



## Arrêt du 3 juillet 2018

---

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),  
Claudia Pasqualetto Péquignot, Kathrin Dietrich, juges,  
Johanna Hirsch-Sadik, greffière.

---

Parties

**Swisscom (Schweiz) AG,**  
recourante,

contre

**WeMobile SA,**  
représentée par Maître Michel Jaccard et  
Maître Juliette Ancelle, id est avocats sàrl,  
intimée,

**Commission fédérale de la communication ComCom,**  
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,  
autorité inférieure.

---

Objet

Prestations de transit dans le cadre de l'interconnexion.

**Faits :****A.**

**A.a** La société Callventure Telecommunications Sàrl (Callventure), avec siège à Meyrin, a été inscrite au Registre du commerce du canton de Genève le 26 juillet 2007 et radiée le 30 mai 2014 suite à sa fusion avec la société WeMobile SA.

**A.b** La société WeMobile SA (WeMobile), avec siège à Meyrin, a été inscrite au Registre du commerce du canton de Genève le 29 octobre 2012. Elle a repris les actifs et les passifs de Callventure suite à leur fusion du 30 mai 2014. Elle a pour but les prestations, services et conseils dans le domaine de la télécommunication et de l'informatique, le déploiement de réseaux et d'infrastructures de télécommunications ainsi que leur exploitation, les opérations financières et commerciales liées à la télécommunication ainsi que les activités de consultant. WeMobile s'est annoncée le 17 août 2007 auprès de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) comme fournisseur de services de télécommunication. Elle figure sur la liste des blocs de numéros E.164 attribués par cette autorité.

**A.c** La société Swisscom (Suisse) SA (Swisscom), avec siège à Ittigen, a été inscrite le 9 décembre 1997 au Registre du commerce du canton de Berne. Elle a pour but la prestation de services de télécommunication et de radio, de services informatiques et de conseil ainsi que la distribution de produits pour les systèmes d'information de technologies apparentées. Swisscom s'est annoncée le 8 mai 2002 auprès de l'OFCOM comme fournisseur de services de télécommunication. Elle figure sur la liste des blocs de numéros E.164 attribués par cette autorité.

**A.d** La société 4 F COM a son siège à Saint-Priest en France et a été immatriculée le 11 mars 2010 au Greffe du Tribunal de commerce de Lyon. Elle ne figure ni sur la liste de l'OFCOM comme personne s'étant annoncée en tant que fournisseur de services de télécommunication ni sur celle des blocs de numéros E.164 attribués par cette autorité.

**A.e** La société Switch technology S.A. (Switch), avec siège à Épalinges, a été inscrite le 27 mars 1996 au Registre du commerce du canton de Vaud. Elle a pour but le développement et la commercialisation de nouvelles technologies destinées au marché de l'immobilier, la mise en œuvre de projets de construction, à l'exclusion de toute acquisition immobilière sous quelque forme que ce soit en Suisse et la gestion, la location et le courtage de biens immobiliers de tous types. La société exerce également son activité

comme entreprise générale dans la planification et l'exécution de constructions neuves et de rénovation. Elle agit pour le compte d'autrui dans la gestion de projets ainsi que dans le conseil et l'assistance pour l'achèvement et le développement d'affaires à caractère financier. La société a également pour but le développement et la commercialisation de nouvelles technologies dans les domaines de la sécurité informatique, cryptage et décryptage des données, biométrie et autres applications destinées aux marchés publics et privés ; des solutions destinées au marché de l'immobilier et à la mise en œuvre de projets de construction. Switch ne figure ni sur la liste de l'OFCOM comme personne s'étant annoncée en tant que fournisseur de services de télécommunication ni sur celle des blocs de numéros E.164 attribués.

## **B. La requête de Callventure du 13 mars 2012 et la première procédure devant la ComCom**

**B.a** Le 13 mars 2012, Callventure (la requérante) a déposé une requête auprès de la Commission fédérale de la communication (la ComCom) à l'encontre de Swisscom (l'intimée), concluant principalement à ce qu'il lui soit accordé la possibilité de facturer des prestations de transit à un montant de 0.0134 franc par appel et de 0.0163 franc par minute lorsqu'elles sont consommées par l'intimée, à ce qu'elle soit indemnisée et dédommée pour les dommages encourus et le manque à gagner subis à ce jour, s'élevant selon ses estimations à 1 750 000 francs, et à ce qu'il soit accordé, rétroactivement, la possibilité aux fournisseurs interconnectés avec l'intimée de récupérer les revenus générés par les prestations de transit fournies à cette dernière les cinq dernières années. Subsidiairement, la requérante a conclu à ce qu'il soit requis de l'intimée les statistiques relatives aux appels issus des services de transit, y compris les appels terminés sur le réseau Swisscom Mobile pour l'année 2011, et à ce qu'il soit ordonné à l'intimée d'informer chaque fournisseur de la possibilité d'intégrer séparément au contrat d'interconnexion leurs tarifs de transit.

Le 18 avril 2012, Swisscom s'est déterminée sur la requête concluant à son rejet total, dans la mesure de sa recevabilité.

Le 31 mai 2012, Callventure a modifié ses conclusions, requérant que le prix à payer par l'intimée soit fixé à 0.0134 franc par appel et à 0.0163 franc par minute pour ses prestations de transit de terminaison ainsi qu'à 0.005 franc par appel et 0.007 franc par minute pour ses prestations de transit pour l'accès, le tout sous suite de frais. En outre, la requérante a produit un contrat signé le 12 juillet 2011 avec 4 F COM. Elle a précisé qu'il était

prévu que cette société commande des blocs de numéros auprès de l'OFCOM et les implémente chez elle.

**B.b** Par décision du 20 décembre 2012, la ComCom a déclaré la requête de Callventure irrecevable et a réparti les frais de procédure par moitié entre les parties. N'ayant pas été attaquée par les parties, la décision est entrée en force.

En substance, la ComCom a retenu que le service commandé par 4 F COM était censé être fourni par la requérante à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2011 mais que l'OFCOM n'avait pas encore attribué de bloc de numéros à ladite société ni même reçu de demande d'attribution de sa part. Elle a précisé que la relation contractuelle entre la requérante et 4 F COM n'était pas constitutive d'un accord d'interconnexion mais qu'il n'était question que de l'hébergement de blocs de numéros de 4 F COM par la requérante et de leur implémentation dans le réseau de cette dernière. Elle a ajouté que la transmission d'une communication de Swisscom vers 4 F COM ne relèverait donc pas d'une prestation de transit de terminaison fournie par la requérante mais équivaldrait à une simple terminaison d'appel dans le réseau de cette dernière. Elle en a conclu que la requérante n'avait pas démontré être en mesure de fournir, immédiatement ou même dans un proche avenir, des prestations de transit à l'intimée, que le cas restait purement théorique et hypothétique et que, partant, la requérante ne pouvait pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection actuel. Elle a finalement indiqué que si Swisscom devait se trouver ultérieurement dans la situation de devoir acheter des prestations de transit de la requérante, les prix de ces prestations devraient être alors négociés par les parties et, à défaut d'accord dans un délai de 3 mois, Swisscom aurait la possibilité de contester les prix offerts par Callventure en saisissant la ComCom.

**C.**

Le 5 juin 2013, Callventure, représentée par A.\_\_\_\_\_, associé gérant avec signature individuelle, a conclu avec Switch, par "B.\_\_\_\_\_", non inscrit au registre du commerce en relation avec Switch, un contrat intitulé « Reciprocal Carrier Service Agreement ». Bien que la qualité de ce dernier comme représentant de Switch ne soit pas contestée par les parties, aucune procuration ne figure au dossier attestant de ses pouvoirs de représentation.

## **D. La requête de WeMobile du 30 juillet 2014 et la deuxième procédure devant la ComCom**

**D.a** Le 30 juillet 2014, WeMobile (la requérante) a déposé une requête (en français) auprès de la ComCom à l'encontre de Swisscom (l'intimée), concluant, avec suite de frais et dépens, à son admission et à ce que l'intimée soit condamnée à lui payer les prestations de transit facturées par elle jusqu'au jour de ladite requête, ainsi que, principalement, à ce que les tarifs pour ses prestations de transit soient fixés à 0.0134 franc par appel et à 0.0163 franc par minute pour le transit de terminaison et à 0.005 franc par appel et 0.007 franc par minute pour le transit pour l'accès ou, subsidiairement, à ce que la ComCom fixe les conditions de la perception des prestations de transit par l'intimée d'elle-même selon les principes usuels du marché et du secteur en question.

**D.a.a** Dans sa requête, WeMobile précise que, depuis le 5 juin 2013, le tiers fournisseur de services de télécommunication (FST) Switch est implémenté chez elle, que ce FST est au bénéfice de ses propres blocs de numéros E.164 attribués par l'OFCOM, que Swisscom ne dispose d'aucune interconnexion directe avec Switch et que, partant, elle est contrainte d'acheminer ses appels par l'interconnexion avec la requérante et, ainsi, de recourir à ses prestations de transit.

WeMobile ajoute qu'il ressort du manuel de numérotation « Interkonnektion Handbuch Nummerierung » de Swisscom, valable dès le 1<sup>er</sup> août 2014, qu'elle intervient dans l'interconnexion entre cette dernière et Switch, qu'elle est désignée dans ce contexte comme « second party » et que cette dénomination est utilisée par Swisscom pour désigner le fournisseur de services de télécommunication qui assure la capacité de communication entre un de ses clients et un client d'un FST tiers qui n'est pas directement interconnecté à elle. Selon la requérante, si Swisscom devait prétendre ne pas acquérir de prestations de transit de la société qu'elle nomme « second party », tout en affirmant dépendre de cette dernière pour assurer l'interconnexion, cette position serait contradictoire.

**D.a.b** En outre, la requérante soutient qu'elle fournit, depuis le mois de juillet 2013, des prestations de transit à Swisscom et qu'elle lui a facturé ses services. Elle ajoute que Swisscom a réglé sa première facture du mois de juillet 2013 s'élevant à 8.98 francs, TVA inclus, mais que, par la suite, cette dernière s'est opposée par courriers aux factures qu'elle lui adressait. La requérante précise qu'elle s'est adressée à Swisscom par courriel du 20 mai 2014 pour savoir quand cette dernière envisageait de soumettre le cas à l'autorité compétente et que celle-ci lui a répondu par courriel du 2 juin

2014 qu'elle n'avait aucune intention de saisir une autorité, raison pour laquelle elle a elle-même saisi la ComCom le 30 juillet 2014.

**D.a.c** Enfin, WeMobile explique qu'au vu du désaccord existant entre elle et Swisscom sur les tarifs des prestations de transit qu'elle lui offre, elle a un intérêt digne de protection à ce que la ComCom, compétente en la matière, fixe ceux-ci et que, par conséquent, sa requête est recevable. Sur le fond, elle ajoute que l'obligation d'interopérabilité peut être assurée par une interconnexion directe ou indirecte et que si l'intimée devait être confortée dans son refus de payer les frais de transit de FST intermédiaires, cela impliquerait que les services de transit demeureraient non-rentables et ne seraient jamais proposés par d'autres FST que l'intimée. Selon la requérante, ces derniers seraient alors privés d'offres potentiellement plus favorables pour l'interconnexion avec Swisscom. Finalement, elle est d'avis que, pour éviter que des FST favorisent l'option d'interconnexion indirecte avec Swisscom, cette dernière devrait accorder à ceux-ci des conditions d'interconnexion directe plus favorables.

**D.b** Suite à la requête de Swisscom du 14 août 2014 et avec l'accord de WeMobile, l'OFCOM lui a fait parvenir le 20 août 2014 une copie caviardée du contrat conclu le 5 juin 2013 entre les sociétés Switch et Callventure.

**D.c** Dans sa réponse (en allemand) du 12 septembre 2014, Swisscom a conclu, sous suite de frais à la charge de la WeMobile, principalement au rejet total de la requête, dans la mesure de sa recevabilité ; subsidiairement, à ce que son obligation soit limitée à la perception du service de transit de terminaison de la requérante et que cette perception soit limitée aux appels de ses clients finaux à la requérante. Pour ce service de transit de terminaison de la requérante, elle a conclu à ce que les prix soient fixés à 0.96 centime par appel et 1.18 centime par minute pour le tarif des heures de pointe ainsi qu'à 0.48 centime par appel et 0.59 centime par minute pour le tarif des heures creuses (0.0096, 0.0118, 0.0048, 0.0059 franc) et que, pour le cas où elle devrait elle-même modifier ses tarifs pour ses services de transit de terminaison, ces tarifs soient alors également valables pour le service de transit de terminaison de la requérante. Sub-subsidiairement, l'intimée a conclu à ce que son obligation de percevoir le transit pour l'accès de la requérante soit limitée aux appels de ses propres clients finaux à la requérante. Pour ce service de transit pour l'accès de la requérante, elle a conclu à ce que les tarifs soient fixés à 0.40 centime par appel et 0.27 centime par minute pour le tarif des heures de pointe ainsi qu'à 0.20 centime par appel et 0.13 centime par minute pour le tarif des heures creuses (0.004, 0.0027, 0.002, 0.0013 franc) et que, pour le cas où elle devrait elle-

même modifier ses tarifs pour ses services de transit pour l'accès, ces tarifs soient alors également valables pour le service de transit pour l'accès de la requérante.

