

Décision n° 05-0614
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 30 juin 2005
se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée
par la société Western Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 34-8, L. 36-8 ;

Vu l'arrêté du 17 juin 1998 autorisant la société Western Télécom 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° 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 la décision n° 03-907 du 24 juillet 2003 établissant pour l'année 2004 les listes des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications ;

Vu la demande de règlement d'un différend, enregistrée le 9 juin 2005, présentée par la société Western Télécom, RCS Paris B 402 876 759, dont le siège social est situé 88, avenue Kléber - 75116 Paris, représentée par Maître Marie M. Benhaim, avocat au barreau de Paris : 41, avenue Foch - 75116 Paris ;

La société Western Télécom, dans sa saisine au fond en date du 9 juin 2005, demande à l'Autorité de trancher un litige conformément à l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques. Elle demande de :

- constater l'échec des négociations entre Western Télécom et France Télécom,
- constater que France Télécom pratique des prix discriminants, non orientés vers les coûts et non transparents,

- constater que sur le trafic international, France Télécom pratique le ciseau tarifaire sur certaines destinations,
- constater l'absence de voie de contournement sur ces mêmes ou autres destinations,
- auditer les comptes de France Télécom pour déterminer les prix orientés vers les coûts abstraction faite des avantages mutuels que France Télécom et ses partenaires étrangers pourraient se consentir par le biais des mécanismes de compensation,
- faire injonction à France Télécom de communiquer les prix les plus bas et lui faire injonction de démontrer que ces derniers sont orientés vers les coûts,
- fixer les nouveaux prix non discriminants et orientés vers les coûts que France Télécom sera tenue d'appliquer à Western Télécom,
- réintégrer le marché du transit international dans la liste des marchés pertinents.

Vu la demande de mesures conservatoires, formée accessoirement à la demande principale enregistrée le 9 juin 2005, présentée par la société Western Télécom, RCS Paris B 402 876 759, dont le siège social est situé 88, avenue Kléber - 75116 Paris, représentée par Maître Marie M. Benhaim, avocat au barreau de Paris : 41, avenue Foch - 75116 Paris ;

La société Western Télécom demande à l'Autorité au titre des mesures conservatoires d'enjoindre à France Télécom de maintenir l'accès au trafic international à Western Télécom à un tarif non discriminant que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes fixera provisoirement à 50 % du tarif actuel dans l'attente de la décision sur le fond à intervenir.

I. Rappel des faits

Western Télécom indique que dans le cadre de son activité, elle est interconnectée au réseau de France Télécom et lui achète du transit et de la terminaison internationale à des prix "confidentiels" qui font l'objet de négociations permanentes.

Western a constaté que les prix pratiqués par France Télécom étaient d'une part, discriminants et non orientés vers les coûts, d'autre part, que France Télécom pratiquait un ciseau tarifaire pour certaines destinations dont certaines n'offraient pas de voies de contournement possible.

- L'interconnexion avec France Télécom

Western Télécom précise que le processus permettant de fournir à ses clients une communication téléphonique internationale de bout en bout prévoit que l'appel du client est acheminé dans le processus d'interconnexion entrante jusqu'à ses équipements. Après traitement par le système d'information, l'appel est acheminé jusqu'au commutateur international de France Télécom. Western Télécom souligne que les coûts de cette première opération sont entièrement à sa charge.

Western Télécom indique que France Télécom achemine l'appel jusqu'au commutateur international de l'opérateur étranger qui termine l'appel chez son abonné par une opération de double transit. Western Télécom précise que cette prestation fait l'objet d'une facturation sur la base de tarifs se rajoutant aux coûts de la première partie de l'acheminement de l'appel.

- Les prix sont discriminants et non orientés vers les coûts

Western Télécom rappelle que la pratique de négociation des prix est courante et a fait l'objet de nombreux échanges avec France Télécom. Western Télécom estime que l'addition des coûts des

composants de sa prestation, interconnexion entre les deux commutateurs internationaux et terminaison locale, est souvent très inférieure aux prix pratiqués.

- Le ciseau tarifaire et l'absence de voies de contournement

Western Télécom précise qu'elle a identifié neuf destinations pour lesquelles France Télécom a offert à ses clients utilisateurs (prix de détail) des tarifs inférieurs à ceux offerts ou facturés par Western Télécom (prix de gros).

Western Télécom souligne que certaines destinations, en particulier le Maghreb, n'offrent pas de voies de contournement.

