

Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications (1)

Texte "historique", véritable "tournant dans l'histoire des télécommunications en France" dans la mesure où elle marque "la fin du monopole d'Etat sur le téléphone", la réforme issue de la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 imposée tant par les directives communautaires que par l'évolution des technologies répond aux défis de la modernité en ouvrant pleinement le secteur à la concurrence. Néanmoins, cette ouverture ne signifie nullement l'abandon du service public, et le texte de loi s'efforce de définir une "concurrence régulée" en partant du postulat que la concurrence n'est pas l'ennemie du service public(2). Le nouvel article L. 32-1 du code des postes et télécommunications (CPT) traduit cette volonté d'équilibre et précise les trois facettes du dispositif : le libre exercice des activités, le maintien et le développement du service public, l'indépendance de la fonction de régulation par rapport aux fonctions d'exploitant de réseaux ou de fournisseur de services. La fonction de régulation est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé des télécommunications et par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART).

La création d'une Autorité de régulation indépendante à partir du 1er janvier 1997 en vertu de l'article L. 36 du CPT s'inscrit dans le cadre des recommandations du rapport Lasserre qui, dès avril 1994 soulignait la difficulté de concilier les rôles d'Etat actionnaire et d'Etat régulateur. Dans les autres pays européens, à la même date sont mises en place des agences indépendantes sur le modèle britannique de l'OFTEL. L'argument essentiel avancé pour justifier cette solution est que l'opérateur principal sur le marché restant sous le contrôle de l'Etat, celui-ci ne pourrait être à la fois "juge et partie": "l'Etat ne saurait demeurer l'actionnaire majoritaire de France Telecom et prétendre en même temps faire respecter la loi du marché avec toute l'impartialité requise(3)"; pour assurer "la crédibilité" de la fonction de régulation et donner confiance aux investisseurs, il était donc utile de séparer les deux rôles. La France disposait avec les autorités administratives indépendantes d'un modèle qui avait fait ses preuves et ne constituait plus une innovation juridique. Cette création a cependant suscité de vives critiques en particulier en ce qui concerne les pouvoirs dont le législateur a doté l'ART.

Une des caractéristiques des autorités administratives indépendantes est de cumuler des compétences qui sont habituellement dissociées(4) : la fonction de régulation qui leur est assignée implique la mise en œuvre de prérogatives très diversifiées, allant de l'élaboration de normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction en passant par la prise de décisions de règlements de litiges. L'originalité de l'Autorité de régulation des télécommunications réside dans le fait, d'une part, qu'elle est la première autorité sectorielle de régulation dans le domaine des industries de réseaux, d'autre part, qu'elle dispose à la fois d'un pouvoir réglementaire, de sanction et d'arbitrage. Dans le domaine des télécommunications, à côté de la régulation concurrentielle de droit commun assurée par le Conseil de la concurrence, l'ART s'est vue confiée une mission de régulation de caractère technique et d'organisation du marché des télécommunications(5). Elle peut notamment être saisie, en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications, du différend par l'une ou l'autre des parties, en application de l'article L. 36-8-I du code des postes et télécommunications. Cette compétence expresse de régler les litiges d'interconnexion entre les opérateurs privés lui permet d'élaborer au profit des concurrents de l'opérateur historique un droit subjectif de l'interconnexion. Cette nouvelle forme de régulation juridique offre la possibilité d'adapter en permanence le cadre réglementaire de l'interconnexion dès lors qu'à travers les décisions individuelles, l'ART fixe les lignes de sa stratégie en faveur du développement du marché.

Le Conseil Constitutionnel, saisi de contestations portant avant tout sur les pouvoirs conférés à cette nouvelle autorité administrative indépendante précise, d'une part, qu'est conforme à sa jurisprudence, l'étendue des compétences normatives confiées à l'ART dès lors que le pouvoir réglementaire dont bénéficie cette autorité est restreint dans son champ d'application. D'autre part, il est conduit à statuer sur l'attribution de compétences répressives et la dévolution au juge judiciaire du contentieux des décisions prises en matière de règlement de différends(6).