**D.c.a** Tout d'abord, Swisscom soutient essentiellement que la ComCom n'est pas compétente pour connaître de la conclusion de la requérante en paiement des prestations de transit que celle-ci lui a facturées jusqu'au jour de la requête mais que c'est le juge civil qui serait compétent pour le faire, si une base contractuelle devait exister entre les parties, ce qu'elle conteste.

**D.c.b** Ensuite, Swisscom fait valoir que l'unique point de désaccord entre les parties est le service d'interconnexion de transit de terminaison de la requérante, que l'objet de la procédure ne porte que sur ce service et que les conclusions de la requérante relatives au transit pour l'accès doivent donc être déclarées irrecevables.

**D.c.c** Pour éviter les frais de transit et ne pas payer plus que pour une terminaison fixe dont les prix sont exclusivement réciproques et réglementés, l'intimée explique qu'elle cherche toujours à avoir une interconnexion directe avec chaque FST. Elle affirme que, si un FST préfère une interconnexion indirecte avec elle, elle ne s'y oppose pas mais n'est pas prête à supporter les coûts supplémentaires qui en résultent, tels que les coûts de transit, et se limite à payer le tarif de terminaison. Les FST sont informés de cette position lors des négociations contractuelles et peuvent choisir en connaissance de cause. Swisscom soutient que sa pratique sert également à protéger ses propres partenaires contractuels qui font usage de ses services de transit car ceux-ci, bien qu'ils aient la possibilité d'influencer le premier transit sur son propre réseau par le contrat d'interconnexion, n'ont ensuite aucune influence sur le parcours d'une conversation établie sur leur réseau. Pour Swisscom, la question litigieuse est la qualification du service que la requérante souhaite lui imposer et comment celui-ci doit être dédommagé.

Par ailleurs, Swisscom met en doute le modèle commercial de WeMobile. Elle a l'impression que celle-ci essaie de générer des revenus grâce à des services de transit que le FST primaire ne peut pas contrôler. L'intimée relève que des offres concrètes de services de télécommunication de la requérante et de Switch ne sont pas connues et que les sites Internet de ces deux sociétés sont depuis longtemps en construction.

Swisscom ajoute que, même si elle devait être obligée d'utiliser le service de transit de terminaison de la requérante, il n'y aurait pas de place pour une fixation des tarifs par la ComCom, vu que la requérante a accepté que, dans un tel cas, les conditions ne seraient pas plus défavorables que celles que l'intimée lui offre. Partant, selon Swisscom, la requête doit être déclarée irrecevable.

**D.c.d** Concernant sa conclusion subsidiaire et, mutatis mutandis sa conclusion sub-subsidiaire, Swisscom avance que si elle devait être obligée de transférer les appels de clients finaux de FST tiers, transitant par son propre réseau, sur le réseau de la requérante à destination d'un autre FST, les frais d'appels à destination de numéros pour lesquels plusieurs transits devraient être payés augmenteraient massivement, alors que les prix baissent fortement dans ce domaine. Selon l'intimée, un scénario d'encaissement multiple de frais de transit serait unique en Europe.

**D.c.e** Finalement, s'agissant des tarifs avancés dans ses conclusions subsidiaire et sub-subsidiaire, Swisscom invoque qu'elle a régulièrement remis à la requérante son manuel de prix et que cette dernière l'a accepté à chaque fois, que les prix requis par la requérante sont nettement plus élevés que ceux qu'elle lui facture et que si la ComCom devait se considérer compétente pour fixer les tarifs des services de transit de la requérante, elle devrait les fixer aux mêmes montants que ceux que l'intimée facture à celle-ci.

**D.d** Dans sa réplique (en français) du 15 octobre 2014, WeMobile a confirmé sa requête du 30 juillet 2014 et l'a précisée. Dans sa duplique (en allemand) du 12 novembre 2014, Swisscom a confirmé sa réponse du 12 septembre 2014 et l'a précisée. Le 15 décembre 2014, WeMobile a fait parvenir à l'OFCOM une prise de position spontanée sur la duplique de Swisscom, confirmant sa requête et sa réplique.

**D.e** Du 12 au 29 mai 2015, l'OFCOM a procédé à une enquête auprès de 41 entreprises concernées dans le but de déterminer les prix offerts sur le marché des prestations de transit pour la téléphonie vocale en Suisse. 30 entreprises ont répondu à son enquête, parmi lesquelles les opérateurs les plus importants sur le marché ainsi que les parties à la présente procédure.

#### **D.f La décision en recours de la ComCom**

Par décision du 8 décembre 2015 rédigée en français, la ComCom a admis partiellement la requête, dans la mesure de sa recevabilité. Elle a fixé le

prix des prestations de transit de terminaison et de transit pour l'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. Elle a réparti les frais de la procédure par moitié entre les parties.

**D.f.a** Concernant la *recevabilité de la requête*, la ComCom confirme l'existence d'un désaccord entre les parties sur les prestations de transit de terminaison et d'accès de la requérante. S'agissant de l'intérêt digne de protection de WeMobile, la ComCom est d'avis que, contrairement au précédent contrat entre Callventure et 4 F COM, le contrat entre la requérante et Switch porte sur l'implémentation de cinq blocs de numéros que Switch s'est fait attribuer par l'OFCOM. Elle ne se penche pas sur la nature de ce contrat car elle considère que sa qualification n'est pas de sa compétence mais incombe au juge civil. Elle retient néanmoins qu'il apparaît que la requérante est aujourd'hui à tout le moins susceptible de fournir des prestations de transit à l'intimée et qu'ainsi, elle dispose d'un intérêt digne de protection à ce que la ComCom entre en matière sur la question des tarifs de ses prestations de transit au cas où elle fournirait effectivement de telles prestations à l'intimée. Sur ce vu, elle déclare recevable la conclusion de la requérante y relative. En revanche, la ComCom n'entre pas en matière sur la conclusion de la requérante tendant à la condamnation de l'intimée au paiement des prestations de transit facturées jusqu'au dépôt de sa requête et rappelle qu'il appartient au juge civil de statuer sur cette prétention, en fonction des prix qu'elle fixe dans le cadre de la présente décision.

**D.f.b** Sur le *fond du litige*, la ComCom considère que les prestations de transit pour l'accès et de terminaison relèvent de l'obligation d'interopérabilité prévue par la loi lorsque les partenaires d'interconnexion de l'intimée, respectivement de la requérante, n'ont pas établi d'autres relations d'interconnexion. Ensuite, concernant la multiplication des prestations de transit, la ComCom précise que le Conseil fédéral n'a pas prévu une limitation du nombre d'interconnexions indirectes entre les FST et qu'elle ne voit par ailleurs pas pour quelles raisons l'intimée fournirait unilatéralement des prestations de transit aux autres FST et pourrait se permettre de considérer celles que lui offrent ces autres fournisseurs dans des circonstances similaires seulement comme de simples prestations de terminaison.

S'agissant de la fixation des tarifs des prestations de transit de la requérante, la ComCom considère qu'il peut être raisonnablement admis que l'intimée couvre une grande partie du marché de transit pour l'accès et de

terminaison et que ses prix devraient tendre vers des prix moyens usuels au marché, bien qu'elle admette qu'aucune donnée de volume de transit fiable n'ait pu être recueillie.

Concernant les prix de transit de terminaison, la ComCom précise que, dans le détail, les structures de prix varient fortement et qu'un transit de terminaison peut partiellement diverger selon qu'il soit fixe ou mobile, ou même selon l'entreprise chez qui l'appel doit être terminé. Dans l'ensemble, il ressort que les prix négociés globalement sont significativement plus bas que les prix standards du manuel des prix de l'intimée.

La ComCom conclut que, s'agissant des prestations de transit pour l'accès, le tarif appliqué par l'intimée et consigné dans les versions successives de son manuel des prix doit être considéré comme usuel dans le secteur en question.

Concernant les prestations de transit de terminaison de la requérante, la ComCom estime que, vu que l'intimée s'est déclarée prête, le cas échéant, à rémunérer ces prestations au tarif qu'elle lui facture elle-même sur la base des prix consignés dans son manuel des prix pour ses propres prestations de transit de terminaison, il n'y a aucune raison de fixer ces tarifs d'autorité à un tarif inférieur correspondant aux prix usuels dans le secteur en question.

## **E. Le recours devant le Tribunal administratif fédéral**

**E.a** Par mémoire du 25 janvier 2016, Swisscom (la recourante) a déposé un recours rédigé en allemand auprès du Tribunal administratif fédéral (le Tribunal) contre la décision du 8 décembre 2015 de la ComCom (l'autorité inférieure).

**E.b** Par écriture du 12 février 2016, la recourante a déposé un mémoire de recours traduit en français. Elle précise en outre que le présent litige dispose d'un certain intérêt patrimonial puisque, si elle était obligée de recourir à des prestations de transit de WeMobile SA (l'intimée), elle devrait payer à celle-ci une indemnisation de transit en plus de la partie de terminaison non contestée. Elle précise que, si son obligation de recourir aux prestations de transit de l'intimée devait être limitée aux appels établis sur son réseau, le montant du litige s'élèverait à 10 francs pour l'année 2015 alors que, si cette obligation devait englober l'ensemble des appels acheminés par son propre réseau à celui de l'intimée, et donc également les connexions de transit en cascade, la valeur litigieuse s'élèverait à 50'000 francs pour l'année 2015.

**E.c** Dans son recours, la recourante conclut, le tout sous suite de frais, principalement à l'annulation de la décision du 8 décembre 2015 dans sa totalité et, subsidiairement, à ce que son obligation de souscription soit limitée au service de transit de terminaison de l'intimée et que cette souscription soit restreinte aux interconnexions avec l'intimée qui sont établies sur son réseau. A titre encore plus subsidiaire, la recourante conclut à ce que son obligation d'utiliser le service de transit pour l'accès de l'intimée soit limitée aux interconnexions de l'intimée qui se terminent dans son réseau. En outre, la recourante requiert le versement à la présente procédure des dossiers de la ComCom relatifs à la procédure d'interconnexion 5340-20/1000333091. L'argumentation de la recourante est en résumé la suivante.

**E.c.a** La recourante indique d'abord qu'elle fournit des services de transit de terminaison et de transit pour l'accès à l'intimée, conformément à leur contrat d'interconnexion, et que ces services ne font pas partie de l'objet du litige. Elle précise que le litige porte uniquement sur les services de transit de terminaison et pour l'accès qui lui sont offerts par l'intimée pour l'interconnecter avec Switch.

Cela étant, la recourante considère d'abord que l'autorité inférieure n'a pas établi les faits pertinents correctement : elle aurait dû examiner la question cruciale de savoir si l'intimée offre effectivement un service de transit à Switch et ne pouvait pas se contenter de retenir un intérêt juridiquement protégé sur la seule base de l'existence d'un contrat entre celles-ci, en renvoyant à la compétence du juge civil pour un examen plus en détail dudit contrat.

Par ailleurs, la recourante affirme que l'autorité inférieure a violé le principe de la primauté des négociations en fixant les tarifs pour le transit pour l'accès, malgré l'absence d'un désaccord consigné à ce sujet.

**E.c.b** La recourante allègue ensuite que l'analyse des appels acheminés à Switch par son propre réseau, via celui de l'intimée, soulève des questions sur la loyauté du modèle commercial de cette dernière. En outre, elle mentionne que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont rejeté les recours déposés par l'intimée contre plusieurs décisions de l'OFCOM concernant différentes ressources d'adressage et la surveillance. Selon la recourante, le comportement de l'intimée suscite des réserves.

**E.c.c** A l'appui de sa *conclusion principale*, la recourante fait valoir qu'elle ne souhaite pas utiliser les services de transit de l'intimée et que cette dernière admet qu'elle n'est soumise à aucune obligation d'y souscrire. Elle est d'avis que la condition préalable à la fixation des tarifs correspondants fait dès lors défaut et qu'il n'y avait donc pas lieu, pour l'autorité inférieure, de les fixer.

**E.c.d** Concernant ses *conclusions subsidiaire et sub-subsidiaire*, la recourante critique le fait que l'autorité inférieure a retenu que Switch respectait son obligation d'interopérabilité par le biais de son contrat avec l'intimée et n'avait pas besoin d'une interconnexion directe avec elle et que, partant, elle était dans l'obligation de tolérer un transit en cascade.