II. Les mesures conservatoires demandées par Western Télécom

Western Télécom indique que depuis plusieurs mois elle conteste la facturation de France Télécom relative au trafic international qui doit être non discriminatoire, transparente et orientée vers les coûts.

Western Télécom souligne que compte tenu de la surfacturation qu'elle supporte et des nombreux préjudices subis du fait de France Télécom et dont elle demande réparation devant une autre juridiction, elle ne s'est pas acquitté des dernières factures de France Télécom relatives au trafic international.

Western Télécom précise que le 17 mai 2005, France Télécom l'a mise en demeure de payer la somme de [...] dans un délai de 30 jours, ce délai devant expirer le 17 juin 2005. [...].

Western Télécom considère qu'il n'y a pas de voie de contournement satisfaisante pour le trafic confié à France Télécom et notamment pour les destinations du Maghreb, ce trafic étant largement majoritaire à l'intérieur du trafic international de Western Télécom.

En outre, Western Télécom estime que le préavis de suspension émis par France Télécom est incompatible avec la mise en place d'une interconnexion avec d'éventuels opérateurs pouvant acheminer son trafic international.

Western Télécom sollicite de l'Autorité des mesures conservatoires dans l'attente de la décision à intervenir sur les tarifs pratiqués par France Télécom. Western Télécom indique qu'elle réclame, devant d'autres instances, des demandes de dommages et intérêts qui viendront compenser les sommes réclamées par France Télécom.

[...]

Western Télécom rappelle qu'elle est l'un des derniers opérateurs alternatifs de services et que malgré sa taille elle a été un acteur novateur et impliqué dans son secteur. Western Télécom estime avoir été contrainte de se conformer aux pratiques imposées par France Télécom notamment en matière de tarification.

Western Télécom souligne qu'elle s'est rapprochée de France Télécom afin de négocier sur de nombreux points sujets à contestation tels que la tarification des appels fixes/mobiles, la tarification du transit international, la tarification des Mobile Box (Orange), la pratique du Win Back et le retard de livraison des liaisons. Western Télécom précise que ces demandes seront

soumises au Tribunal de Commerce ainsi que les demandes d'indemnités correspondantes qui se chiffrent à plusieurs millions d'euros.

Western Télécom considère que les factures émises par France Télécom concernant le transit international sont indues et doivent être réduites de moitié comme elle le réclamait dans son courrier du 19 avril 2005. Elle souligne que cette estimation provisoire du tarif applicable s'appuie d'une part sur les composants de coûts déterminés dans le cas du Maroc et de l'Algérie fixe et d'autre part, sur les prix pratiqués par France Télécom au détail réduits d'une marge brute estimée à 30 % et par comparaison de ce résultat au tarif de gros pratiqué par France Télécom.

Western Télécom estime que plusieurs raisons justifient l'octroi de mesures conservatoires :

- la mise à exécution de la menace de France Télécom aboutirait à une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications puisqu'en vertu de pratiques illégales, France Télécom entend unilatéralement couper à Western Télécom l'accès au réseau
- Western Télécom ne survivrait pas à cette coupure et conséquemment les griefs graves qu'elle reproche à France Télécom risqueraient de n'être pas sanctionnés,
- France Télécom peut, en revanche, sans péril, continuer à fournir ses prestations à Western Télécom dans l'attente de la décision à intervenir sur le fond du litige,
- les factures de France Télécom font l'objet de contestations sérieuses,
- bien que la surfacturation ne soit pas encore établie par l'Autorité dans le cadre de la présente affaires, de fortes présomptions sont rapportées,
- en outre, dans l'hypothèse même, fort improbable néanmoins, où l'Autorité estimait que France Télécom n'avait pas pratiqué des prix supérieurs à ceux qu'elle est tenue de pratiquer pour le transit international, l'Autorité est informée que Western Télécom subit d'autres préjudices du fait du comportement de France Télécom dont le Tribunal de Commerce est ou sera saisi :
 - o La pratique de surfacturation des "hérissons"
 - o La pratique du Winback
 - o Les retards dans les livraisons de liaison
 - o La pratique du ciseau tarifaire en empêchement du contournement sur le reroutage international.

Western Télécom souligne que les griefs et préjudices subis du fait de France Télécom ont fait l'objet d'une note récapitulative adressée à France Télécom qui n'a pas apporté de réponse.