S'agissant des prérogatives répressives, le fait qu'une autorité administrative dispose de pouvoirs de sanction peut surprendre, chacun des trois pouvoirs devant, selon une approche classique de la séparation des pouvoirs, rester dans les limites de ses compétences: "au législateur de poser les règles (et non d'administrer ou de

juger), au juge de trancher des litiges et d'infliger des punitions ou des sanctions (et non de légiférer ou d'administrer), à l'exécutif d'administrer et de gérer (et non de légiférer ou de juger)"(7). Cependant, entérinant la jurisprudence du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel admet l'évolution qui s'est produite depuis une cinquantaine d'années vers la consécration de l'administration-juge. La décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989(8) reconnaît de manière tout à fait explicite que le législateur peut "charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanctions dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission" et qu'il lui appartient "d'assortir l'exercice de ses pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis". C'est dans la ligne de cette jurisprudence appliquée aussi à la Commission des opérations de bourse(9) que le Conseil constitutionnel reconnaît la conformité à la Constitution de l'attribution à l'ART d'un pouvoir de sanction des manquements aux dispositions législatives et réglementaires du code des postes et télécommunications sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

S'agissant des prérogatives en matière de règlement de différends, avant la loi du 26 juillet 1996, une compétence d'arbitrage était reconnue au ministre chargé des télécommunications en vertu des prescriptions du cahier des charges de France Telecom(10) sous le contrôle du juge administratif. Le Tribunal administratif de Paris pouvait être ainsi saisi de la légalité de cet acte administratif pris par l'autorité de tutelle de France Télécom, destiné, en vertu des actes réglementaires que constituent les cahiers des charges à résoudre unilatéralement un litige(11). Quant à la rédaction de l'article L. 36-8 du CPT(12), elle a directement été inspirée par le projet de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interconnexion(13), en particulier son article 9 paragraphe 5 qui prévoit qu'en "cas de litige en matière d'interconnexion entre des organismes au sein d'un Etat membre, l'autorité réglementaire nationale de cet Etat membre prend, à la demande de l'une ou de l'autre des parties, des mesures afin de régler le litige dans les six mois de cette demande. La solution du litige représente un équilibre équitable entre les intérêts légitimes des deux parties." Cependant, la nature des décisions prises par l'ART dans le cadre de ce pouvoir quasi-juridictionnel demeure administrative. Le Conseil constitutionnel relève en effet que "les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications, autorité administrative, prises en application des I et II de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications qui s'imposent aux parties qui ont saisi cette autorité, constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique." Par suite, la dévolution au juge judiciaire du contentieux des décisions prises en matière de règlement de différend n'était pas évidente, alors même qu'elle s'inscrivait dans la logique de la jurisprudence dégagée dans la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 au sujet du Conseil de la concurrence(14). Le Conseil constitutionnel considère, qu'au cas d'espèce, "les décisions de l'autorité pourront trancher des litiges relevant du droit de la concurrence ou des différends de nature commerciale ou technique survenus dans la négociation ou l'exécution des conventions d'interconnexion, lesquelles en vertu de l'article L. 34-8 du CPT, constituent des conventions de droit privé ; qu'il en sera de même des litiges entre opérateurs s'agissant des possibilités et conditions d'une utilisation partagée entre eux des installations existantes ou des conditions de mise en conformité avec l'article L. 34-4 du même code des conventions relatives à la fourniture de services de télécommunications visés par cet article ; que la saisine de l'autorité par l'une ou l'autre des parties est facultative ; qu'au cas où les opérateurs n'auront pas choisi de saisir l'ART, les litiges seront portés selon le cas, soit devant le Conseil de la concurrence et, en cas de contestation, devant la Cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat ; que la loi déferée tend ainsi à unifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, l'ensemble des contentieux spécifiques visés aux I et II de l'article L.36-8". En conséquence, le Conseil constitutionnel retient "que cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle peut être justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice ; que, dès lors, il ne méconnaît pas le principe à valeur constitutionnelle invoqué par les auteurs de la saisine" selon lequel ressortissent à la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Dans ces conditions, l'ART est la première autorité administrative indépendante(15), qui se voit reconnaître le pouvoir quasi-juridictionnel de régler des différends, compétence qu'elle exerce sous le contrôle du juge judiciaire, dans le respect de garanties procédurales inspirées des règles du procès équitable.