**E.d** Par écriture du 31 mars 2016, l'autorité inférieure a déposé sa réponse, confirmant pour l'essentiel sa décision et concluant au rejet du recours. Elle a produit le dossier de la cause ainsi que le dossier relatif à sa décision du 20 décembre 2012, tel que requis par la recourante.

**E.d.a** Concernant sa *compétence*, remise en cause par la recourante, l'autorité inférieure conteste avoir constaté de manière inexacte ou incomplète les faits pertinents. Elle fait valoir que l'intérêt digne de protection, dont devait pouvoir se prévaloir l'intimée en déposant sa requête, ne devait pas forcément être apprécié en fonction de la nature réelle des relations contractuelles entre l'intimée et Switch.

**E.d.b** Ensuite, l'autorité inférieure avance que, en considérant que la recourante pourrait être amenée à recourir à des prestations de transit de l'intimée et en fixant leurs tarifs, elle n'a pas violé les dispositions légales relatives à l'interopérabilité. Elle rappelle que l'obligation d'interconnexion aux fins d'assurer l'interopérabilité ne vise pas seulement un FST mais concerne tous les fournisseurs du service téléphonique public. S'agissant du transit en cascade, l'autorité inférieure affirme que l'interopérabilité peut être assurée par une interconnexion indirecte et que, partant, elle n'a pas violé le droit fédéral en ne limitant pas l'obligation de souscription de la recourante.

**E.d.c** Finalement, l'autorité inférieure renonce à se déterminer sur les allégués de la recourante relatifs à la loyauté du modèle commercial de l'intimée et aux décisions rendues à l'encontre de cette dernière par l'OFCOM et confirmées par le Tribunal fédéral, faute de pertinence avec l'objet du litige.

**E.e** Par écriture du 31 mars 2016, l'intimée a déposé des observations, concluant au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, avec suite de frais et dépens.

**E.e.a** L'intimée rappelle à titre liminaire que l'objet de la procédure de première instance et du présent recours porte sur la question de savoir si elle bénéficie d'un intérêt à ce que les tarifs pour ses prestations de transit soient fixés par l'autorité inférieure et, le cas échéant, quels sont les tarifs qui devraient alors s'appliquer. Elle précise que le litige ne porte pas sur la question de l'existence d'une obligation légale de la recourante d'utiliser ses prestations de transit.

**E.e.b** Concernant son intérêt à la fixation des tarifs pour ses prestations de transit, l'intimée évoque tout d'abord l'absence d'interconnexion directe entre la recourante et Switch. Elle avance que la recourante se contredit en reconnaissant que ses clients finaux peuvent joindre les clients finaux de Switch en passant par son réseau, tout en contestant qu'un tel acheminement implique la fourniture de prestations de transit par l'intimée. Elle fait valoir que la situation de fait existant dans la présente procédure n'est pas la même que celle qui prévalait lors de la procédure ayant abouti à la décision de l'autorité inférieure du 20 décembre 2012, raison pour laquelle cette dernière a rendu deux décisions différentes sur la même question.

**E.e.c** En outre, l'intimée rejette fermement les accusations exprimées par la recourante concernant son modèle commercial et soutient que celui-ci est standard. Finalement, elle fait valoir que les procédures devant l'OFCOM et le Tribunal fédéral la concernant sont dépourvues de pertinence dans la présente procédure.

**E.e.d** S'agissant de la fixation des tarifs de ses prestations de transit, l'intimée remarque que la recourante ne conteste pas les montants fixés par l'autorité inférieure dans la décision attaquée.

**E.f** Dans leurs écritures subséquentes, les parties ont confirmé pour l'essentiel leurs déterminations précédentes.

**E.g** Le Tribunal a ensuite signalé aux parties que l'échange d'écritures était clos, sous réserve d'autres mesures d'instruction.

## **F.**

Les autres faits et arguments pertinents des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

**Droit :****1.**

**1.1** La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (cf. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

**1.2** En vertu des articles 31 et 33 let. f LTAF – et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF –, le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA rendues par les commissions fédérales. La Commission fédérale de la communication est une commission fédérale au sens de la disposition précitée. L'acte attaqué du 8 décembre 2015, dans lequel l'autorité inférieure admet partiellement la requête de l'intimée, dans la mesure de sa recevabilité, et fixe le prix des prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès susceptibles d'être fournies par celle-ci à la recourante selon les tarifs prévus dans les versions successivement applicables du manuel des prix de cette dernière faisant partie intégrante du contrat conclu entre les parties le 15 décembre 2011, satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA et n'entre pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. Partant, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger du présent recours.

**1.3** La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant la destinataire de la décision attaquée, qui admet partiellement la requête de l'intimée, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA).

**1.4** Présenté dans le délai (cf. art. 50 al. 1 PA) et les formes (cf. art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi, le recours est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

**1.5**

**1.5.1** Le Tribunal administratif fédéral décide en principe avec une cognition illimitée. Conformément à l'art. 49 PA, il contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). Il constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués

(cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 2011, p. 300 ss.). Le Tribunal fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances techniques que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 134 III 193 consid. 4.4, 133 II 35 consid. 3, 131 II 13 consid. 3.4 ; ATAF 2013/32 consid. 2.1 non publié, 2010/19 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2846/2016 du 18 avril 2017 consid. 1.4.1 et les réf. cit.).

**1.5.2** L'autorité inférieure n'est pas une autorité administrative ordinaire mais une autorité indépendante de l'administration, collégiale, avec des compétences particulières. En tant qu'autorité spécialisée, elle agit dans un domaine extrêmement technique dans lequel il y a lieu de répondre à des questions particulières qui concernent tant les procédés de télécommunication que des considérations économiques se posant sur ce marché. La ComCom, tout comme l'OFCOM chargé de l'instruction de la procédure, disposent d'un savoir technique conséquent pour ce faire. Une certaine retenue de la part du Tribunal administratif fédéral est justifiée dans la mesure où il ne dispose pas lui-même de connaissances équivalentes. C'est pourquoi, la ComCom bénéficie d'un « pouvoir d'appréciation technique » propre. Dans ce cadre, une certaine liberté d'appréciation doit être laissée à l'autorité décisionnelle lors du jugement de questions particulièrement techniques, pour autant qu'elle ait examiné les éléments déterminants pour la décision et effectué les clarifications nécessaires avec soin et de manière complète (cf. ATF 135 II 296 consid. 4.4.3, 132 II 257 consid. 3.2, 131 II 680 consid. 2.3.2, 131 II 13 consid. 3.4 ; ATAF 2013/32 consid. 2.2 non publié, 2010/19 consid. 4.2 et 4.3, 2009/35 consid. 4 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-549/2014 du 18 janvier 2016 consid. 2). L'autorité inférieure doit cependant établir les faits d'office. Cette obligation est atténuée par le devoir de collaboration des parties (maxime inquisitoire ; cf. art. 12 et 13 PA ; ATAF 2013/32 consid. 3.4.2 ; AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, nos 409-411). Pour compenser cet important pouvoir d'appréciation, le Tribunal accorde un poids particulier au respect des règles de procédure lors de litiges en matière d'interconnexion, afin de garantir une décision la plus irréprochable possible sur le fond, grâce à un haut standard procédural (cf. ATF 132 II 257 consid. 3.3.5 ; arrêts du Tribunal fédéral 2A.586/2003 et 2A.610/2003 du 1<sup>er</sup> octobre 2004 consid. 3.5).

**2.**

L'objet du présent litige porte, d'une part, sur la question de savoir si l'autorité inférieure a vérifié correctement les conditions de recevabilité de la conclusion III de la requête du 30 juillet 2014 de l'intimée, visant la fixation des tarifs pour les prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès qu'elle allègue offrir à la recourante (cf. consid. 4) et, d'autre part, sur la question de l'existence d'une obligation à la charge de la recourante de souscrire aux éventuelles prestations de transit de l'intimée (cf. consid. 5). Toutefois, avant de procéder à l'analyse du bien-fondé de la décision attaquée, il sied de définir dans les grandes lignes le cadre normatif applicable (cf. consid. 3).

**3.**

**3.1** L'art. 3 let. e de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) définit l'interconnexion 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. En d'autres termes, l'interconnexion est la liaison de réseaux de télécommunication de différents fournisseurs. La définition de l'interconnexion 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 (cf. AMGWERT/SCHLAURI, *Telekommunikation*, in : *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, 2015, n° 6.116 ; CAVALERI RUDAZ, *L'accès aux réseaux de télécommunication et d'électricité*, 2010, p. 24 ; AMGWERT, *op. cit.*, n° 238 ; FISCHER/SIDLER, *Interkonnektion*, in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht*, volume V, partie 1, 2<sup>e</sup> éd., 2003, n° 171 ; FISCHER, *Das Interkonnektionsregime im schweizerischen Fernmelderecht*, in : *Le droit des télécommunications en mutation*, 2001, p. 169 à 171).

**3.2** Les prestations de transit font partie des prestations d'interconnexion offertes dans le domaine du service téléphonique public. Une telle prestation consiste pour le prestataire de l'interconnexion à faire transiter par son

réseau un appel provenant du réseau du demandeur de l'interconnexion au réseau d'un tiers non partie au contrat d'interconnexion (cf. CAVALERI RUDAZ, op. cit., p. 52 sv. ; AMGWERD, op. cit. n° 243 ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 115 et 116). Un transit existe lorsque l'exploitant du réseau de transit n'est identique ni avec l'exploitant du réseau de départ ni avec celui du réseau d'arrivée. Par contre, les exploitants du réseau de départ et d'arrivée peuvent être identiques. L'exploitant du réseau de départ peut choisir entre les offres de transit de différents prestataires, pour autant que plusieurs offres soient disponibles. Il existe deux sortes de prestations de transit (cf. ATAF 2010/20 consid. 6.1 ; Droit et politique de la concurrence en pratique de la Commission de la concurrence [DPC COMCO] 2001/2, avis du 10 avril 2001 en matière de procédure d'interconnexion MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG, p. 362 n<sup>os</sup> 15 à 19).

Lors du transit de terminaison (Transit Terminating Services [TTS]), l'exploitant du réseau de départ doit dédommager l'exploitant du réseau de transit pour le transit. Pour ce faire, l'exploitant du réseau de départ perçoit une rémunération de la part de ses clients pour toute la connexion et paie un dédommagement à l'exploitant du réseau de transit, lequel de son côté verse un montant pour la terminaison à l'exploitant du réseau d'arrivée comme rétribution pour l'établissement d'une connexion avec le client final. Le flux financier suit le sens de l'appel (cf. ATAF 2010/20 consid. 6.1).

Au contraire, lors du transit pour l'accès (Transit to Access Services [TAS]), le flux financier se déroule dans le sens inverse de l'appel téléphonique. En effet, l'exploitant du réseau d'arrivée offre des services (en particulier à travers des numéros de services à valeur ajoutée ou des numéros 0800) et a donc un intérêt à ce que ces services puissent être atteints. Il doit dédommager l'exploitant du réseau de transit pour le transit et payer un montant pour l'accès. L'exploitant du réseau de transit doit pour sa part verser ce montant à l'exploitant du réseau de départ. L'appelant est débiteur des frais pour la prestation fournie. Ceux-ci sont en général prélevés par l'exploitant du réseau de départ et versés à l'exploitant du réseau d'arrivée, offrant le service à valeur ajoutée, déduction faite des frais d'encaissement. Lors du transit pour l'accès, l'exploitant du réseau d'arrivée, offrant le service à valeur ajoutée, n'est pas le même que l'exploitant du réseau de départ (cf. ATAF 2010/20 consid. 6.1).

**3.3** L'art. 21a LTC prévoit que les fournisseurs de prestations relevant du service universel doivent assurer aux utilisateurs de ces prestations la possibilité de communiquer entre eux (interopérabilité ; al. 1). Les fournisseurs

tenus d'assurer l'interopérabilité doivent notamment pourvoir à l'interconnexion, même s'ils n'occupent pas une position dominante sur le marché. Les dispositions des articles 11 al. 4, 11a al. 1 et 3 et 11b LTC sont applicables aux accords et aux décisions relatives à l'interconnexion. Le Conseil fédéral peut imposer d'autres obligations aux fournisseurs tenus d'assurer l'interopérabilité (al. 3). Le service téléphonique public, c'est-à-dire la transmission de la parole en temps réel au moyen de techniques de télécommunication, y compris la transmission de données faisant appel à des débits compatibles avec les voies de transmission de la parole, ainsi que le raccordement et les services additionnels, fait notamment partie du service universel (cf. art. 16 al. 1 let. a LTC). L'art. 32 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST, RS 784.101.1) précise notamment qu'en vue d'assurer la capacité de communication entre les utilisateurs d'une prestation relevant du service universel, le fournisseur doit garantir l'interconnexion soit directement, soit indirectement (al. 1) et que la ComCom fixe les conditions de l'interconnexion selon les principes usuels du marché et du secteur en question (al. 3).