Western Télécom indique que compte tenu de l'urgence et des menaces explicites de coupure du réseau de France Télécom et du péril encouru par Western Télécom qui ne survivrait pas à une telle coupure, de l'absence de péril pour France Télécom de maintenir l'accès au trafic international dans l'attente de la décision au fond, de l'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, Western Télécom demande à l'Autorité d'enjoindre à France Télécom de maintenir l'accès au trafic international à un tarif non discriminant que l'Autorité fixera provisoirement à 50 % du tarif actuel dans l'attente de la décision au fond.

Vu la lettre de l'adjoint au chef du service juridique de l'Autorité en date du 16 juin 2005 portant désignation des rapporteurs ;

Vu la lettre de l'adjoint au chef du service juridique de l'Autorité en date du 17 juin 2005 adressant un questionnaire aux parties et fixant au 24 juin 2005 la date de clôture de remise des réponses ;

Vu la lettre de l'adjoint au chef du service juridique de l'Autorité en date du 17 juin 2005 adressé à la société Western Télécom lui demandant de compléter sa saisine enregistrée le 9 juin 2005 ;

Vu les observations en défense enregistrées le 24 juin 2005 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, Directeur exécutif chargé des affaires réglementaires ;

I. Rappel des faits

France Télécom estime que la demande de Western Télécom n'est pas fondée mais vise à éviter le paiement des sommes dues à France Télécom au regard de ses propres obligations contractuelles. France Télécom indique que Western instrumentalise la procédure de règlement de différend et tente depuis plusieurs semaines de mettre en évidence la responsabilité de France Télécom qui la dispenserait du paiement des factures émises par France Télécom et lui permettrait d'échapper aux sanctions que France Télécom entend appliquer conformément au contrats applicables entre les parties.

France Télécom note que Western Télécom ne conteste pas avoir bénéficié des services souscrits auprès de France Télécom qui a toujours exécuté ses propres obligations contractuelles.

1.1. Sur le tarif des prestations de Hubbing de France Télécom

France Télécom rappelle que Western Télécom a souscrit plusieurs contrats notamment d'interconnexion en date du 7 juin 1998, de hubbing en date du 20 avril 2000, de liaison Turbo DSL en date du 21 juillet 2003 et de liaison Interlan en date du 9 juillet 2004.

France Télécom indique que compte tenu de ses difficultés financières, Western Télécom, à compter du mois d'octobre 2002 n'a plus été en mesure de faire face à ses dettes, le Tribunal de commerce de Paris a dû ouvrir à son encontre une procédure de redressement judiciaire convertie en octobre 2002 en plan de continuation. France Télécom précise qu'elle a alors été contrainte de déclarer au passif de Western Télécom la somme de [...] correspondant à l'ensemble des prestations fournies.

France Télécom souligne que dans le cadre du plan de continuation, Western Télécom a tenté d'imposer unilatéralement à France Télécom un nouveau mode de paiement, à compter du mois de juin 2004, en payant plusieurs factures au moyen de billets à ordre, dont l'objectif était de contourner l'application des délais contractuels de paiement. France Télécom indique que le 4 octobre 2004, elle a informé Western Télécom de son désaccord sur ce mode de paiement dans la mesure où cette pratique conduirait à accroître les délais de paiement des contrats en cause qui dans le cadre du contrat de hubbing sont ainsi fixés "*les factures sont réglées dans un délai de 45 jours calendaires suivant la date de facture définie au premier alinéa*".

France Télécom considère que le comportement de Western traduit non pas un désaccord sur l'exécution du contrat mais une difficulté d'exécution de celui-ci en raison des difficultés financières de cette société.

France Télécom précise que suite à une réunion en date du 9 novembre 2004 Western Télécom a proposé par courrier du 22 novembre 2004 un échéancier portant sur les arriérés au titre des créances échus en cours de plan de continuation arrêtés à la somme de [...] à échéance du 30

novembre 2004. France Télécom indique que par courrier du 2 décembre 2004, Western Télécom a réaffirmé son souhait d'obtenir une négociation sur les montants qu'il avait unilatéralement retenus dans son précédent courrier et confirmait que les deux seules problématiques objet de discussion avec France Télécom portaient sur :

- pour France Télécom : l'allongement de ses délais de paiement,
- pour Western Télécom : les délais de livraison des liaisons louées.

France Télécom indique que dans le courrier du 22 novembre 2004, Western s'engageait également [...]. France Télécom souligne que cette proposition démontre l'absence de litige entre les parties sur d'éventuelles pratiques discriminatoires de France Télécom, notamment sur le transit international.

