

Décision n° 03-1278
de l'Autorité de régulation des télécommunications
en date du 2 décembre 2003
se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société
XTS Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

L'Autorité de régulation des télécommunications,

Vu le code des postes et télécommunications, notamment ses articles L. 34-8, L. 36-8 et R. 11-1 ;

Vu la décision n° 99-528 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 juin 1999 portant règlement intérieur ;

Vu la décision n° 03-1083 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 octobre 2003 portant modification de la décision susvisée ;

Vu l'arrêté du 4 août 2000 autorisant la société XTS Network à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public ;

Vu l'arrêté du 12 mars 1998 autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public ;

Vu la décision n° 02-593 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 juillet 2002 établissant pour 2003 les listes des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché du service téléphonique au public entre points fixes et sur le marché des liaisons louées ;

Vu la décision n° 02-1191 du 19 décembre 2002 complétant la décision susvisée ;

Vu la demande de règlement d'un différend accompagnée de mesures conservatoires, enregistrée le 24 octobre 2003, présentée par la société XTS Télécom, RCS Nanterre n° 420 848 806, dont le siège social est situé Tour Ventôse - 2/6, rue des Bourets - 92150 Suresnes, représentée par M. Pascal Bono, Président du directoire ;

La demande de XTS Télécom est relative aux charges d'interconnexion concernant l'application des tarifs "mobile" aux numéros géographiques utilisés pour du roaming.

Au titre des mesures conservatoires, XTS Télécom demande à l'Autorité :

- de constater un échec des négociations entre XTS Télécom et France Télécom,
- d'ordonner à France Télécom de poursuivre les prestations d'interconnexion au profit de XTS Télécom jusqu'à la décision définitive mettant fin au différend,
- d'ordonner à France Télécom de suspendre toute action tendant au recouvrement des sommes contestées par XTS Télécom depuis octobre 2001 et ce jusqu'à la décision définitive mettant fin au différend.

XTS Télécom, ayant constaté que France Télécom lui applique la tarification relative à l'acheminement de trafic sortant vers des mobiles alors que ses équipements ne permettent pas de telles destinations, conteste les modalités d'application de la convention d'interconnexion sur les périodes d'octobre 2001 à août 2002. Elle souligne que France Télécom ne peut lui appliquer une tarification "mobile" à des numéros relevant au titre du plan national de numérotation de numéros géographiques. Elle précise avoir été mise en demeure de payer par France Télécom le 20 février 2003 puis le 17 octobre 2003.,

Au titre des mesures conservatoires, XTS Télécom considère qu'il y a échec des négociations et que la condition d'urgence est remplie dès lors que dans ce second courrier France Télécom la met en demeure de procéder au règlement des sommes contestées et entend se prévaloir de la clause résolutoire de la convention d'interconnexion en mettant fin à tous services dans les huit jours.

XTS Télécom souligne que la méconnaissance du plan de numérotation et des dispositions de la convention d'interconnexion par l'application d'un tarif erroné et non justifié constitue une atteinte grave aux règles régissant le secteur des télécommunications.

XTS Télécom indique d'une part, que cette atteinte est accrue par les conséquences préjudiciables qui résulteraient de l'interruption des prestations d'interconnexion, et d'autre part, que ceci constitue un abus de la position de dépendance de XTS Télécom et une méconnaissance des règles de la concurrence qui régissent le secteur des télécommunications.

XTS Télécom considère que sa demande de mesures conservatoires est recevable car elle a pour but d'assurer la continuité de fonctionnement des services de téléphonie au public de XTS Télécom.

Vu la lettre de l'adjoint au chef du service juridique de l'Autorité en date du 30 octobre 2003 communiquant aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et le nom des rapporteurs ;

Vu les observations en défense enregistrées le 14 novembre 2003 présentées par la société France Télécom, RCS Paris n° 380.129.866 Paris, dont le siège social est situé 6, place d'Alleray - 75505 Paris cedex 15, représentée par M. Jacques Champeaux, Secrétaire général ;

I. Sur les conditions du prononcé des mesures conservatoires

A titre liminaire, France Télécom rappelle le formalisme particulier encadrant le prononcé de mesures conservatoires en soulignant que l'Autorité ne peut prononcer des mesures conservatoires qu'en vertu des articles L. 36-8 I alinéa 3 et R. 11-1 4° du code des postes et télécommunications.