**3.4** L'art. 11a LTC dispose que si les fournisseurs n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la commission [fédérale de la communication], à la demande de l'une des parties, fixe les conditions de l'accès sur proposition de l'office [fédéral de la communication]. A cet égard, elle tient notamment compte des conditions propres à encourager une concurrence efficace ainsi que des effets de sa décision sur les sociétés concurrentes. Elle peut accorder une protection juridique à titre provisoire (al. 1). La commission rend sa décision dans un délai de sept mois à compter de la réception de la demande (al. 3). L'art. 11b LTC spécifie que tout litige portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'accès est jugé par les tribunaux civils.

#### **4.**

Il convient à présent, et tout d'abord, de déterminer si l'autorité inférieure a correctement vérifié les conditions de recevabilité de la conclusion III de la requête du 30 juillet 2014 de l'intimée, visant la fixation des tarifs pour les prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès qu'elle allègue offrir à la recourante.

Pour répondre à cette question préalable, il conviendra, dans un premier temps et compte tenu des griefs y afférents (cf. consid. 4.1), d'examiner si l'autorité inférieure aurait dû qualifier la nature juridique du contrat conclu entre Switch et l'intimée ainsi que contrôler si l'interconnexion entre ces

deux sociétés est techniquement réalisable, pour pouvoir retenir sa compétence ainsi qu'un intérêt digne de protection de l'intimée à l'admission de sa requête (cf. consid. 4.4). Dans un deuxième temps, il s'agira de vérifier au regard des griefs y afférents (cf. consid. 4.2) si l'autorité inférieure a, à juste titre, retenu l'existence d'un désaccord entre les parties concernant le transit pour l'accès (cf. consid. 4.5).

**4.1** Dans un **premier grief**, la recourante critique le fait que l'autorité inférieure ait expressément renoncé, en renvoyant à la compétence du juge civil, à examiner plus en détail le contrat conclu entre l'intimée et Switch et ait reconnu à l'intimée un intérêt juridiquement protégé uniquement sur la base de la conclusion d'un contrat, indépendamment de sa nature juridique.

**4.1.1** A cet égard, la recourante soutient que l'autorité inférieure a enfreint son obligation de vérifier d'office les conditions de recevabilité en renonçant à qualifier le contrat conclu entre l'intimée et Switch et en renvoyant à la compétence du juge civil, sans même considérer les doutes qu'elle a soulevés au sujet de cette qualification et du modèle commercial de l'intimée. Elle affirme que si les services fournis par l'intimée à Switch ne devaient pas être des services d'interconnexion et de transit, un intérêt juridiquement protégé suffisant et, partant, les conditions impératives de recevabilité feraient défaut. Elle avance que les tribunaux civils sont simplement compétents pour examiner les litiges portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'interconnexion et ajoute que le contrat entre l'intimée et Switch ne fait pas partie de l'objet du litige entre ces parties au contrat. La recourante fait ainsi valoir que la ComCom était compétente pour examiner si l'intimée offrait effectivement un service de transit à Switch. Selon elle, en n'examinant pas cette question, l'autorité inférieure n'a pas établi correctement les faits pertinents.

En outre, la recourante déplore le fait que l'intimée n'ait produit, en plus de son contrat avec Switch, ni une annexe relative à la technique, ni des informations concernant le processus de commande pour l'infrastructure, ni une description de l'interconnexion des réseaux. Elle précise que tous les appels qui sont acheminés à Switch par son réseau via celui de l'intimée ont été établis à l'étranger et ont duré une minute au maximum alors que, selon l'expérience, un appel dure en moyenne 3 à 4 minutes. Ainsi, la recourante met en doute que les services offerts par l'intimée à Switch constituent bien des services d'interconnexion et de transit. Elle se demande si les numéros de Switch sont effectivement raccordés par une intercon-

nexion physique au réseau de l'intimée ou si ceux-ci ne sont pas tout simplement implémentés directement dans le réseau de cette dernière. Elle fait valoir que, dans un tel cas, aucun service de transit ne lui serait offert par l'intimée, laquelle n'aurait donc aucune charge correspondante. Cette dernière ne bénéficierait alors pas d'un intérêt juridiquement protégé à ce que l'autorité inférieure fixe les tarifs de transit et sa requête aurait dû être déclarée irrecevable.

**4.1.2** L'intimée, quant à elle, fait tout d'abord valoir que la recevabilité de sa requête devant l'autorité inférieure ne dépendait pas d'un intérêt juridiquement protégé, mais qu'un intérêt digne de protection – pouvant être de simple fait – à la fixation de ses tarifs de transit suffisait. Ensuite, elle avance qu'un tel intérêt existe en l'espèce et ne dépend pas de la qualification juridique de son contrat avec la société Switch. Selon elle, le fait déterminant est qu'elle achemine des appels qui arrivent sur son réseau, via l'interconnexion dont elle dispose avec la recurante, sur le réseau de Switch. Elle soutient que ces opérations constituent des prestations de transit qui doivent être rémunérées, indépendamment de la nature de son contrat avec Switch.

L'intimée précise qu'elle n'a aucun contrôle sur la durée des appels émis, reçus ou passés en transit sur son réseau et que plusieurs facteurs peuvent influencer la durée moyenne d'un appel. Selon elle, des milliers d'appels ne durent que quelques secondes, tels que les appels émis et reçus par des sociétés de télémarketing. Elle précise que son modèle commercial est standard et qu'elle offre des prestations « Inbound » (mise à disposition de ressources d'adressage à des opérateurs tiers) et des prestations de transit similaires à celles offertes par la recurante. L'intimée ajoute qu'elle et Switch sont deux sociétés différentes avec deux réseaux distincts qui n'ont aucun lien, ni au niveau de leur actionariat et direction, ni au niveau de leur infrastructure. Elle précise que les blocs de numéros de Switch lui ont été attribués par l'OFCOM et que ces numéros ne sont pas directement implémentés dans son propre réseau.

**4.1.3** Pour sa part, l'autorité inférieure soutient que la question de l'intérêt digne de protection, dont devait pouvoir se prévaloir l'intimée en déposant sa demande d'interconnexion, est indépendante de la nature du contrat qui lie l'intimée et Switch et ne devait donc pas être apprécié en fonction de celle-ci. Selon elle, la qualification dudit contrat incombe au juge civil dans le cadre du litige qui oppose la recurante à l'intimée s'agissant du paiement des prestations d'interconnexion fournies et facturées par cette dernière à la recurante depuis le mois de juillet 2013. L'autorité inférieure

avance que le fait que ces relations soient susceptibles d'être qualifiées de contrat d'interconnexion par le juge civil compétent suffisait pour admettre un intérêt actuel digne de protection de l'intimée à la fixation des tarifs de ses prestations d'interconnexion fournies à la recourante pour le cas où celles-ci correspondraient à des services de transit. Elle précise que, contrairement à la précédente procédure ayant conduit à la décision d'irrecevabilité du 20 décembre 2012, elle a retenu que l'intimée disposait d'un intérêt digne de protection à la fixation des tarifs de ses prestations de transit, suite à la conclusion du contrat avec Switch, au cas où celles-ci devaient être considérées comme des prestations de transit. L'autorité inférieure estime qu'elle n'avait pas à déterminer si des prestations de transit étaient effectivement fournies par l'intimée à la recourante mais qu'il suffisait que cela puisse être le cas. Elle conclut qu'en n'examinant pas si l'intimée offre effectivement un service de transit à Switch, elle n'a pas constaté de manière inexacte ou incomplète les faits pertinents.

**4.2** Dans un **second grief**, la recourante fait valoir que l'autorité inférieure a violé le principe de la primauté des négociations contractuelles entre les parties en admettant sa compétence s'agissant du transit pour l'accès.

**4.2.1** En substance, la recourante fait valoir qu'elle doit organiser ses processus de manière efficace et que, pour cette raison, elle procède de sorte que des négociations contractuelles au sujet de services d'interconnexion ont comme résultat soit qu'un accord est trouvé et consigné dans un contrat liant les parties, soit qu'un désaccord est constaté sur un point spécifique, celui-ci étant ensuite listé séparément dans une annexe au contrat. Les points n'ayant pas du tout fait l'objet de négociations ne figurent ni dans le contrat, ni dans la liste des points de désaccord. Elle indique que les parties ont effectivement conclu un contrat d'interconnexion et qu'elles ont énuméré dans un document séparé les points sur lesquels elles n'étaient pas parvenues à un accord. Elle précise que le contrat ne règle aucun service de transit de l'intimée et que le seul désaccord mentionné expressément dans l'annexe « Änderung für die FDA zum Vertrag Interkonnektion », signée par les parties le 15 décembre 2011, porte sur le transit de terminaison et a été consigné en ces termes : « Les parties ne sont pas tombées d'accord sur la prise en compte d'un service de terminaison de transit du FST dans le contrat d'interconnexion. Le FST est de l'avis que son service de transit doit être un composant de l'accord d'interconnexion et qu'il a le droit d'exiger un tarif de transit. Swisscom ne serait toutefois pas obligée de percevoir effectivement ce service de transit auprès du FST. Swisscom est d'avis qu'elle n'est pas obligée et, pour cette raison, pas disposée à percevoir de la part du FST des prestations de transit réciproques. Comme

Swisscom n'est ni obligée ni disposée à percevoir un service de transit du FST, il est superflu de fixer le prix y relatif ». La recourante soutient que le transit pour l'accès n'a pas fait l'objet de négociations entre les parties, raison pour laquelle il ne figure ni dans le contrat ni dans la liste des points de désaccord. Selon la recourante, l'autorité inférieure a violé le principe de la primauté des négociations contractuelles entre les parties en admettant sa compétence pour trancher les modalités du transit pour l'accès.

**4.2.2** L'intimée argue, quant à elle, qu'elle a soumis à la recourante sa liste de tarifs pour ses prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès de manière formelle par lettre recommandée du 15 juillet 2013, en vue de faire débiter ses prestations de transit dès le mois d'août 2013, mais que la recourante les a refusés par courrier du 18 juillet 2013. Selon elle, il s'agit d'un désaccord suffisant pour fonder la compétence de l'autorité inférieure et il n'est pas nécessaire que celui-ci soit consigné séparément.

**4.2.3** Pour sa part, l'autorité inférieure admet qu'un désaccord n'a pas été consigné par les parties dans une annexe à leur contrat pour les tarifs d'éventuelles prestations de transit pour l'accès de l'intimée. Cependant, elle souligne qu'aucun accord n'a néanmoins été conclu par les parties à leur sujet. Elle précise qu'en l'absence d'accord entre les parties sur le tarif de ces prestations, elle disposait de la compétence pour les fixer. A défaut, l'intimée ne pourrait jamais faire valoir des circonstances nouvelles, telles que la conclusion d'un contrat avec Switch, pour demander que son contrat avec la recourante soit complété. Elle rappelle que la recourante est opposée aux tarifs des prestations de transit de l'intimée par principe, de sorte que l'intimée n'avait pas d'autres choix que d'introduire une procédure devant elle pour les fixer. Elle ajoute que le délai de négociation de trois mois a par ailleurs été respecté.

### **4.3**

**4.3.1** L'art. 11 al. 1 LTC prévoit une garantie de l'accès aux ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante sur le marché pour les autres fournisseurs de services de télécommunication. L'art. 11a LTC règle la procédure en cas de litiges en matière d'accès. Comme vu ci-dessus, l'art. 21a al. 3 LTC, relatif à l'interopérabilité, renvoie notamment à l'art. 11a al. 1 LTC. Partant, il se justifie de se rapporter mutatis mutandis à la jurisprudence et à la doctrine développées pour les litiges en matière d'accès afin d'examiner si l'autorité inférieure est entrée en matière à juste titre sur la conclusion III de la requête de l'intimée, visant la fixation des

tarifs pour ses prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès qu'elle allègue offrir à la recourante.