France Télécom indique que Maître Boychou, commissaire à l'exécution du plan, a encouragé les parties à trouver une solution négociée permettant un rapprochement entre les deux sociétés.

France Télécom a donc adressé une proposition de règlement échelonné à Western Télécom le 25 février 2005, [...]. France Télécom précise que Western Télécom a répondu le 3 mars 2005 en ne contestant pas sa dette. Toutefois, elle a indiqué que les délais de paiement qu'elle impose à France Télécom étaient légitimes, en faisant valoir qu'elle serait contractuellement fondée à exiger des délais de paiement à 105 jours. En outre, Western Télécom a revendiqué un préjudice qui serait la conséquence de retards de livraison et de prétendus abus de position dominante de France Télécom.

France Télécom souligne que Western Télécom a souhaité l'organisation d'une réunion afin de faire état des différents préjudices qu'elle estimait avoir subit. France Télécom indique que cette réunion a eu lieu le 17 mars 2005 au cours de laquelle Western Télécom [...] a souhaité obtenir réparation d'un prétendu préjudice relatif aux pratiques discriminatoires de France Télécom.

France Télécom indique qu'elle a découvert lors de cette réunion les griefs qui lui étaient reprochés, elle ne pouvait donner une suite favorable à des demandes qu'elle considère exorbitantes et sans fondement.

France Télécom estime que Western Télécom n'avait pas l'intention de s'acquitter de ses factures alors qu'elle continue jusqu'à présent à bénéficier des services dont elle ne s'acquitte plus.

C'est dans ce contexte que France Télécom a décidé, après envoi d'une ultime mise en demeure du 17 mai 2005 pour un montant de [...] d'assigner le 23 juin 2005 Western Télécom en référé provision devant le Président du Tribunal de Commerce de Paris afin d'obtenir le recouvrement des sommes dues et de prendre toutes mesures afin de ne pas amplifier le montant des créances déjà en souffrance.

1.2. France Télécom est la seule à subir un préjudice

France Télécom indique qu'elle a procédé à la mise en facturation des prestations qu'elle fournissait au titre des différents contrats avec Western Télécom qui n'a pas jusqu'alors contesté les montants facturés ; ni lors de la procédure d'admission des créances au passif de sa société, ni lorsque le Tribunal de commerce a eu à statuer sur les créances prioritaires et enfin ni lors l'ouverture du plan de continuation. France Télécom note que ce n'est que lorsque Western Télécom a rencontré des difficultés financières qu'elle a soulevé les pratiques anticoncurrentielles de France Télécom.

France Télécom souligne que s'agissant du Hubbing, elle n'est pas le fournisseur exclusif de Western Télécom qui a choisi d'autres opérateurs pour assurer cette prestation. France Télécom rappelle que les tarifs liés à la prestation de Hubbing ont fait l'objet de négociations avec la société Western Télécom.

II. Il ne peut être fait droit à la demande de mesures conservatoires de Western Télécom au regard de l'irrecevabilité de sa demande au fond

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

2.1. Le litige relève du juge de l'exécution des contrats

France Télécom considère qu'il ne peut y avoir échec des négociations au regard des dispositions du CPCE pour des prestations que Western a librement consenties et qui n'ont donné lieu à aucun commentaire de sa part jusqu'à ce qu'elle connaisse des difficultés financières.

France Télécom note qu'aucun litige n'existait sur la tarification de la prestation de Hubbing jusqu'au mois de mars 2004 alors que ce contrat court depuis l'année 2000 et n'a pas soulevé de contestation de la part de Western Télécom. France Télécom estime donc qu'il ne s'agit pas de l'exécution du contrat mais de la pondération que Western Télécom fait entre les sommes qu'elle doit et un préjudice supposé dont elle voudrait obtenir réparation devant le Tribunal de Commerce.

France Télécom souligne que la demande de Western ne traduit pas un désaccord sur l'exécution des conditions contractuellement fixées entre les parties mais repose sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles qui ne relèvent pas de la compétence de l'Autorité et des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE.

France Télécom demande donc à l'Autorité de déclarer irrecevable la demande de Western Télécom. France Télécom estime que Western Télécom n'a pas de motif sérieux à l'encontre de France Télécom pouvant justifier un refus de paiement. France Télécom considère que l'utilisation des billets à ordre et les négociations tendant à aboutir à un échéancier démontrent l'intention de Western Télécom de ne pas respecter ses engagements contractuels à l'égard de France Télécom.