France Télécom précise que l'Autorité ne peut ordonner des mesures conservatoires que lorsque trois conditions cumulatives sont réunies :

- les mesures doivent être prononcées dans le but d'assurer une continuité du fonctionnement du réseau,
- la demande de mesures conservatoires doit porter sur des faits constituant une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications,
- les mesures demandées doivent être accessoires au fond.

II. Sur l'irrecevabilité de la demande au principal

France Télécom rappelle que l'Autorité ne peut recevoir favorablement une demande de mesures conservatoires qui serait fondée sur une demande au principal manifestement irrecevable.

France Télécom souligne que la demande déposée par XTS Télécom n'est pas recevable car l'échec des négociations n'est pas caractérisé. France Télécom indique d'une part, que la convention d'interconnexion du 31 mai 2000 prévoit qu'un comité de pilotage aurait dû être convoqué préalablement à la saisine de l'Autorité, d'autre part que l'article 9 de la convention d'interconnexion sur les modalités de règlement des litiges fixe l'obligation d'un constat formalisé du désaccord avant toute saisine au titre de l'article L. 36-8 du CPT.

France Télécom estime qu'XTS Télécom ne peut soutenir l'existence d'un échec définitif des négociations dans la mesure où elle a sollicité par courrier du 22 octobre 2003 la tenue d'une réunion de conciliation dont l'objectif était de "*faire le point sur les contestations pour lesquelles nous sommes en complet désaccord*". France Télécom souligne qu'elle a le jour même proposé deux dates pour la tenue d'un comité de pilotage.

III. Sur l'irrecevabilité des mesures conservatoires

1. Les mesures conservatoires demandées par XTS Télécom ne sont pas motivées

France Télécom constate que XTS Télécom invoque à l'appui de sa demande de mesures conservatoires comme seul argument la suspension de ses prestations par France Télécom. France Télécom souligne qu'à ce jour la totalité des prestations dont les montants sont en litige continue d'être fournie à XTS Télécom, y compris pour les prestations ne relevant pas de l'interconnexion.

France Télécom considère que la demande de mesures conservatoires n'est par conséquent pas motivée et est irrecevable.

2. Les mesures conservatoires demandées par XTS Télécom ne sont pas accessoires à la demande au fond

France Télécom estime que si l'Autorité devait se prononcer favorablement sur la demande de mesures conservatoires, elle préjugerait de la solution au fond et porterait atteinte au principe d'impartialité énoncé à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, repris par la jurisprudence, notamment par un arrêt du 9 octobre 2001 de la Cour de cassation qui a reconnu la validité de ce principe dans le cadre du prononcé de mesures conservatoires décidées par le Conseil de la concurrence.

France Télécom souligne que dans la mesure où l'Autorité aura à se prononcer sur la légitimité des montants facturés pour l'acheminement des numéros des séries 0590PQ, 0596PQ et 0594PQ à titre principal lors de l'examen de la demande de règlement, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il ne peut lui être demandé à titre conservatoire d'ordonner à France Télécom de suspendre toute action de recouvrement des sommes contestées sans préjuger de la légitimité des montants en jeu et du fond de l'affaire.

3. Sur l'atteinte à la continuité du fonctionnement des réseaux

France Télécom indique que les mesures conservatoires ne pourraient être ordonnées que dès lors qu'elles concourent à assurer la continuité de fonctionnement du réseau. France Télécom conteste le risque de discontinuité dans le fonctionnement des réseaux dès lors qu'il ne peut être à ce jour constaté une rupture dans la fourniture des prestations d'interconnexion.

France Télécom estime que XTS Télécom fait l'impasse sur les derniers échanges entre les parties qui attestent de la volonté de dialogue de France Télécom, une réunion étant prévue pour le 19 novembre. France Télécom considère qu'aucun fait ne confirme l'urgence invoquée par XTS Télécom.