**4.3.2** Si les fournisseurs n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la commission, à la demande de l'une des parties, fixe les conditions de [l'interconnexion] sur proposition de l'office (cf. art 11a al. 1 LTC). Sa décision a un effet formateur de droit privé (cf. ATF 125 II 613 consid. 1d ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.503/2000 du 3 octobre 2001 consid. 2b ; ATAF 2013/32 consid. 5.4.1, 2012/8 consid. 4.4.1 ; Message du 10 juin 1996 concernant la révision de la loi sur les télécommunications [LTC], FF 1996 III 1361, 1384, [Message 1996 LTC] ; AMGWERD, op. cit., n° 428 ; VON ZEDTWITZ, *Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen*, 2007, p. 233 et les réf. cit.). Lorsque les parties se sont mises d'accord, l'autorité inférieure n'est pas compétente pour entrer en matière. L'intervention de l'autorité n'est prévue par la loi que subsidiairement, pour le cas où les parties ne peuvent pas se mettre d'accord dans un délai raisonnable (cf. ATF 132 II 257 consid. 2.2, 131 II 13 consid. 1.2, 127 II 132 consid. 1a, 125 II 613 consid. 1c ; ATAF 2013/32 consid. 5.4.1 ; Message 1996 LTC, 1384 ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 253). Le principe de la primauté des négociations découle de l'autonomie privée des parties (cf. Message du 12 novembre 2003 relatif à la modification de la loi sur les télécommunications [LTC], FF 2003 7245, 7258 et 7296, [Message 2003 LTC] ; AMGWERD/SCHLAURI, op. cit., n° 6.148). En outre, la ComCom ne bénéficie pas d'une fonction de surveillance allant au-delà de la fixation des conditions litigieuses de l'accès. De même, elle n'a pas à se préoccuper de l'exécution des conditions de l'accès résultant d'un accord ou d'une décision. Les litiges portant sur un accord ou sur une décision sur l'accès doivent au contraire être jugés par les tribunaux civils (cf. art. 11b LTC ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.503/2000 du 3 octobre 2001 consid. 2b ; ATAF 2013/32 consid. 5.4.1, 2012/8 consid. 4.4.1, 2010/19 consid. 9.3.5 et 10.2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7154/2008 du 18 février 2010 consid. 2.4 ; Message 1996 LTC, 1384). Ceux-ci sont notamment compétents lorsque, dans le cadre de négociations contractuelles, un accord a pu être trouvé sur une condition de l'accès mais que, par après, il s'avère qu'un désaccord existe entre les parties sur l'interprétation ou l'exécution de cet accord. La Commission de la communication n'est compétente que lorsque les parties, dans le cadre de leurs négociations contractuelles, ne se mettent pas d'accord et qu'un désaccord initial – patent ou latent – sur un élément essentiel ou secondaire au contrat subsiste. C'est uniquement dans ce cas qu'un litige en matière d'accès existe. En outre, la procédure devant la ComCom est introduite à la demande de l'une des parties pour un litige concret. Elle ne peut pas être introduite d'office par l'autorité. Celle-ci ne peut donc pas

intervenir de par elle-même dans un litige d'accès (cf. ATF 132 II 284 consid. 6.2 et les réf. cit. ; ATAF 2012/8 consid. 4.4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6019/2010 du 19 août 2011 consid. 7 ; AMGWERD, op. cit., n<sup>os</sup> 349 sv. et 459 ; FISCHER/SIDLER, op. cit., n<sup>o</sup> 175).

**4.3.3** Ni l'art. 11a LTC ni l'OST ne précisent quand un désaccord initial doit être retenu. Pour répondre à cette question, il faut notamment tenir compte que l'instance inférieure est une autorité spécialisée et qu'à ce titre, une compétence assez large lui revient par rapport à celle des tribunaux civils (cf. ATF 132 II 284 consid. 6.2 ; ATAF 2012/8 consid. 4.4.1 ; AMGWERD, op. cit., n<sup>os</sup> 459-461). Étant donné qu'en statuant sur l'existence ou non d'un désaccord initial, il est également statué sur la compétence ou non de l'autorité inférieure pour fixer les conditions d'accès litigieuses, l'on conçoit aisément que les exigences pour admettre un tel désaccord ne doivent pas être trop sévères (cf. ATAF 2012/8 consid. 4.4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5982/2010 du 16 février 2011 consid. 3.4.2 et 3.4.4). Par conséquent, un désaccord initial – patent ou latent – doit être admis lorsque, sur la base de toutes les circonstances du cas d'espèce, il ressort que les parties ne se seraient pas mises d'accord sur un élément essentiel ou secondaire du contrat. Partant, il n'est pas nécessaire que les parties aient consigné leur désaccord expressément par écrit (cf. ATF 132 II 257 consid. 7.3 ; ATAF 2013/32 consid. 5.4.1, 2012/8 consid. 4.4.1). Cela se justifie également car, dans le cas inverse, la partie la plus forte serait tentée d'empêcher la survenance d'une telle réserve. En cas d'un désaccord latent, celle-ci serait de toute façon exclue. Les partenaires doivent néanmoins d'abord avoir négocié pendant trois mois sur les points essentiels et secondaires du contrat, avant que la ComCom ne puisse intervenir à la demande de l'une des parties (cf. ATF 132 II 284 consid. 6.2 ; ATAF 2013/32 consid. 5.4.1, 2012/8 consid. 4.4.1, 2011/13 consid. 1.1 non publié ; Message 1996 LTC, 1384).

**4.4** Concernant le **premier grief** de la recourante, il convient d'examiner si l'autorité inférieure devait qualifier la nature juridique du contrat conclu entre Switch et l'intimée ainsi que contrôler si l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable, pour pouvoir retenir sa compétence ainsi qu'un intérêt digne de protection de l'intimée à l'admission de sa requête.

**4.4.1** Il sied de rappeler que les parties ont conclu un contrat d'interconnexion le 15 décembre 2011 et se sont mises d'accord sur les conditions de leur interconnexion directe ainsi que sur celles des prestations de transit

offertes par la recourante à l'intimée. Concernant ces prestations, l'autorité inférieure n'était donc pas compétente pour fixer leurs conditions.

En revanche, aucun accord n'a été conclu sur les conditions des prestations de transit que l'intimée allègue offrir à la recourante. Celle-ci admet que les appels établis sur son réseau doivent être transmis au réseau de l'intimée pour atteindre les clients de Switch. Cependant, elle évoque la possibilité que Switch et l'intimée aient conclu un contrat prévoyant l'hébergement des blocs de numéros de Switch et leur implémentation directement dans le réseau de l'intimée. Si c'est effectivement le cas, uniquement des prestations de terminaison et d'accès seraient offertes par l'intimée à la recourante et seule une interconnexion directe entre leur réseau serait nécessaire et suffisante pour atteindre les clients de Switch, à l'exclusion de toute interconnexion indirecte et de toute prestation de transit. Or, les conditions de l'interconnexion directe entre les parties sont réglées exhaustivement par leur contrat du 15 décembre 2011 et ne sont pas litigieuses. Partant, dans un tel cas, la ComCom aurait dû se déclarer incompétente pour entrer en matière sur la requête de l'intimée, faute de désaccord initial sur une offre d'interconnexion actuelle et non purement théorique.

Au contraire, si le contrat conclu entre Switch et l'intimée constitue un contrat d'interconnexion directe et que l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable, l'intimée serait alors concrètement en mesure d'offrir des prestations de transit de terminaison et de transit pour l'accès à la recourante pour l'interconnecter indirectement avec Switch. Or, vu que les parties ne se sont pas mises d'accord sur les conditions des prestations de transit de l'intimée dans leur contrat du 15 décembre 2011, un « litige en matière d'interconnexion » aurait alors pu et dû être constaté par la ComCom, fondant ainsi sa compétence pour entrer en matière sur la requête de l'intimée.

Partant, il ne suffit pas que l'intimée ait conclu un quelconque contrat avec Switch pour qu'elle soit en mesure de fournir des prestations de transit à la recourante. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un contrat d'interconnexion et que l'interconnexion entre ces deux sociétés soit techniquement réalisable. L'autorité inférieure devait donc non seulement qualifier juridiquement le contrat existant entre Switch et l'intimée mais également examiner d'office, à l'aide de la collaboration de l'intimée, si l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable. L'autorité inférieure ne pouvait pas laisser ces questions ouvertes et les renvoyer à la compétence du juge civil.

En effet, il y a lieu de distinguer l'offre concrète d'une prestation de transit de son utilisation effective. Le juge civil est compétent uniquement lorsqu'un litige naît entre les parties dans le deuxième cas de figure, soit concernant l'interprétation et l'exécution d'un contrat ou d'une décision d'interconnexion. Il examinerait alors si l'intimée fournit effectivement un service de transit à la recourante conformément au contrat conclu par les parties, respectivement à la décision rendue par l'autorité inférieure. Dans l'affirmative, il fixerait le montant dû par la recourante en fonction de l'ampleur des services de transit qu'elle a consommés et des tarifs convenus ou décidés par la ComCom. Dans ce registre, la durée d'une communication ne concerne pas l'offre d'une prestation de transit mais son utilisation effective. Tout litige à son sujet entre les parties serait du ressort du juge civil. L'autorité inférieure est, quant à elle, compétente pour entrer en matière sur une requête visant la fixation des conditions de l'interconnexion, en l'espèce de prestations de transit, dans la mesure où ces prestations *sont susceptibles* d'être fournies. Comme elle l'affirme, elle ne doit par contre pas examiner si des prestations de transit *sont effectivement fournies*.

Il est utile ici de rappeler que, dans sa décision du 20 décembre 2012, l'autorité inférieure avait qualifié la relation contractuelle entre la requérante Callventure et 4 F COM et avait retenu que celle-ci n'était pas constitutive d'un accord d'interconnexion car il n'était question que de l'hébergement de blocs de numéros de 4 F COM par la requérante et de leur implémentation dans le réseau de cette dernière. Elle avait précisé que la transmission d'une communication de l'intimée vers 4 F COM ne relèverait donc pas d'une prestation de transit fournie par Callventure mais équivaldrait à une simple terminaison d'appel dans le réseau de cette dernière. Le Tribunal ne comprend ainsi guère pourquoi, dans sa décision du 8 décembre 2015, l'autorité inférieure renvoie, cette fois, l'examen de la nature juridique du contrat entre l'intimée et Switch à la compétence du juge civil, ni pourquoi elle retient que l'intimée est susceptible de fournir des prestations de transit à la recourante, simplement sur le vu que ledit contrat porte sur l'implémentation de cinq blocs de numéros que Switch s'est fait attribuer par l'OFCOM, contrairement au contrat conclu précédemment avec l'entreprise 4 F COM.

**4.4.2** De même, en l'absence de contrat d'interconnexion entre Switch et l'intimée et si les réseaux téléphoniques de ces sociétés ne sont pas connectés physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, l'intimée ne disposerait pas d'un intérêt digne de protection à ce que les tarifs d'une

prestation qu'elle n'est pas en mesure de fournir soient fixés. En effet, elle ne serait pas touchée dans une mesure et avec une intensité plus grande que les autres FST qui n'offrent pas non plus des prestations de transit à la recourante et qui n'ont, dès lors, aucun intérêt à ce que les tarifs de telles prestations soient fixés. Dans un tel cas, la qualité de partie aurait dû être refusée à l'intimée, à l'instar de ce que l'autorité inférieure avait retenu dans sa décision du 20 décembre 2012. Dans le cas contraire, l'intimée serait en mesure de fournir des prestations de transit à la recourante et disposerait donc d'un intérêt digne de protection à saisir l'autorité inférieure pour que celle-ci fixe les conditions de ces prestations.

Partant, l'autorité inférieure aurait dû qualifier la nature juridique du contrat conclu entre Switch et l'intimée ainsi qu'établir si les réseaux téléphoniques de ces deux sociétés sont connectés physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, afin de déterminer la qualité de partie de l'intimée dans la procédure de première instance.

**4.4.3** Sur le vu de ce qui précède, il appert que la décision attaquée est entachée d'un vice de procédure, en ce sens que les faits, permettant de vérifier si les conditions de recevabilité de la conclusion III de la requête de l'intimée sont remplies, ont été constatés de manière incomplète par l'autorité inférieure à l'appui de sa compétence et de la qualité de partie de l'intimée.

Le recours doit être admis sur ce point et la présente affaire renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle qualifie, à titre préjudiciel et en tant qu'autorité de première instance spécialisée en matière de télécommunications, la nature juridique du contrat liant Switch à l'intimée et, le cas échéant, pour qu'elle vérifie si les réseaux téléphoniques de ces deux sociétés sont connectés physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement grâce à des systèmes logiques et à des techniques de télécommunication, de sorte que l'intimée est en mesure d'offrir à la recourante des prestations de transit.

**4.4.4** Cette solution se justifie d'autant plus que l'autorité inférieure est une autorité spécialisée, agissant dans un domaine extrêmement technique et dispose d'un savoir conséquent en matière de télécommunication. Elle est ainsi plus à même qu'un tribunal de droit civil de qualifier correctement la nature juridique du contrat existant entre Switch et l'intimée et de vérifier si l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable. De même, le Tribunal n'a pas à se substituer à l'autorité inférieure. Cette dernière se doit donc d'examiner les éléments déterminants pour la décision

et d'effectuer les clarifications nécessaires concernant l'état de fait avec soin et de manière complète (cf. consid.1.5.2).

