous pli recommandé avec avis de réception à VTX Services 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^{ème} jour avant Pâques au 7^{ème} 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.