1. Les règlements de différends, pris en application des I et II de l'article L. 36-8 du CPT constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, sous le contrôle du juge judiciaire.

Depuis sa création, l'Autorité a rendu 46 décisions en matière de règlement de différends, 2 en 1997, 16 en 1998, 6 en 1999, 9 en 2000, 10 en 2001, 3 en 2002(16) et s'est prononcée à deux reprises sur des demandes de mesures conservatoires. La Cour d'appel de Paris a déjà statué sur onze recours formés à l'encontre des décisions de l'ART dont deux demandes de sursis à exécution en confirmant jusqu'à présent les solutions retenues. Pour la première fois elle a prononcé une décision avant dire droit le 26 février 2002 et ordonné une expertise. La Cour de cassation a rendu deux arrêts de rejet. Cette jurisprudence a permis de préciser non seulement le champ d'application de l'article L. 36-8 CPT, en particulier sur la compétence de l'Autorité et les règles de recevabilité mais aussi l'étendue des pouvoirs en ce qui concerne le contenu des décisions de règlement de différends.

A/ Le champ d'application de l'article L. 36-8 du CPT

Aux termes de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications : *"I- En cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties. (...) En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux. (...) II. L'Autorité de régulation des télécommunications peut également être saisie des différends portant sur : 1° Les conditions de la mise en conformité, prévue par le dernier alinéa de l'article L. 34-4, des conventions comportant des clauses excluant ou restreignant la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux(17) mentionnés au premier alinéa dudit article ; 2° Les possibilités et les conditions d'utilisation partagée entre opérateurs, prévue à l'article L. 47, d'installations existantes situées sur une propriété privée. En outre, elle procède à une consultation publique de toutes les parties intéressées avant toute décision imposant l'utilisation partagée entre opérateurs des installations mentionnées au 2°. 3° Les conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés prévue à l'article L. 33-4."*

Le paragraphe 3° ainsi que le dernier alinéa du 2° au II de l'article L. 36-8 ont été ajoutés par l'ordonnance du 25 juillet 2001(18) portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications. Le rapport(19) au Président de la République relatif à l'ordonnance susmentionnée souligne à cet égard que, dans le cadre de l'adoption de la directive "ONP téléphonie vocale"(20), la procédure de règlement des litiges concernant les conditions de fourniture des listes par l'Autorité se justifie pleinement compte tenu de la complexité du sujet.

Toutefois, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de règlement de différend, avant de se prononcer sur le fond, il lui appartient de vérifier qu'elle est bien compétente et que la demande est recevable.

a/ Compétence de l'ART en matière de règlement de différends :

La Cour d'appel de Paris a explicitement repris dans plusieurs arrêts les motifs des décisions de l'Autorité pour confirmer, d'une part, sa compétence, d'autre part, son incompétence pour trancher certains litiges. Par deux arrêts du 28 avril 1998, la Cour a précisé que le service d'accès à Internet constitue un service de télécommunications justifiant ainsi la compétence de l'Autorité.(21)

France Télécom soutenait devant l'Autorité puis devant la Cour d'appel que les conventions d'exploitation conclues entre France Télécom et Paris TV Câble, ainsi qu'entre France Télécom et la Compagnie Générale de Vidéocommunications ne contenaient pas de clause excluant ou restreignant la fourniture de services de télécommunications. Retenant l'analyse de l'Autorité sur la notion de convention restreignant ou excluant la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux câblés au sens de l'article L. 34-4 du code des postes et télécommunications, la Cour d'appel a estimé que *"l'Autorité (...) était (...) compétente dès lors que*

la convention en vigueur contenait des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture d'un service de télécommunication et ne permettait pas, en l'état, la fourniture de ce service de télécommunication qui constitue l'accès à Internet".

Récemment la Cour d'appel a rejeté dans un arrêt du 28 mai 2002 le recours en réformation formé par France Télécom contre la décision de l'Autorité en date du 7 novembre 2001(22) relative à une demande de règlement de différend présentée par la société Free Télécom portant sur la fixation du tarif pour l'appelant de l'accès commuté à Internet via les numéros de la forme 0860 PQMCDU en facturation pour compte de tiers. A cette occasion, la Cour a rappelé que *"l'ART a le pouvoir de demander la modification des conventions déjà conclues lorsque cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou d'interopérabilité des services ; qu'elle est également habilitée à statuer sur le différend opposant les parties, en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications"*.