France Télécom rappelle que le 22 novembre 2004, Western Télécom a proposé le paiement des sommes dues à France Télécom par le biais d'un échéancier portant sur des factures qu'elle ne contestait pas, pour ensuite refuser tout paiement en invoquant des pratiques de concurrence déloyale.

France Télécom considère que s'il y a litige, il relève exclusivement du droit commun des contrats dont elle réclame une simple application au titre des droits et obligations contractuels librement souscrits par Western Télécom.

C'est pour ces raisons que France Télécom a assigné Western Télécom en référé provision le 23 juin 2005 dans le Tribunal de Commerce de Paris.

2.2. Sur une prétendue contrainte tarifaire pesant sur les prestations d'acheminement à l'international à l'appui d'une demande de règlement de différend

France Télécom rappelle que dans ses décisions n° 00-278 et n° 00-635 des 17 mars et 28 juin 2000, l'Autorité a autorisé France Télécom à retirer 28 destinations internationales de son catalogue d'interconnexion. Enfin, la décision n° 00-1109 du 27 octobre 2000 de l'Autorité a finalement approuvé le retrait de l'ensemble des destinations internationales du catalogue.

France Télécom souligne que dans son projet de décision relatif au marché de la téléphonie fixe de juin 2005, l'Autorité a indiqué que les tarifs des prestations ne nécessitent aucune mesure d'encadrement visant à imposer une obligation d'orientation vers les coûts ou de transparence.

France Télécom estime donc que Western ne peut réclamer que l'Autorité fixe des conditions équitables d'ordre techniques et financiers pour ces prestations au regard du caractère non pertinent du marché considéré. France Télécom constate qu'en présence d'un marché réputé concurrentiel, aucune contrainte ne peut être envisagée sous réserve qu'il ne soit pas observé d'entrave à l'exercice d'une concurrence loyale.

France Télécom considère que la saisine de Western Télécom n'a aucun fondement réglementaire.

2.3. La demande de Western Télécom n'est pas recevable au regard du règlement intérieur

France Télécom rappelle que même si l'Autorité ne procède pas à un contrôle a priori sur la recevabilité au fond d'une demande de règlement de différend elle est soumise à son règlement intérieur.

France Télécom note que la saisine de Western Télécom du 9 juin 2005 est incomplète au sens des dispositions de l'article 9 du règlement intérieur car il a été demandé par un courrier en date du 17 juin 2005 de l'adjoint au chef du service juridique à Western Télécom de transmettre ses statuts signés et un extrait Kbis.

France Télécom estime donc que Western ne peut prétendre à la recevabilité de sa saisine et par voie de conséquence de sa demande de mesures conservatoires, autant qu'il ne peut être tenu compte des mesures d'instruction préliminaires qui auraient été effectuées dans l'attente de la réception de l'ensemble des éléments indispensables à la validité de la saisine.

III. Sur l'irrecevabilité des mesures conservatoires

France Télécom rappelle les dispositions de l'article L. 36-8-I du CPCE qui encadrent le prononcé de mesures conservatoires prévoient que trois conditions cumulatives doivent être remplies pour que l'Autorité puisse ordonner des mesures conservatoires.

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

France Télécom indique que dans sa demande de mesures conservatoires, Western Télécom demande le maintien de l'accès aux prestations d'acheminement international et l'application d'un tarif de moins de 50 % à titre provisoire, ce qui conduirait l'Autorité à se prononcer sur le bien fondé de sa demande au fond.

France Télécom note que Western Télécom demande à l'Autorité de statuer au titre des mesures sur des demandes qui sont également présentées au fond : absence de voie de contournement sur les destinations internationales et prix discriminants non orientés vers les coûts de France Télécom.

France Télécom estime que l'Autorité serait ainsi amenée à préjuger de la solution au fond en violation du principe d'impartialité objective énoncé à l'article 6-1 de la CEDH, qui s'applique également aux mesures conservatoires (Cour de cassation du 9 octobre 2001).

France Télécom indique que si l'Autorité se prononçait sur la légitimité des montants facturés pour l'acheminement du trafic international de Western Télécom et sur les possibilités alternatives dont dispose celui-ci à titre principal lors de l'examen de la demande de règlement enregistrée le 9 juin 2004, il ressort de cette jurisprudence qu'elle ne pourra pas à titre conservatoire ordonner à France Télécom de suspendre la mise en œuvre de la clause résolutoire du contrat qui a été signé avec Western Télécom pour l'accès aux commutateurs internationaux, ni de fixer pour ces prestations un tarif inférieur à celui qui a été régulièrement facturé.