France Télécom souligne qu'il n'y a donc pas d'atteinte directe et immédiate au fonctionnement des réseaux comme le prétend XTS Télécom ; or la nécessité d'un lien de causalité direct entre le dommage constaté et les mesures conservatoires a été posée par l'Autorité et par la Cour d'appel de Paris.

France Télécom indique qu'XTS Télécom se base uniquement sur des conjectures à l'appui de sa demande de mesures conservatoires et non sur des faits avérés.

4. Sur la gravité et l'immédiateté de l'atteinte aux règles régissant le secteur des télécommunications revendiquées par XTS Télécom

France Télécom considère que la demande de XTS ne répond pas aux conditions posées par l'Autorité pour ce qui est des mesures conservatoires.

En effet, le paiement des sommes pour lesquelles XTS Télécom réclame la suspension du recouvrement à titre conservatoire est en souffrance depuis plusieurs années et a fait l'objet de contestations depuis octobre 2001. Ce litige ne peut donc répondre à la condition d'urgence imposée par l'Autorité.

5. Sur l'absence de portée de la demande de XTS Télécom quant à la suspension des actions de recouvrement

France Télécom indique que les contestations de XTS Télécom ont été régulièrement rejetées, cette dernière contrevient donc à ses obligations contractuelles en refusant d'acquitter ses dettes.

France Télécom précise que les montants visés par le courrier du 14 octobre 2003 ne sont pas exclusivement dus au titre des prestations arrêtées par la convention d'interconnexion et qu'XTS Télécom ne peut revendiquer un risque de suspension des prestations fournies au titre des autres contrats pour saisir l'Autorité.

France Télécom estime que seuls [...] euros TTC relèvent des prestations fournies au titre de l'exécution de la convention d'interconnexion en litige et que le solde de la créance de XTS Télécom s'élève à [...] euros TTC.

France Télécom souligne qu'en omettant de préciser que les montants correspondaient à des prestations ne relevant pas exclusivement de l'interconnexion, XTS Télécom tente de tromper le régulateur sur le sens de la mise en demeure du 14 octobre 2003.

France Télécom considère qu'XTS Télécom l'empêche de procéder à l'application des dispositions des contrats signés par les parties en entretenant une confusion entre les procédures de recouvrement des sommes dues par XTS Télécom à France Télécom et le présent différend.

France Télécom estime qu'XTS Télécom ne saurait réclamer la suspension des actions de recouvrement de France Télécom portant sur des prestations impayées par XTS Télécom et relevant des dispositions contractuelles différentes de celles de la convention d'interconnexion qui font l'objet de la présente saisine de l'Autorité. France Télécom précise que l'article 9 de la convention d'interconnexion prévoit que la saisine de l'Autorité au motif d'un désaccord entre les parties n'épuise pas la compétence de ces dernières pour engager d'éventuelles poursuites judiciaires en vue le cas échéant du recouvrement des créances dues.

France Télécom indique que c'est en méconnaissance des dispositions légales et contractuelles que XTS Télécom sollicite de l'Autorité qu'elle suspende les actions de recouvrement que France Télécom se réserve le droit d'engager.

France Télécom demande à l'Autorité, pour l'ensemble de ces motifs, de rejeter la demande de mesures conservatoires de XTS Télécom.

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 17 novembre 2003 convoquant les parties à une audience devant le collège le 25 novembre 2003 ;

Vu la lettre de la société France Télécom enregistrée à l'Autorité le 20 novembre 2003 souhaitant que l'audience devant le collège ne soit pas publique ;

Vu la lettre de la société XTS Télécom enregistrée à l'Autorité le 21 novembre 2003 souhaitant que l'audience devant le collège soit publique ;

Après avoir entendu le 25 novembre 2003, lors de l'audience devant le collège :

- le rapport de M. Olivier Mellina-Gottardo, rapporteur présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de M. Olivier Caron et Maître Gabriel Benesty, pour la société XTS Télécom ;
- les observations de MM. Jean-Daniel Lallemand et Philippe Trimborn, pour la société France Télécom ;