C'est cette même analyse qui a conduit l'Autorité à se déclarer compétente pour se prononcer sur un litige entre opérateurs concernant les conditions techniques et tarifaires pour les prestations d'interconnexion de liaisons louées en considérant qu'il résultait des dispositions de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion notamment de ses annexes I et II, telles que transposées à l'article R. 9 du CPT que les prestations de liaisons louées permettant à un opérateur de relier les sites de ses clients à son réseau via le réseau d'un opérateur tiers relèvent du régime juridique de l'interconnexion. L'Autorité en a conclu en s'appuyant sur la recommandation de la Commission européenne C(1999)3863 du 24 novembre 1999 relative à la tarification des liaisons louées d'interconnexion dans un marché libéralisé que *"tout opérateur doit satisfaire aux demandes justifiées d'interconnexion de liaisons louées émanant d'un autre opérateur autorisé au titre de l'article L. 33-1 du CPT, dans les conditions définies à l'article L. 34-8-I de ce même code et notamment en fonction de sa capacité à satisfaire cette demande, quelle que soit, par ailleurs sa position sur le marché"*. Cette décision se prononçant sur le différend opposant MFS Communications(23) à France Télécom relatif à la fourniture par France Télécom de liaisons louées aux opérateurs tiers n'a pas fait l'objet d'un appel.

En ce qui concerne les limites du champ d'application de l'article L. 36-8 du CPT, dans un arrêt du 15 décembre 1998, la Cour d'appel a confirmé une décision du 24 juin 1998(24) par laquelle l'Autorité s'est déclarée incompétente pour régler un différend entre Copper Communications et France Télécom relatif au contrôle déontologique des services télématiques. Dans un considérant de principe, elle a estimé que *"l'Autorité qui agit dans le respect des dispositions du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application, ainsi que le rappelle l'article L. 36-6 de ce code, n'a été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité d'un règlement dont l'objet a été précisément d'instituer un mécanisme de contrôle du contenu des services Télétel et services offerts sur les kiosques télématiques ou téléphoniques ; qu'elle n'a dès lors pas vocation à apprécier les clauses insérées dans des contrats en application du régime juridique d'exception prévu pour les services Audiotel ; qu'il s'ensuit que, sans méconnaître l'étendue de ces pouvoirs et sans dénaturer le litige dont elle était saisie, l'Autorité s'est à juste titre déclarée incompétente pour trancher le litige dont la société Copper Communication l'avait saisie."* Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 2000.

Le 16 mars 1999, la Cour d'appel de Paris a appliqué cette jurisprudence pour rejeter trois recours contre des décisions de l'Autorité du 4 septembre 1998 se déclarant incompétente pour régler un différend opposant respectivement les sociétés de fournisseur télématiques To Com(25), Audiopresse(26) et Even Média(27) à France Télécom relatif au contrôle déontologique des services télématiques.

De la même manière, le recours de la société Spacetel contre la décision de l'ART du 9 septembre 1999(28) a donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour d'appel de Paris du 22 février 2000 où elle a rappelé que *"l'Autorité n'a été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité du décret du 25 février 1993 ; qu'il n'entre également pas dans ses attributions de statuer sur la revendication de la propriété d'une marque"*.

L'Autorité a aussi été conduite à préciser, d'une part, qu'il ne lui appartient pas sur le fondement des compétences qui lui ont été dévolues par les dispositions de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, de se prononcer sur l'abus allégué de position dominante de France Télécom(29), d'autre part, que les litiges entre deux fournisseurs au public de télécommunications autres que le service téléphonique au sens des dispositions de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, ne sont pas au nombre de ceux dont il lui appartient de connaître, dans le cadre des règlements de différends(30).

b/ La recevabilité des demandes :

L'existence même d'un litige au sens de l'article L. 36-8 est une condition de la recevabilité de la saisine d'un règlement de différends. En outre, conformément à l'article R.11-1 du code des postes et télécommunications complété par l'article 13 du règlement intérieur de l'ART, une demande de mesures conservatoires peut être formée accessoirement à une saisine au fond. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée. Le rapporteur, dans le cadre de l'instruction du dossier, examine les faits qui sont à l'origine du litige et vérifie si la demande au fond est recevable. Mais, il n'existe pas lors de son enregistrement de contrôle a priori de la recevabilité de la saisine.