France Télécom précise que la fixation des tarifs provisoirement à un niveau moitié moindre de son niveau de facturation actuel paraît d'autant moins légitime que Western Télécom n'acquitte plus aucune de ses factures pour ses prestations d'acheminement à l'international, et ne semble plus en mesure d'assurer le paiement normal des autres prestations que France Télécom lui fournit.

3.2. Aucune atteinte à la continuité du fonctionnement des réseaux n'est avérée

France Télécom rappelle que l'Autorité ne peut prendre des mesures conservatoires que lorsqu'elles sont les seules à pouvoir remédier à la préservation des intérêts du demandeur et qu'elles ne lèsent pas de manière excessive les prérogatives de la partie en cause.

France Télécom estime qu'au cas d'espèce il s'agit d'un problème d'inexécution contractuelle, elle est donc fondée à faire application des mesures coercitives que le contrat en cause met à sa disposition pour obtenir le respect du contrat et la protection de ses intérêts, dès lors qu'il est constaté l'inexécution des obligations contractuelles par l'autre partie.

France Télécom considère qu'elle peut utiliser la suspension voire la résiliation des prestations impayées prévue à l'article 6-1 du contrat Hubbing aux fins d'éviter une aggravation de son préjudice. France Télécom indique que son courrier de mise en demeure ne faisait que rappeler l'existence de ces mesures coercitives et de la légitimité qu'elle a d'y recourir en cas de persistance de la part de Western Télécom dans son manquement contractuel.

France Télécom note que dans des contextes similaires, le Conseil de la concurrence a reconnu son droit à résiliation du contrat (décision n°01-MC-07 du 21 décembre 2001).

France Télécom estime qu'une mesure la contraignant au maintien de la prestation de Hubbing méconnaîtrait de façon disproportionnée ses prérogatives à faire valoir l'exécution des contrats qu'elle souscrit avec les opérateurs tiers.

France Télécom conteste le risque de discontinuité dans le fonctionnement des réseaux dès lors que Western Télécom a été informé depuis plusieurs mois d'une probable coupure du fait de l'inexécution de son obligation de paiement et dispose de possibilités de reroutage de ses appels en considération de nombreuses offres alternatives disponibles sur le marché.

France Télécom estime que Western Télécom ne peut prétendre à l'existence d'aucune voie de contournement. Il indique que pour l'acheminement du trafic vers le Maroc qui représente une destination sur laquelle le trafic de Western est significatif, il existe plusieurs opérateurs concurrents de France Télécom (Cegetel, Portugal Telecom, Telecom Italia, Telefonica) qui proposent une qualité de service équivalente à celle proposée par France Télécom sur l'offre

"Hubbing Access France". France Télécom précise qu'elle achète pour assurer certaines des destinations des prestations de transit à certains opérateurs internationaux soit parce qu'elle ne dispose pas de capacités vers ces destinations, soit parce que les capacités existantes sont saturées.

France Télécom rappelle que pour son trafic sortant national, Western Télécom n'est pas interconnectée à France Télécom et utilise des prestations d'un autre opérateur avec lequel elle est interconnectée. Western Télécom peut donc le cas échéant lui remettre son trafic vers toutes ses destinations. Ainsi en aucun cas l'interruption de sa prestation de Hubbing n'isolerait le réseau de Western Télécom.

France Télécom estime que la résiliation du contrat représenterait une application stricte du contrat liant les parties et indique que Western Télécom n'apporte aucun élément crédible attestant de l'illégitimité contractuelle et pratique d'une telle mesure.

3.3. Sur l'absence d'atteinte aux règles régissant le secteur des communications électroniques

France Télécom estime que Western n'indique pas à quelle règle régissant le secteur des communications électroniques il serait porté atteinte par la suspension du contrat portant sur les prestations de Hubbing.

France Télécom considère qu'un lien de causalité doit être établi entre les faits et l'atteinte à ces règles. France Télécom précise que Western Télécom a saisi l'Autorité de faits qui, loin d'être une manifestation d'une atteinte à une règle, sont au contraire pris en exécution des dispositions contractuelles et des textes encadrant les droits et obligations des cocontractants.

Pour l'ensemble de ces motifs, France Télécom demande à l'Autorité de rejeter les demandes de mesures conservatoires de Western Télécom.