En présence de :

- M. Olivier Caron et Maître Gabriel Benesty, pour la société XTS Télécom ;
- MM. Jean-Daniel Lallemand, Philippe Trimborn, Gabriel Lluch, Martial Houlle, pour la société France Télécom ;
- MM. Olivier Mellina-Gottardo, Gweltas Quentrec, Mmes Elisabeth Rolin, Aurélie Doutriaux, Christine Galliard, agents de l'Autorité ;

Vu le courrier de la société XTS Télécom enregistré le 25 novembre 2003 sollicitant le report de l'audience du 25 novembre 2003 devant le collège ;

M. Lallemand a précisé que France Télécom avait reçu cette télécopie le 24 novembre. Il a souligné l'absence d'accord entre les parties pour ce report et a demandé le maintien de cette audience.

Maître Benesty a retiré sa demande de renvoi de l'audience du 25 novembre.

Sur la publicité de l'audience :

Aux termes de l'article 14 du règlement intérieur : "*l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, le collège de l'Autorité en délibère*".

France Télécom, par un courrier enregistré le 20 novembre 2003, a demandé que l'audience devant le collège ne soit pas publique ; XTS Télécom, par un courrier enregistré le 21 novembre 2003, a demandé que l'audience devant le collège soit publique. Interrogé sur ce point par le Président de l'Autorité à l'ouverture de l'audience du 25 novembre 2003, France Télécom a précisé qu'elle acceptait de souscrire à la demande d'XTS Télécom, en conséquence de quoi, l'audience a été publique.

Vu le courrier de l'adjoint au chef de service juridique en date du 27 novembre 2003 informant la société XTS Télécom que les observations qu'elle a adressées à l'Autorité le 27 novembre 2003 ne sont pas prises en compte, dès lors qu'elles ne justifient pas la réouverture de la procédure d'instruction de mesures conservatoires.

Le collège en ayant délibéré le 02 décembre 2003, hors la présence du rapporteur, du rapporteur adjoint et des agents de l'Autorité.

Adopte la présente décision fondée sur les faits et moyens exposés ci-après :

Sur le cadre juridique applicable aux mesures conservatoires.

En vertu de l'article L. 36-8 I du code des postes et télécommunications, l'Autorité peut être saisie d'un différend entre deux parties "*en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication*", cet article ajoutant "*en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux*".

L'article R. 11-1 alinéa 4 du code précise que "*une demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de régulation des télécommunications. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée*".

Il résulte, en premier lieu, de ces dispositions que l'Autorité ne peut ordonner une demande de mesures conservatoires qu'autant qu'elle est saisie d'une demande de règlement de différend qui réponde aux conditions de recevabilité fixées à l'article L. 36-8 précité et que cette demande de mesures conservatoires est suffisamment motivée.

En second lieu, des mesures conservatoires ne peuvent être décidées que, d'une part, lorsque les faits soumis à l'Autorité sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause

directe et certaine de l'atteinte relevée aux règles régissant le secteur des télécommunications, et que l'atteinte précitée présente un caractère de gravité, notamment au regard de l'importance de la règle concernée ou des conséquences préjudiciables que sa violation entraîne pour les opérateurs concernés, pour l'accès de leurs clients à des services de télécommunication d'autres opérateurs ou pour leur possibilité de communiquer librement avec d'autres utilisateurs. Il faut, d'autre part, que ladite atteinte revête un certain degré d'immédiateté, et donc d'urgence.

Enfin, les mesures adoptées à titre conservatoire doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence et à la préservation des intérêts de la partie demanderesse, sans affecter de manière excessive les prérogatives de la partie en cause.

Sur les demandes de mesures conservatoires de la société XTS Télécom.