**4.5** Par économie de procédure et vu que les parties ont suffisamment pu s'exprimer sur celui-ci, il convient de traiter également le **second grief** de la recourante dans la mesure utile à la nouvelle décision que devra rendre l'autorité inférieure. Cependant, ce n'est que si l'autorité inférieure arrive à la conclusion que l'intimée est effectivement en mesure d'offrir à la recourante des prestations de transit, que la question de l'existence d'un désaccord quant au transit pour l'accès est pertinente. En effet, si l'intimée n'est pas en état de fournir un tel service, un désaccord au sujet de ses conditions serait purement théorique. Sous cette réserve, il s'agit dès lors de vérifier si l'autorité inférieure a, à juste titre, retenu l'existence d'un désaccord entre les parties concernant le transit pour l'accès.

**4.5.1** En l'espèce, l'intimée a remis à la recourante, par courrier du 15 juillet 2013, la liste de ses tarifs applicables pour ses prestations de transit. Par courrier du 18 juillet 2013, la recourante a répondu qu'elle n'était pas prête à utiliser les services de transit de l'intimée, raison pour laquelle elle n'en acceptait pas les tarifs. La réponse négative de la recourante porte tant sur les tarifs de transit de terminaison que sur ceux de transit pour l'accès de l'intimée. Elle suffit pour retenir un désaccord entre les parties sur les conditions de l'interconnexion concernant ces deux sortes de transit. Comme vu ci-dessus, et contrairement à ce que soutient la recourante, il n'y a pas besoin que le désaccord, portant sur les conditions du transit pour l'accès de l'intimée, ait été consigné dans l'annexe au contrat, prévue à cet effet. Par ailleurs, les négociations contractuelles ont duré plus de trois mois. Il s'ensuit que l'autorité inférieure n'a 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 du transit de terminaison que sur celles du transit pour l'accès.

**4.5.2** Sur le vu de ce qui précède, l'autorité inférieure a à juste titre retenu l'existence d'un litige entre les parties en matière de transit. La recevabilité de la requête dépend donc uniquement de l'établissement complet des faits pertinents, conformément aux prescriptions du considérant 4.4.

## **5.**

Par économie de procédure également et dans la mesure où les parties ont suffisamment pu s'exprimer sur la question, il convient encore d'examiner, dans la mesure qui sera indiquée dans les considérants qui suivent, si

l'autorité inférieure devait trancher la question de l'existence d'une obligation légale de la recourante de souscrire aux éventuelles prestations de transit de l'intimée avant d'en fixer les tarifs (cf. consid. 5.1) ; dans l'affirmative, si une telle obligation existe (cf. consid. 5.2), le cas échéant, quelle est l'étendue de celle-ci (cf. consid. 5.3.1) et, finalement, si l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante en ne statuant pas explicitement sur ses conclusions subsidiaires dans le dispositif de sa décision (cf. consid. 5.3.2).

**5.1** Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si l'autorité inférieure devait trancher la question de l'existence d'une obligation légale de la recourante de souscrire aux éventuelles prestations de transit de l'intimée avant d'en fixer les tarifs.

**5.1.1** La recourante est convaincue qu'une obligation de percevoir les services de transit litigieux de l'intimée constitue un prérequis à la fixation des tarifs y relatifs et que l'autorité inférieure aurait donc dû se prononcer au préalable sur cette question et non se contenter de fixer lesdits tarifs. Elle critique le dispositif de la décision attaquée en ce sens qu'il contient uniquement la fixation des tarifs applicables mais ne comporte pas une obligation de souscription aux services de transit de l'intimée.

**5.1.2** L'intimée est d'avis que le litige ne porte pas sur la question de l'existence d'une obligation légale de la recourante de souscrire à ses prestations de transit mais uniquement sur les questions de savoir si elle dispose d'un intérêt à la fixation de tarifs pour ses prestations de transit et, le cas échéant, quels tarifs devraient s'appliquer. Elle précise qu'elle n'a pas demandé à la ComCom de contraindre la recourante d'acquiescer ses prestations de transit mais seulement de fixer les tarifs pour leur fourniture.

**5.1.3** L'autorité inférieure, quant à elle, relève que la recourante ne conteste pas son obligation légale d'acheminer les communications à destination ou en provenance de Switch, en vue de garantir l'interopérabilité. Elle souligne qu'en l'occurrence, cet acheminement semble être assuré au niveau technique via l'interface d'interconnexion entre la recourante et l'intimée. Dans sa duplique du 7 juillet 2016, l'autorité inférieure affirme qu'en rendant la décision attaquée, elle n'a pas imposé à la recourante, ni n'avait par conséquent à motiver, une obligation de souscription aux prestations de transit de l'intimée. Elle est d'avis qu'elle n'avait pas à se prononcer sur une telle obligation mais qu'elle devait uniquement statuer sur la tarification

des prestations litigieuses pour le cas où celles-ci devaient être considérées, par le juge civil, comme des prestations de transit et seraient fournies à la recourante par l'intimée.

**5.1.4** Comme vu ci-dessus (cf. consid. 4.3.1), il se justifie de se rapporter à la jurisprudence et à la doctrine développées concernant les litiges en matière d'accès pour déterminer si l'autorité inférieure devait trancher la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de la recourante de souscrire aux prestations de transit de l'intimée avant d'en fixer les conditions.

Dans les litiges en matière d'accès, la ComCom vérifie d'abord la recevabilité de la requête (cf. ATAF 2012/8 consid. 4 à 9 ; décision de la ComCom en l'affaire Sunrise Communications AG contre Swisscom (Schweiz) AG du 16 décembre 2016 consid. II.1, [décision ComCom 16.12.2016] ; décision de la ComCom en l'affaire Sunrise Communications AG contre Swisscom (Schweiz) AG du 8 décembre 2015 consid. II.1, [décision ComCom 08.12.2015]), puis, le cas échéant, analyse en détail si l'état de fait est couvert par les notions de ressources et de services prévues à l'art. 11 al. 1 let. a à f LTC et tombe dans le champ d'application de la réglementation en matière d'accès (cf. ATF 131 II 13 consid. 5 et 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.503/2000 du 3 octobre 2001 consid. 4c et 5 à 11 ; ATAF 2012/8 consid. 11 et 12, 2010/19 consid. 14.9, 2010/20 consid. 5.7 non publié). Ensuite, elle délimite le marché de produits en cause et le circonscrit géographiquement (cf. ATAF 2012/8 consid. 14 à 20, 2010/19 consid. 14.10, 2010/20 consid. 5.8 non publié et 6). Finalement, elle définit, après avoir consulté la Commission de la concurrence (cf. art. 11a al. 2 LTC ; ATF 131 II 13 consid. 1.2 et les réf. cit.), si la position sur le marché en question du fournisseur duquel l'accès est requis est dominante (cf. ATAF 2012/8 consid. 21 à 24, 2010/19 consid. 14.11 à 14.14, 2010/20 consid. 5.9 non publié ; décision ComCom 16.12.2016 consid. II.2 ; décision ComCom 08.12.2015 consid. II.2.1). Ce n'est qu'après avoir vérifié de manière circonstanciée si les conditions prévues par l'art. 11 LTC sont remplies, et que, partant le FST occupant une position dominante sur le marché en question est tenu de garantir au fournisseur requérant l'accès à ses ressources et services concernés (cf. ATF 131 II 13 consid. 2.4 ; ATAF 2012/8 consid. 25, 2010/19 consid. 14.7 ; décision ComCom 16.12.2016 consid. II.2 ; AMGWERD, op. cit., n<sup>os</sup> 190 et 224), que les conditions de l'interconnexion sont fixées (cf. ATF 132 II 257 consid. 2.4 ; ATAF 2012/8 consid. 26 à 29 ; décision ComCom 16.12.2016 consid. III). Par ailleurs, quand elle admet une requête d'accès, la Commission de la communication liste, dans le dispositif de sa décision, les ressources ou les services auxquels

le fournisseur requis est contraint d'octroyer l'accès avec les tarifs y relatifs (cf. décision ComCom 16.12.2016, p. 36-40 ; décision partielle de la ComCom en l'affaire COLT Telecom Services AG contre Swisscom (Schweiz) AG du 23 mai 2012, p. 16-17).

**5.1.5** Sur le vu de la jurisprudence susmentionnée, le Tribunal retient que la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de la recourante de souscrire aux prestations de transit de l'intimée devait être tranchée par l'autorité inférieure avant qu'elle ne fixe les conditions de ces prestations. En effet, pour les litiges en matière d'accès, l'autorité inférieure et, en cas de recours, le Tribunal administratif fédéral, ne fixent les conditions de l'accès qu'après avoir tranché la question de l'existence d'une obligation pour le fournisseur de services de télécommunication requis de garantir au fournisseur requérant l'accès à certaines de ses ressources et services. Le Tribunal ne voit pas de raison de s'écarter de la jurisprudence développée pour les litiges en matière d'accès dans la présente affaire. En effet, la fixation des conditions de prestations de transit, que l'intimée allègue offrir à la recourante, ne fait de sens que si la recourante est contrainte de les utiliser.

Un renvoi de l'affaire à l'instance précédente pour qu'elle tranche la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de la recourante de souscrire aux prestations de transit de l'intimée ne se justifierait pourtant pas. En effet, même si l'autorité inférieure soutient, dans sa duplique, qu'elle devait uniquement se prononcer sur la tarification des prestations d'interconnexion fournies par l'intimée, dans la motivation de la décision attaquée, elle se penche sur la question de l'obligation de souscription de la recourante avant de fixer les tarifs de ces prestations (décision de la ComCom en l'affaire WeMobile SA contre Swisscom (Suisse) SA du 8 décembre 2015, p. 6 sv.). Elle arrive à la conclusion que « (...) Switch Technology SA, à supposer que l'accord qui la lie à la requérante puisse être qualifié de contrat d'interconnexion, (...) remplirait pour sa part son obligation d'interopérabilité sans avoir besoin d'une interconnexion directe avec l'intimée [ici, la recourante], dans la mesure où la requérante [ici, l'intimée] est elle-même interconnectée avec cette dernière. Dans un tel cas, la seule possibilité d'assurer la capacité de communication entre un client de Switch Technology SA et un client de l'intimée devrait obligatoirement passer par l'utilisation des prestations de transit de la requérante. L'intimée ne saurait ainsi refuser, sans violer sa propre obligation d'interopérabilité, de faire appel à ces prestations pour le seul motif qu'elle donne à Switch Technology SA, comme à tout autre fournisseur de services de télécommunication, la possibilité de s'interconnecter directement avec elle. ». De même, dans sa

réponse du 31 mars 2016, l'autorité inférieure énumère les bases légales régissant l'interopérabilité et l'interconnexion et soutient que l'obligation de recourir à des prestations de transit en cas d'interconnexion indirecte incombe aux deux parties du contrat d'interconnexion. Sur le vu de ce qui précède, il convient de retenir que l'autorité inférieure, même si elle affirme le contraire dans sa duplique, a tranché à juste titre, dans la décision attaquée, la question de l'existence d'une obligation légale de la recourante de souscrire aux éventuelles prestations de transit de l'intimée avant d'en fixer les tarifs.

Par souci de clarté et de cohérence avec les décisions en matière d'accès, l'autorité inférieure aurait toutefois dû statuer sur ce point explicitement dans le dispositif de sa décision et non pas uniquement dans la motivation, malgré le fait que l'intimée ne l'ait pas explicitement demandé dans sa requête du 30 juillet 2014.

**5.2** Il s'agit dès lors de vérifier si, à supposer que l'accord qui lie l'intimée à Switch puisse être qualifié de contrat d'interconnexion et que l'interconnexion entre ces deux sociétés est techniquement réalisable (cf. consid. 4.4), l'autorité inférieure a eu raison de retenir que la recourante était obligée de souscrire aux prestations de transit de l'intimée.