Vu les réponses des parties au questionnaire du rapporteur enregistrées le 24 juin 2005 ;

Vu la lettre de l'adjoint au chef du service juridique en date du 24 juin 2005 convoquant les parties à une audience devant le collège le 30 juin 2005 ;

Vu le courrier électronique de la société Western Telecom enregistré le 27 juin 2005 souhaitant que l'audience devant le collège ne soit pas publique ;

Vu le courrier de la société France Télécom enregistré le 29 juin 2005 souhaitant que l'audience devant le collège ne soit pas publique ;

Après avoir entendu le 30 juin 2005, lors de l'audience devant le collège :

- le rapport de M. Gweltas Quentrec, rapporteur présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de M. Edmond Cohen pour la société Western Telecom et de Maître Marie M. Benhaim, avocate ;
- les observations de M. Eric Debroeck, pour la société France Télécom.

En présence de :

- M. Edmond Cohen, pour la société Western Telecom et de Maître Marie M. Benhaim, avocate ;

- MM. Eric Debroeck, Philippe Trimborn, Gabriel Lluch, Martial Houlle et Mme Isabelle Pichon, pour la société France Télécom ;
- MM. Philippe Distler, directeur général, Gweltas Quentrec, Benoît Loutrel, Bernard Messias et de Mle Christine Galliard, agents de l'Autorité ;

Le collège en ayant délibéré le 30 juin 2005, hors la présence du rapporteur, du rapporteur adjoint et des agents de l'Autorité ;

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

I- Sur le cadre juridique applicable aux demandes de mesures conservatoires

Il ressort de l'article L. 36-8 I du code des postes et des communications électroniques, que l'Autorité peut être saisie d'un différend entre deux parties *"en cas de refus d'accès ou 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 communication électroniques"*. Ce même article dispose que le cas échéant *"en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques, 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. Ces mesures doivent rester strictement limités à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence."* »

L'article R. 11-1 alinéa 4 de ce même 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, qui peut être sollicitée à tout moment de la procédure, est suffisamment motivée.

En second lieu, s'agissant des conditions de fond, l'Autorité ne peut faire droit à une demande de mesures conservatoires que sous réserve qu'il soit satisfait à trois critères. Ainsi, 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 communications électroniques 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 compromettre de manière irréversible ou excessif ceux de la partie mise en cause.

II. Sur les demandes de mesures conservatoires de la société Western Télécom

Dans sa saisine déposée le 9 juin 2005, la société Western Télécom demande à l'Autorité, au titre des mesures conservatoires, d'enjoindre à France Télécom de maintenir à son profit l'accès au trafic international à un tarif non discriminant. Elle demande à l'ARCEP de fixer provisoirement ce tarif à 50 % de celui actuellement en vigueur, dans l'attente de la décision au fond à intervenir.

Western Télécom estime que la résiliation du contrat « Hubbing Access France » constituerait une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques fondée sur des pratiques illégales. Elle reproche à France Télécom d'avoir pratiqué des ciseaux tarifaires et facturé des tarifs pour les prestations de transit international discriminatoires, non orientés vers les coûts et non transparents.

France Télécom conteste la recevabilité de cette saisine en ce que le litige relèverait du juge des contrats, que les prestations de transit international ne seraient soumises à aucun encadrement tarifaire, et que la procédure n'aurait pas été régulière. En outre, elle estime que les demandes de mesures conservatoires ne sont pas accessoires au fond et que la résiliation du contrat n'induirait aucune discontinuité du fonctionnement des réseaux. Enfin, aucune atteinte aux règles régissant le secteur des communications ne serait avérée.

L'objet du présent litige concerne le contrat de transit international « Hubbing Access France » signé le 20 avril 2000 entre les parties et plus particulièrement la tarification applicable aux prestations de transit international fournies par France Télécom à Western Télécom.

La société Western Télécom considère qu'elle subit actuellement un préjudice grave dû à une surfacturation par France Télécom des prestations de transit international. Il convient donc d'examiner si les éléments soumis au débat permettent de démontrer que la situation dans laquelle se trouve la société Western Télécom incomberait à un manquement grave et immédiat de la société France Télécom à ses obligations.

L'Autorité constate tout d'abord à la lecture des documents fournis par la société Western Télécom que cette société, aujourd'hui en plan de continuation après la clôture d'une période de redressement judiciaire, [...]. Il semblerait ainsi qu'elle a eu depuis l'ouverture du plan de continuation des difficultés pour honorer les factures de France Télécom notamment celles relatives aux prestations de transit international.