Au titre des mesures conservatoires, XTS Télécom a demandé à l'Autorité dans sa saisine en date du 24 octobre 2003 de constater l'échec des négociations, d'ordonner à France Télécom de poursuivre les prestations d'interconnexion à son profit jusqu'à la décision définitive mettant fin au différend et d'ordonner à France Télécom de suspendre toute action tendant au recouvrement des sommes contestées par XTS Télécom depuis octobre 2001 jusqu'à la décision définitive mettant fin au différend.

XTS Télécom considère que sa demande de mesures conservatoires est justifiée d'une part dans la mesure où l'urgence est caractérisée par la mise en demeure adressée par France Télécom dans un courrier en date du 14 octobre 2003. Ce courrier précise qu'à défaut de paiement des sommes dues notamment au titre de l'interconnexion dans un délai de huit jours, France Télécom se réserve le droit de mettre en œuvre la clause résolutoire de la convention d'interconnexion et d'intenter toute action tendant au recouvrement de ces sommes.

XTS Télécom estime par ailleurs que l'interruption des prestations d'interconnexion aurait des conséquences préjudiciables pour elle.

XTS Télécom estime enfin que l'application d'un tarif erroné et non justifié constitue une atteinte grave et immédiate au plan de numérotation et aux dispositions de la convention d'interconnexion.

Toutefois, il ressort des pièces du dossier que les premières facturations contestées datent du mois d'octobre 2001 et que France Télécom a déjà adressé à XTS Télécom un courrier de mise en demeure en date du 20 février 2003, dans lequel elle indiquait également qu'elle se réservait la possibilité de mettre en œuvre la clause résolutoire de la convention d'interconnexion. Cette première menace n'a visiblement conduit à aucune coupure des prestations d'interconnexion objet du litige.

Par ailleurs, il ressort des mêmes pièces que XTS Télécom n'apporte pas d'élément concret susceptible d'éclairer l'Autorité sur le préjudice qu'elle invoque. Son argumentation ne permet donc pas d'évaluer les conséquences qu'entraînerait pour elle ou pour des utilisateurs du service téléphonique, l'exécution par France Télécom de la clause résolutoire au titre du non-paiement des prestations d'interconnexion objet du litige.

En outre, XTS Télécom a précisé au cours de l'audience du 25 novembre 2003 susvisée que la prestation d'acheminement fournie sur le réseau de XTS Télécom pour les appels objet du litige consiste en une prestation de transit entre des réseaux tiers. La continuité du service téléphonique fourni aux utilisateurs finaux n'est donc pas structurellement menacée.

Enfin, dans le cadre de sa demande de mesures conservatoires, XTS Télécom soulève un problème lié à l'application de la convention d'interconnexion signée avec France Télécom relatif au paiement des prestations fournies pour l'acheminement des appels vers les blocs de numéros des séries 0590PQ, 0594PQ et 0596PQ. Or, la question de la légitimité pour France Télécom de fournir l'acheminement sur son réseau des appels transmis par XTS Télécom vers ces numéros et du niveau de tarification applicable relève du différend au fond entre les parties.

Au vu des éléments qui précèdent, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'ensemble des fins de non recevoir tirées de l'irrecevabilité, XTS Télécom n'est pas fondée à soutenir que le comportement de France Télécom est constitutif d'une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications. Il y a donc lieu de rejeter la demande de XTS Télécom au titre des mesures conservatoires.

Au demeurant, eu égard aux discussions qui ont eu lieu entre les parties depuis plus d'une année et au calendrier prévisionnel fixant les dates de production des observations, accepté par les parties lors de la réunion du 30 octobre 2003, qui tend à montrer que le différend devrait être en état d'être réglé au fond par l'Autorité avant la fin du mois de janvier, il semble légitime que France Télécom ne suspende pas les prestations d'interconnexion en cause pendant le délai de traitement de ce litige au fond.

Décide :

Article 1 : La demande de la société XTS Télécom tendant à ce que des mesures conservatoires soient ordonnées est rejetée.

Article 2 : Le chef du service juridique ou son adjoint est chargé de notifier aux sociétés XTS Télécom et France Télécom la présente décision qui sera rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 02 décembre 2003

Le Président

Paul Champsaur.

[...] passages relevant des secrets protégés par la loi