**5.2.1** La recourante nie être obligée de souscrire à un éventuel service de transit de l'intimée. Elle fait valoir qu'il n'y a pas de base légale l'obligeant à percevoir les services litigieux, que l'intimée est du même avis qu'elle, et que ces services ne sont pas nécessaires pour remplir son obligation d'interopérabilité. Par ailleurs, la recourante expose qu'elle est d'accord de transmettre toutes les connexions traversant son réseau sur le réseau de l'intimée, indépendamment de leur origine, lorsque celles-ci sont destinées au réseau d'un FST qui dispose d'une interconnexion directe avec l'intimée ou qui n'est accessible que via une interconnexion indirecte passant par le réseau de l'intimée. La recourante précise qu'elle respecte son obligation d'interopérabilité avec Switch, puisqu'elle a implémenté les blocs de numéros de celle-ci dans son réseau, qui sont donc accessibles, et qu'elle achemine le trafic pour Switch et l'intimée dans le réseau de cette dernière. La recourante indique qu'elle traite et rémunère le service offert par l'intimée comme une terminaison dans le réseau de celle-ci et non comme un transit de terminaison. La recourante soutient que, faute d'obligation et de volonté de souscription de sa part aux prestations susmentionnées, une fixation des prix par la ComCom n'a aucun sens et que l'intimée ne dispose donc d'aucun intérêt à ce qu'elle soit effectuée dans le contrat les liant. La recourante considère qu'en fixant les tarifs malgré tout, l'autorité inférieure

lui impose de souscrire auxdits services et que, de cette manière, elle viole les dispositions relatives à l'interopérabilité.

En outre, la recourante avance que, si elle est obligée légalement d'offrir des services de transit aux autres FST, il n'existe pas une obligation légale de réciprocité la contraignant à y souscrire. Elle explique qu'elle est raccordée directement à de nombreux FST et qu'elle est donc prédestinée à offrir des services de transit. Elle précise qu'elle offre, dans un environnement concurrentiel, un service pouvant être utilisé lorsque celui-ci répond à un besoin d'un FST. Ainsi, tout FST peut – mais ne doit pas – remplir son obligation d'interopérabilité de façon simple et sans grands investissements, notamment sans devoir créer lui-même de nombreuses interfaces d'interconnexion. La recourante est d'avis que le seul fait qu'elle offre un service pour lequel il existe une forte demande ne peut pas servir de base pour l'obliger à souscrire elle-même à un tel service commercial de façon réciproque. Elle soutient que chaque FST est libre de percevoir le service qu'il souhaite de la part du FST qu'il veut afin de remplir son obligation d'interopérabilité. Elle conclut qu'en l'absence de base légale l'obligeant à percevoir les services litigieux, l'autorité inférieure ne pouvait pas fixer les tarifs y relatifs et qu'en le faisant, elle a violé le droit fédéral.

**5.2.2** Selon l'intimée, la recourante ne peut pas être confortée dans sa position selon laquelle elle remplirait son obligation d'interopérabilité en proposant à tout FST de s'interconnecter directement avec elle et que, si un FST préfère une interconnexion indirecte avec elle, comme c'est le cas pour Switch, ce ne serait pas à elle d'en supporter les coûts supplémentaires. L'intimée soutient qu'en refusant de payer les frais de transit du FST qui assure l'interconnexion indirecte, la recourante cherche à forcer tous les FST à s'interconnecter directement avec elle. Selon elle, cette situation est contraire au droit des télécommunications et potentiellement au droit de la concurrence. L'intimée fait valoir qu'en suivant la position de la recourante, il lui suffirait également d'offrir à tous les FST tiers la possibilité de s'interconnecter directement avec elle afin de ne pas payer les prestations de transit fournies par la recourante. Elle souligne que ce n'est pourtant pas le cas et que la recourante lui facture ses propres prestations de transit, malgré qu'elle n'ait en principe aucune obligation d'y souscrire.

L'intimée poursuit que Switch, tout comme la recourante et elle-même, est libre de s'interconnecter directement ou indirectement avec les autres FST. Elle indique que, pour des motifs qui lui sont propres et qui peuvent rester ouverts dans cette procédure, Switch a opté pour une interconnexion indirecte avec la recourante, via son réseau. Elle rappelle que la recourante

dispose de deux possibilités pour se conformer à son obligation d'interopérabilité avec Switch : soit elle établit une interconnexion directe avec Switch, soit elle établit une interconnexion directe avec un autre FST qui, lui, dispose d'une interconnexion directe avec Switch. Elle précise qu'en ce moment, la recourante n'est pas interconnectée directement avec Switch et que, par conséquent, la seule possibilité d'assurer la capacité de communication entre un client de Switch et un client de la recourante, est de transiter par son propre réseau et que ce point n'est pas contesté par la recourante. Ainsi, elle achemine des appels qui arrivent sur son réseau, via l'interconnexion dont elle dispose avec la recourante, sur le réseau de Switch. La recourante est contrainte d'utiliser ses prestations de transit et doit les rémunérer comme telles et non comme de simples terminaisons dans son réseau, faute de quoi elle viole son obligation d'interopérabilité. L'intimée soutient que la décision de l'autorité de première instance n'a pas créé à la charge de la recourante une obligation de souscription aux prestations de transit de l'intimée, mais qu'une telle obligation découle de l'obligation légale d'interopérabilité.

**5.2.3** L'autorité inférieure rappelle que tous les fournisseurs de prestations relevant du service universel, en particulier du service téléphonique public, doivent assurer aux utilisateurs de ces prestations la possibilité de communiquer entre eux (interopérabilité) et qu'ils doivent notamment pourvoir à l'interconnexion même s'ils n'occupent pas une position dominante sur le marché. L'autorité inférieure souligne que, si le contrat liant l'intimée à Switch est véritablement un contrat d'interconnexion, alors la recourante n'est pas libre de percevoir le service qu'elle souhaite pour remplir son obligation d'interopérabilité ni de traiter les services fournis par l'intimée comme de simples prestations d'accès ou de terminaison, mais doit les traiter comme des prestations de transit. Selon elle, l'obligation de s'interconnecter, et donc de recourir à des prestations de transit en cas d'interconnexion indirecte, s'impose aux deux parties du contrat d'interconnexion. Elle ne voit pas pourquoi la même situation de fait devrait conduire à des solutions différentes lorsque la recourante joue le rôle de fournisseur de transit et lorsque ce rôle incomberait à l'intimée. Elle estime qu'en considérant, le cas échéant, que la recourante pourrait être amenée à recourir à des prestations de transit de l'intimée et en fixant par conséquent les tarifs de celles-ci, elle n'a pas violé les dispositions légales relatives à l'interopérabilité.

**5.2.4** L'art. 92 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) prévoit notamment que la Confédération veille à ce qu'un service universel suffisant en matière de services postaux

et de télécommunications soit assuré à des prix raisonnables dans toutes les régions du pays. L'art. 1 al. 2 let. a et b LTC précise que la loi sur les télécommunications doit en particulier garantir qu'un service universel sûr et d'un prix abordable soit fourni à toutes les catégories de la population et dans tout le pays et assurer que le trafic des télécommunications ne soit pas perturbé. Quiconque fournit un service de télécommunication doit, sauf exceptions, l'annoncer à l'OFCOM (cf. art. 4 LTC et art. 3 OST). L'art. 21a al. 1 et 3 LTC prévoit, entre autres, que les fournisseurs de prestations relevant du service universel doivent assurer aux utilisateurs de ces prestations la possibilité de communiquer entre eux (interopérabilité) et qu'ils doivent pourvoir à l'interconnexion, même s'ils n'occupent pas une position dominante sur le marché. L'art. 32 al.1 OST précise notamment, qu'en vue d'assurer la capacité de communication entre les utilisateurs d'une prestation relevant du service universel, les fournisseurs doivent garantir l'interconnexion soit directement, soit indirectement.

L'obligation d'offrir l'interconnexion en vue de garantir l'interopérabilité a été rajoutée à l'époque au cours des délibérations parlementaires. Elle relève plus d'un souci de desserte de base que de la politique de la concurrence (cf. ATF 132 II 257 consid. 7.2, 125 II 613 consid. 1a ; Message 2003 LTC, 7264 ; AMGWERD, op. cit., n° 186). Elle est indépendante de la position dominante ou non des fournisseurs concernés. En comparaison avec l'obligation d'interconnexion prévue à l'art. 11 LTC, celle prévue à l'art. 21a LTC n'a pas pour but une amélioration des conditions de la concurrence mais poursuit des intérêts de politique d'approvisionnement (cf. ATF 132 II 257 consid. 3.3 et 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.503/2000 du 3 octobre 2001 consid. 5a ; CAVALERI RUDAZ, op. cit., p. 27 ss. ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 94 et 253 ; FISCHER/SIDLER, op. cit., n° 167 ; FISCHER, op. cit., p. 165). Avant l'entrée en vigueur de l'art. 21a LTC le 1<sup>er</sup> avril 2007, cette obligation était prévue à l'art. a11 al. 2 LTC. Elle fait désormais l'objet d'une disposition séparée et complétée au sein de la section traitant des obligations relatives à la fourniture de services spécifiques (cf. Message 2003 LTC, 7264 et 7272). L'obligation d'interconnexion s'impose à tous les fournisseurs de prestations relevant du service universel, soit le service de télécommunication de base. Elle comprend toutes les conditions nécessaires pour que des personnes puissent entrer en contact et échanger des informations de manière complète et compréhensible (cf. ATF 127 II 132 consid. 1, 125 II 613 consid. 1b ; CAVALERI RUDAZ, op. cit., p. 28 ; AMGWERD, op. cit., n° 185 ; FISCHER, op. cit., p. 177 ss.).

La LTC restreint la liberté de conclure un contrat et de choisir son partenaire, c'est-à-dire si et avec qui un contrat doit être conclu, en particulier

afin de garantir l'interopérabilité. Pour être soumis à une obligation de contracter, les deux conditions suivantes doivent être réunies : être un fournisseur de services de télécommunication et offrir une prestation relevant du service universel selon les art. 16 LTC et 15 OST, tel que le service téléphonique public (cf. ATF 132 II 257 consid. 7.2 ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 102, 105 et 249–252 ; AMGWERT/SCHLAURI, op. cit., n° 6.151 ; DPC COMCO 2006/4, avis du 20 novembre 2006 en matière de procédure d'interconnexion pour la terminaison de la téléphonie mobile, p. 741 n° 23, [DPC COMCO 2006/4]). Par exemple, la terminaison d'un appel dans un réseau de téléphonie mobile, laquelle est qualifiable de transmission de la parole en temps réel au moyen de techniques de télécommunication selon l'art. 16 al. 1 let. a LTC, constitue un service universel. Cela a pour conséquence que, en vue de garantir l'interopérabilité, les différents fournisseurs de terminaison ont une obligation de contracter entre eux (cf. VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 249 ss. ; DPC COMCO 2006/4, p. 741 n° 23). En contrepartie de la prestation de transit, le demandeur de la prestation d'interconnexion s'oblige à payer une rétribution pour celle-ci (cf. AMGWERT, op. cit., n° 365 ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 97 et 254). Le tarif des prestations est convenu par les parties ou, à défaut d'accord et sur demande d'une partie, par la Commission de la communication (cf. art. 21a al. 3 et art. 11a al. 1 LTC ; VON ZEDTWITZ, op. cit., p. 133 ss.).

**5.2.5** Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal constate que la loi prévoit une obligation d'interconnexion entre les fournisseurs du service téléphonique public. En l'espèce, la recourante et l'intimée figurent sur la liste de l'OFCOM comme personnes s'étant annoncées auprès de cette autorité en tant que fournisseur de services de télécommunication ainsi que sur la liste des blocs de numéros E.164 attribués par celle-ci. Elles fournissent une prestation relevant du service universel, soit le service téléphonique public, et sont donc soumises à une obligation de contracter entre elles afin de garantir l'interopérabilité.

Il ressort de la décision attaquée, et ce point n'est pas contesté par les parties, que Switch s'est fait attribuer cinq blocs de numéros par l'OFCOM. Pourtant, Switch ne figure actuellement ni sur la liste des blocs de numéros E.164 attribués par l'OFCOM, ni sur celle des personnes s'étant annoncées auprès de cette autorité en tant que fournisseur de services de télécommunication. Il n'apparaît ni de la décision attaquée ni des écritures des parties pour quelles raisons Switch ne se trouve pas sur ces listes de l'OFCOM, alors qu'elle est, sauf exception, obligée de s'annoncer si elle fournit un service de télécommunication. Par ailleurs son but indiqué au Registre du commerce ne semble pas non plus être en rapport avec la

fourniture d'un tel service. Il est donc peu clair si Switch constitue elle aussi un fournisseur de prestations relevant du service universel et si elle est donc soumise à une obligation d'interopérabilité.

Si Switch n'est en réalité pas un fournisseur de prestations relevant du service universel, la recourante ne serait alors pas contrainte de s'interconnecter avec elle. Dans le cas contraire, la recourante serait contrainte de s'interconnecter avec elle, soit directement soit indirectement. En effet, seuls de tels fournisseurs doivent pourvoir à l'interconnexion entre eux. Le cas échéant, la recourante et Switch devront, dans la mesure où elles disposent les deux d'une interconnexion directe avec l'intimée, conclure avec celle-ci un contrat d'interconnexion portant sur ses prestations de transit et réglant les conditions de l'interconnexion. Certes, la recourante est libre de s'interconnecter directement avec Switch pour satisfaire son obligation d'interopérabilité et éviter ainsi des frais de transit. Cependant, tant que ce n'est pas le cas, et pour autant que Switch soit un fournisseur du service téléphonique public disposant d'une interconnexion avec l'intimée, elle n'a pas d'autre choix que de faire transiter les appels par le réseau de l'intimée pour atteindre celui de Switch. De cette façon, l'interconnexion est garantie de manière indirecte et les clients du service téléphonique public de Switch et ceux de la recourante peuvent communiquer entre eux.