Ensuite, les documents versés aux débats démontrent que la société Western Télécom a en novembre 2004, proposé un échéancier [...], et avisé France Télécom de son accord pour payer les factures à venir, ainsi que, [...]. La société Western Télécom n'a contesté que très récemment le montant des tarifs de transit international en invoquant un non respect par France Télécom d'obligations réglementaires.

Enfin, face à cette situation, il apparaît que la société France Télécom a, d'une part, continué à fournir les prestations de transit international malgré les retards ou absence de paiement de la société Western Télécom. D'autre part, elle a le 25 février 2005 offert à cette dernière une proposition d'échéancier. En raison du refus de la société Western Télécom, et conformément aux dispositions du contrat « Hubbing Access France », la société France Télécom a adressé une première mise en demeure de paiement des arriérés le 17 mai 2005, d'un montant de [...] précisant qu'elle résilierait ce contrat à l'issue d'un délai d'un mois en cas de non paiement. Le 24 juin 2005, constatant que le montant des sommes dues par la société Western Télécom était désormais de [...] France Télécom a informé la société Western Télécom que la résiliation du contrat serait effective à compter du 1^{er} juillet 2005.

L'Autorité souligne qu'elle s'interroge sur l'opportunité d'une pratique qui consisterait à mettre en œuvre automatiquement une clause résolutoire, telle que celle prévue à l'article 6-1 du contrat « Hubbing Access France », lors d'une difficulté de paiement d'un opérateur cocontractant. En pareille hypothèse, l'octroi de mesures conservatoires pourrait le cas échéant se justifier compte tenu notamment de la nécessité d'assurer la continuité de fonctionnement des réseaux de communications électroniques à laquelle l'ARCEP doit veiller.

Cependant, au cas d'espèce, outre le litige relatif au tarif de la prestation objet de la présente procédure que l'Autorité sera amenée à trancher au fond, la situation de la société Western Télécom semble relever de difficultés financières profondes.

Eu égard à l'ensemble des éléments précités, il y a lieu de constater que la société Western Télécom ne fournit pas d'éléments suffisamment probants et circonstanciés de nature à démontrer que la situation dans laquelle elle se trouve aujourd'hui est directement provoquée par l'existence d'une atteinte grave et immédiate à une règle régissant le secteur des communications électroniques imputable à France Télécom.

Par ailleurs, la société Western Télécom estime qu'elle ne dispose d'aucune solution alternative pour acheminer son trafic vers l'international. Toutefois cette affirmation n'est pas assortie d'éléments précis de nature à la rendre probante, en particulier en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle elle se trouverait de faire acheminer son trafic par un autre opérateur que France Télécom pour des motifs liés à la qualité de service ou aux tarifs pratiqués.

L'Autorité note également que la société Western Télécom, outre le contrat avec France Télécom, est également partie à deux autres contrats permettant l'acheminement du transit international : l'un avec la société [...] et l'autre avec la société [...]. Enfin, la société Western Télécom dispose d'un contrat avec un autre opérateur pour l'acheminement de son trafic sortant national. Par conséquent, la société Western Télécom semble disposer de solutions alternatives pour l'acheminement de son trafic international.

De surcroît, compte tenu de l'antériorité du litige, il semble que la société Western Télécom ait disposé d'un temps suffisant pour adapter son architecture d'interconnexion auprès d'opérateurs tiers.

Enfin, en ce qui concerne la demande relative à la fixation d'un tarif correspondant à 50 % du tarif actuel, l'Autorité considère que, indépendamment de ses propres difficultés financières récurrentes, la société Western Télécom n'apporte aucun élément précis et circonstancié démontrant qu'elle subirait un préjudice grave et imminent dû à un non respect éventuel par France Télécom de ses obligations tarifaires en ce qui concerne ses prestations de transit vers l'international.

Dans ces conditions et en l'absence d'éléments suffisants et probants, l'Autorité ne peut, à ce stade de la procédure, que rejeter la demande de mesures conservatoires relatives à la tarification du transit international déposée par la société Western Télécom.

En conséquence, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'ensemble des fins de non-recevoir tirées de l'irrecevabilité, il y a lieu de rejeter les demandes formulées par Western Télécom au titre des mesures conservatoires.

Décide

Article 1 : Les demandes de mesures conservatoires susvisées présentées par la société Western Télécom sont rejetées.

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

Fait à Paris, le 30 juin 2005

Le Président

Paul Champsaur

[...] Passages relevant du secret des affaires