La partie en demande doit établir qu'il y a eu échec des négociations quant à l'objet même du litige et démontrer que les questions évoquées ont été effectivement débattues en vain et sont restées sans réponse satisfaisante(31). L'Autorité peut aussi être saisie d'une demande de règlement de différend par un opérateur de télécommunications qui a signé une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau public, tout en émettant une réserve expresse lors de ladite convention sur les points de celle-ci qui lui paraissent encore litigieux. L'Autorité règle alors le différend portant sur ce désaccord qui demeure entre les parties(32).

Par ailleurs, le fait qu'une négociation sur l'objet du litige s'inscrive dans le cadre d'une négociation globale relative à d'autres points est sans influence sur la recevabilité de la demande(33).

En revanche, l'Autorité a estimé que n'étaient pas recevables(34) des conclusions reconventionnelles présentées au cours de l'instruction par France Télécom au motif que si les conclusions des parties peuvent être modifiées ou des demandes additionnelles peuvent être présentées au cours de la procédure, pour autant qu'elles respectent les conditions de recevabilité énoncées à l'article L. 36-8 et qu'elles présentent avec la demande initiale un lien suffisant, il ne ressortait cependant d'aucune pièce du dossier qu'à la date des demandes susmentionnées de la société France Télécom un refus ait été opposé par l'auteur de la saisine ni même qu'une négociation ait été engagée par les deux parties sur les conditions financières de la prestation d'interconnexion en cause. Cette motivation s'attache à laisser ouverte la voie des conclusions reconventionnelles en évitant qu'elle ne serve à cantonner l'exigence de négociation préalable qui sous-tend la procédure de règlement de litiges. L'Autorité a aussi été conduite dans le règlement de différend opposant la société Magic on Line(35) à France Télécom à préciser les conditions de recevabilité de conclusions présentées pour la première fois à l'audience. Elle a ainsi considéré que "*Si aucune disposition du code des postes et télécommunications, ni même du règlement intérieur, ne fait obstacle à ce que les parties puissent présenter des demandes additionnelles au cours de la procédure, il faut cependant que celles-ci présentent un lien suffisant avec la demande initiale, qu'elles soient formulées par des conclusions écrites déposées au plus tard dans les jours qui précèdent l'audience devant le collège, afin de permettre le respect du principe du contradictoire, et qu'elles remplissent les conditions de recevabilité énoncées à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.*" En l'espèce, les conclusions formulées, pour la première fois à l'audience devant le collège ont été regardées comme irrecevables alors même qu'elles présentaient un lien suffisant avec la demande initiale. En outre, la société en présentant oralement cette nouvelle demande n'avait nullement invoqué un échec des négociations ou un désaccord avec France Télécom, sur ce point.

En ce qui concerne les demandes de mesures conservatoires, l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications prévoit qu'en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, l'Autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux. Il résulte de ces dispositions, complétées par l'article R. 11-1 alinéa 4 susmentionné que l'Autorité ne peut ordonner de mesures conservatoires qu'autant qu'elle est saisie d'une demande de règlement de différend qui réponde aux

conditions de recevabilité fixées à l'article L. 36-8 précité et que cette demande de mesures conservatoires est suffisamment motivée.