En résumé, il est peu clair si Switch constitue un fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public et est donc également soumise à l'obligation d'interopérabilité. Cette incertitude ne peut pas être levée par les explications données. Il convient dès lors de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure afin qu'elle détermine le cas échéant, en tant qu'autorité de première instance spécialisée en matière de télécommunications, si Switch constitue un tel fournisseur.

**5.3** Finalement, il demeure à examiner l'étendue de l'obligation de la recourante de souscrire aux prestations de transit de l'intimée, pour autant que celle-ci soit en mesure de les lui offrir (cf. consid. 4.4.3) et que celle-là soit contrainte d'y souscrire (cf. consid. 5.2.5), ainsi que de répondre à la question de savoir si l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante. En d'autres termes, il y aurait lieu de déterminer si l'obligation est limitée aux connexions qui sont établies, ou qui se terminent, sur son réseau ou si l'obligation comprend également les connexions établies par, ou qui se terminent, chez d'autres fournisseurs du service téléphonique public.

**5.3.1** Sur le vu du renvoi de la cause à l'autorité inférieure concernant la capacité de l'intimée d'offrir des prestations de transit à la recourante (cf. consid. 4.4.3) et l'existence d'une obligation de celle-ci d'y souscrire (cf. consid. 5.2.5), la question du transit en cascade est toutefois laissée ouverte dans le présent arrêt afin de ne pas statuer sur l'étendue d'une obligation pour l'heure théorique et qui dépend des réponses apportées par l'autorité inférieure aux questions précédentes renvoyées à son instance. En effet, il s'agit de ne pas porter un jugement prématuré sur une question importante sans avoir tous les éléments nécessaires pour ce faire.

**5.3.2** Cela étant, le Tribunal constate que l'autorité inférieure n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante en ne statuant pas explicitement sur ses conclusions subsidiaires dans le dispositif de sa décision, mais uniquement dans la motivation de celle-ci. En effet, en admettant dans le dispositif la conclusion III.b de la requête de l'intimée, sans la restreindre aux appels établis ou se terminant dans le réseau de la recourante, elle a rejeté les conclusions subsidiaires de la recourante contraires. Par ailleurs, l'autorité inférieure s'est déterminée, dans les motifs de sa décision, sur l'argumentation de la recourante concernant le transit en cascade et a expliqué les raisons pour lesquelles elle ne restreignait pas l'obligation de celle-ci dans le sens de ses conclusions subsidiaires. La recourante était donc en mesure de comprendre la décision de la ComCom et de l'attaquer en connaissance de cause. Le recours doit être rejeté sur ce point.

## 6.

En résumé, il convient de retenir ce qui suit.

*Premièrement*, il s'avère que la décision attaquée est entachée d'un vice de procédure, en ce sens que l'autorité inférieure n'a pas constaté de manière complète les faits permettant de vérifier si les conditions de recevabilité de la conclusion III de la requête de l'intimée sont remplies. En effet, elle aurait dû non seulement qualifier la nature juridique du contrat conclu entre Switch et l'intimée 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 l'intimée à l'admission de sa requête. Le recours doit être admis sur ce point et **la présente affaire renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle qualifie, à titre préjudiciel, le contrat liant Switch à l'intimée et, le cas échéant, pour qu'elle vérifie si les réseaux téléphoniques de ces deux sociétés sont connectés physiquement ensemble et intégrés fonctionnellement** grâce à des systèmes logiques et à des

techniques de télécommunication, de sorte que l'intimée est en mesure d'offrir à la recourante des prestations de transit (cf. consid. 4.4.3).

*Deuxièmement*, et à condition que l'intimée soit en mesure d'offrir à la recourante des prestations de transit, il convient de constater que **l'autorité inférieure n'a 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 du transit de terminaison que sur celles du transit pour l'accès (cf. consid. 4.5.2).

*Finalement*, et sous cette même réserve, il faut retenir que l'autorité inférieure aurait dû statuer sur la question de l'existence d'une obligation légale à la charge de la recourante de souscrire aux prestations de transit de l'intimée explicitement dans le dispositif de sa décision et non pas uniquement dans la motivation de celle-ci (cf. consid. 5.1.5) et qu'une telle obligation dépend, en l'espèce, de la qualité de Switch comme fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public. Cette qualité n'étant pas établie de manière univoque, il convient **de renvoyer la présente affaire à l'autorité inférieure également afin qu'elle détermine si Switch constitue un tel fournisseur** (cf. consid. 5.2.5). Sur le vu du renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour qu'elle éclaire les éléments susmentionnés, la **question du transit en cascade est laissée ouverte** afin de ne pas statuer sur l'étendue d'une obligation pour l'heure théorique et qui dépend des réponses apportées par l'autorité inférieure (cf. consid. 5.3.1). Enfin, il s'agit de constater que l'autorité inférieure n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante en ne statuant pas explicitement sur les conclusions subsidiaires de celle-ci dans le dispositif de sa décision, mais uniquement dans la motivation de celle-ci (cf. consid. 5.3.2).

## 7.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la cause renvoyée à la Commission de la communication afin qu'elle procède au sens du considérant 4.4 et, pour autant que les conditions de recevabilité de la conclusion III de la requête de l'intimée du 30 juillet 2014 soient remplies, également au sens du considérant 5.2.5. L'autorité inférieure devra ainsi revoir la répartition des frais de la procédure devant elle selon les réponses qu'elle apportera aux questions renvoyées à son instance.

C'est d'ailleurs le lieu de rappeler qu'en principe le recours devant le Tribunal administratif fédéral est de nature réformatoire, c'est-à-dire que le Tribunal statue lui-même sur la cause et ne la renvoie qu'exceptionnellement à l'autorité inférieure avec des instructions impératives (cf. art. 61 al. 1 PA).

Or, en l'occurrence, le Tribunal, qui est par ailleurs autorité de dernière instance (cf. consid. 10), considère qu'il ne lui appartient de procéder ni à la qualification de la nature juridique du contrat conclu entre Switch et l'intimée, ni à la vérification si l'interconnexion entre les réseaux de ces sociétés est techniquement réalisable, ni à la détermination si Switch constitue un fournisseur de prestations relevant du service téléphonique public. En effet, il n'a pas à se substituer à l'autorité inférieure, qui est spécialisée en matière de télécommunication et dispose des connaissances techniques nécessaires pour ce faire (cf. consid. 1.5.2). Par ailleurs, si le Tribunal venait à trancher lui-même ces questions, les parties se verraient privées de la seule voie de droit ordinaire dont elles disposent en l'espèce pour se déterminer. Un tel procédé violerait leur droit d'être entendu (cf. ATAF 2012/21 consid. 5 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6192/2015 du 11 janvier 2017 consid. 4, A-1063/2014 du 25 mars 2015 consid. 3.6, E-1279/2014 du 7 septembre 2015 consid. 6).

## **8.**

Il reste à examiner la question des frais et des dépens.

**8.1** L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la manière de procéder des parties et de leur situation financière. Son montant est fixé entre 200 et 50 000 francs dans les contestations pécuniaires (cf. art. 63 al. 4bis let. b PA en relation avec les art. 2 et 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ni la LTAF, ni la PA, ni le FITAF ne règlent comment doit être calculé la valeur litigieuse en cas de revenus ou prestations périodiques. L'art. 51 al. 4 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), applicable par analogie (cf. BEUSCH, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, art. 63 n° 32), indique que les revenus et les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent. Si leur durée est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt. En l'espèce, la cause concerne une contestation pécuniaire. La recourante a spécifié que, si son éventuelle obligation de recourir aux prestations de l'intimée se limite aux appels établis sur son réseau, le montant du litige s'élève à 10 francs pour l'année 2015, tandis que, si cette éventuelle obligation devait englober également les connexions de transit en cascade, la valeur litigieuse s'élèverait à 50 000 francs pour l'année 2015. La prestation litigieuse étant périodique et sa durée indéterminée, ces montants doivent être multipliés par vingt. Partant, la valeur litigieuse du présent litige s'élève à un montant qui se situe entre 200 francs et 1 000 000

francs. La cause est relativement complexe et son ampleur assez importante. Dès lors, il appert dans l'ensemble adéquat de fixer les frais de procédure à 20 000 francs.

**8.2** Selon l'art. 63 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, PA, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont généralement mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. En cas de renvoi de la cause, le recourant est en principe considéré comme obtenant gain de cause (cf. ATF 137 V 210 consid. 7.1, 132 V 215 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6192/2015 du 11 janvier 2017 consid. 5.1). En l'espèce, la recourante doit être considérée comme obtenant en partie gain de cause sur les questions tranchées par le Tribunal, dans la mesure où elle gagne sur le grief relatif à la qualification par l'autorité inférieure de la nature juridique du contrat entre Switch et l'intimée (cf. consid. 4.4) et sur celui concernant son obligation de souscrire aux prestations de transit de l'intimée (cf. consid. 5.2.5) puisque ces questions sont renvoyées à l'autorité inférieure. Cependant, elle succombe sur le grief relatif à l'existence d'un litige entre les parties en matière d'interconnexion (cf. consid. 4.5) et sur celui concernant la violation de son droit d'être entendu (cf. consid. 5.3.2). Par ailleurs, la recourante n'obtient que partiellement gain de cause sur la question de savoir si l'autorité inférieure devait trancher l'existence d'une obligation légale à sa charge de souscrire aux prestations de transit de l'intimée avant d'en fixer les tarifs (cf. consid. 5.1.5). Partant, les frais de procédure sont mis à hauteur de 7 000 francs, à la charge de la recourante. Pour partie, ce montant est prélevé sur l'avance de frais déjà versée de 4 000 francs. La recourante versera le solde de 3 000 francs dans les 30 jours dès l'expédition du présent arrêt. Enfin, aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 63 al. 2 PA), ni à la charge de l'intimée, bien qu'elle soit intervenue activement dans la procédure. En effet, l'affaire est renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle statue sur des questions ayant trait à la recevabilité de sa requête ainsi qu'à la constatation des faits et qui auraient dû être examinées, respectivement instruites, d'office par l'autorité inférieure. En outre, l'intimée obtient gain de cause sur la question de l'existence d'un litige entre les parties en matière d'interconnexion (cf. consid. 4.5) et ne se détermine pas sur celle de la violation du droit d'être entendu de la recourante (cf. consid. 5.3.2).

**8.3** Le Tribunal peut, d'office ou sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss FITAF). En l'espèce, la recourante a procédé elle-même.

En revanche, l'intimée a été représentée et a conclu à l'octroi de dépens, sans soumettre de note d'honoraires. Elle a déposé une réponse de 7 pages, puis une duplique de 4 pages, en une cause qu'il convient de qualifier de relativement complexe et en laquelle elle a obtenu partiellement gain de cause (cf. consid. 4.5). Une indemnité de dépens de 2'000 francs lui sera allouée (art. 7 al. 2 FITAF). L'autorité inférieure n'a pas le droit à des dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF).

**9.**

Enfin, il convient de rappeler que **certaines documents contiennent des données constitutives de secrets d'affaires** (cf. pièces N<sup>os</sup> 3, 22, 23 et 24 du dossier relatif à la décision de la ComCom du 8 décembre 2015).

**10.**

Selon l'art. 83 let. p ch. 2 LTF, le recours est irrecevable contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications qui concernent un litige découlant de l'art. 11a LTC. Partant, le présent arrêt est définitif faute de pouvoir être entrepris devant le Tribunal fédéral.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est partiellement admis.

**2.**

Le dispositif de la décision attaquée est annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle procède au sens des considérants.

**3.**

Pour le surplus, le recours est rejeté.

**4.**

Les frais de procédure sont fixés à 20'000 francs. Ce montant est porté par 7'000 francs, à la charge de la recourante. Pour partie, il est prélevé sur l'avance de frais déjà versée de 4'000 francs. Le solde de 3'000 francs doit être versé sur le compte du Tribunal dans les 30 jours dès l'expédition du présent arrêt.

**5.**

Aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure ni à la charge de l'intimée.

**6.**

Une indemnité de dépens de 2'000 francs est allouée à l'intimée à la charge de la recourante.

**7.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Johanna Hirsch-Sadik

Expédition :