L'Autorité a eu à se prononcer à deux reprises sur des demandes de mesures conservatoires : la première fois dans le cadre d'un différend opposant Siris à France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant(36), la seconde à la suite d'une demande présentée par la société UPC France relatif à l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU. Le premier dossier a donné lieu à une décision de rejet au motif que l'atteinte doit être à la fois grave et immédiate et qu'au cas d'espèce, ces conditions cumulatives n'étaient pas remplies. Dans le second dossier, il a été fait droit à la demande de mesures conservatoires avec une motivation assez développée qui tend à expliciter les critères légaux : *"des mesures conservatoires peuvent être décidées lorsque, d'une part, les faits soumis à l'Autorité sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée aux règles régissant le secteur des télécommunications, et que l'atteinte précitée présente un caractère de gravité, notamment en regard de l'importance de la règle concernée ou des conséquences préjudiciables que sa violation entraîne pour les opérateurs concernés, pour l'accès de leurs clients à des services de télécommunication d'autres opérateurs ou pour leur possibilité de communiquer librement avec d'autres utilisateurs. Il faut, d'autre part, que ladite atteinte revête un certain degré d'immédiateté, et donc d'urgence."*

B/ Le contenu des règles édictées(37) :

L'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications donne à l'Autorité le pouvoir de préciser les conditions équitables, d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès spécial doivent être assurés.

D'une part, les deux arrêts du 28 avril 1998 de la Cour d'appel de Paris confirment par deux attendus de principe les pouvoirs que le législateur a confié à l'Autorité pour régler les litiges entre opérateurs. France Télécom soutenait que l'Autorité avait outrepassé ses pouvoirs en prescrivant les modalités pratiques selon lesquelles le propriétaire du réseau devrait réaliser les travaux de mise à niveau du réseau. La Cour a répondu formellement à cet argument en considérant que *"selon l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, la décision de l'Autorité précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès spécial à un service de télécommunication doivent être assurés ; qu'il appartient à l'Autorité de trancher, dans les conditions prévues à l'article L. 36-8, les litiges relatifs à la mise en conformité des conventions visées à l'article L. 34-4 ; Qu'il s'en suit que l'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service de télécommunication."*

France Télécom reprochait, en outre, à l'Autorité d'avoir par ses décisions du 10 juillet 1997(38), porté atteinte à son droit de propriété et à ses prérogatives contractuelles. La Cour a précisé que *"s'agissant des prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication."* La Cour a ainsi confirmé que l'Autorité pouvait fixer dans ses décisions un calendrier précis pour la réalisation des travaux et des prestations nécessaires à l'exploitation des services d'accès à Internet. Au delà des débats juridiques, les enjeux des deux décisions du 10 juillet 1997 étaient élevés, il s'agissait d'ouvrir l'accès à Internet à haut débit pour 3 millions de foyers. C'est pour cette raison que les adaptations retenues devaient être réalisées rapidement sur les réseaux du Plan Câble selon le calendrier fixé par l'Autorité.

D'autre part, dans un arrêt du 27 juin 2000, la Cour d'appel a rappelé que : *"L'Autorité, dans le cadre des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 36-8-1 peut imposer à France Télécom une prestation de sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés, s'agissant d'installations détenues par celle-ci, non aisément reproductibles et donc l'accès est indispensable à Télécom Développement pour exercer son activité sur le"*

marché."(39) Cette confirmation était d'autant plus attendue que la décision attaquée était la première de l'Autorité concernant la qualité de service des réseaux de télécommunications. Elle revêtait une importance particulière dans la mesure où elle permettait de garantir aux utilisateurs le maintien d'une qualité de service élevé sur les réseaux de télécommunications, dans un contexte où les réseaux des opérateurs se déploient progressivement et où le nombre d'offres de service se multiplie.

En outre, désormais, en application de l'article L. 34-8. I dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 25 juillet 2001 : "*Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives et transparentes aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1. La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire*". C'est en vertu des principes déjà contenus dans la rédaction antérieure de ces dispositions(40) que l'ART, dans sa décision du 26 mai 2000 se prononçant sur un différend entre 9 Télécom Réseau et France Télécom, a décidé que France Télécom devait faire droit à la demande d'interconnexion indirecte avec facturation/recouvrement pour compte de tiers de 9 Télécom Réseau pour l'acheminement du trafic internet à destination des numéros de la forme 0860PQMCDU payants pour l'appelant de 9 Télécom Réseau(41).

Cependant, l'Autorité ne peut accéder à une demande tendant à ce que dans le cadre d'un règlement de différend, elle édicte des règles qui relèvent du champ d'application de l'article L. 36-6 du code des postes et télécommunications(42) et qui sont soumises à homologation par arrêté du ministre chargé des télécommunications. Au cas contraire, elle commettrait un détournement de procédure constitutif d'un détournement de pouvoir qui justifierait l'annulation de la décision(43).

En 2002, les décisions de règlements de différends adoptées par l'Autorité lui ont permis, d'une part, d'améliorer les conditions tarifaires et opérationnelles des prestations de liaisons louées offertes aux opérateurs tiers(44) et de faire ainsi baisser les tarifs des services de télécommunications offerts aux entreprises, d'autre part, en matière de dégroupage(45), de contribuer au développement, par des opérateurs tiers, d'offres ADSL concurrentes de celle de France Télécom sur le marché résidentiel. Enfin, l'Autorité a précisé les conditions de valorisation du chiffre d'affaires de l'accès commuté à Internet dit "gratuit". Il s'agit des offres des fournisseurs d'accès à Internet où les internautes ne paient pas l'abonnement mais sont facturés au tarif local Internet sur leur facture France Télécom pour chaque minute consommée. Aucune de ces trois décisions n'a été frappée d'appel.

Dans un arrêt du 28 mai 2002, la Cour d'appel de Paris a confirmé une décision de l'ART d'ouverture d'un nouveau palier tarifaire pour l'accès à Internet "à la minute"(46). Cette jurisprudence est importante à plus d'un titre, d'une part, parce qu'elle traduit le souci constant de la Cour d'Appel d'assurer comme le régulateur l'effectivité de l'ouverture du marché, d'autre part, par sa motivation circonstanciée sur le fond. En effet, la Cour d'Appel de Paris s'est placée dans cette affaire sur le terrain de l'absence de l'erreur manifeste d'appréciation, donc d'un contrôle restreint, pour rejeter l'argumentation de France Télécom. L'Autorité avait estimé que le nouveau tarif déterminé pour Free Télécom était sans incidence sur la nature des prestations incombant à France Télécom ou sur le niveau de sa propre rémunération.

2. Les parties qui saisissent l'ART de demandes de règlement de différends bénéficient de garanties procédurales inspirées des règles du procès équitable.

En vertu des dispositions de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications l'Autorité se prononce, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations. Sa décision est motivée. L'Autorité rend publique ses décisions, sous réserve des secrets protégés par la loi.

Ces règles sont complétées, d'une part, par l'article R. 11-1(47), du même code qui prévoit que : "*Le délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur les différends mentionnés au I de l'article L. 36-8 est fixé à trois mois, à compter de sa saisine par l'une des parties. Toutefois, en vue de lui permettre de procéder ou faire procéder à toutes investigations ou expertises nécessaires, l'Autorité de régulation des télécommunications peut porter ce délai à six mois. La décision de l'Autorité de régulation des télécommunications est notifiée*

aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. L'Autorité de régulation des télécommunications donne à chacune des parties connaissance des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe le délai dans lequel il devra y être répondu. Elle peut entendre les parties."

Ces dispositions impliquent que les règlements de différends interviennent dans le respect du contradictoire et du secret des affaires, dans un délai au plus de six mois. La décision de l'Autorité n° 99-528 du 18 juin 1999 portant règlement intérieur(48) précise les modalités de mise en œuvre de ces principes dans un souci de transparence pour les opérateurs concernés mais aussi de sécurité juridique eu égard à la jurisprudence sur l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En outre, les garanties procédurales dont bénéficient les parties sont renforcées par la possibilité d'assortir leur recours en annulation ou en réformation d'une demande de sursis à exécution.

Tout d'abord, l'Autorité veille à se prononcer dans le délai réglementaire qui lui est imparti. Le règlement intérieur prévoit en conséquence à l'article 10 : Procédure : *"Afin de permettre le respect du délai de trois mois édicté par l'article R. 11-1 du code des postes et télécommunications et du principe du contradictoire, à réception de la saisine complète, le chef du service juridique peut inviter les parties à se réunir en sa présence pour définir d'un commun accord, un calendrier prévisionnel fixant les dates de production des observations. (...) Le chef du service juridique fixe le délai dans lequel les parties concernées doivent répondre aux observations et pièces déposées par les autres parties, notamment à défaut d'accord des parties sur un calendrier prévisionnel."* En règle générale, le chef du service juridique fixe un délai moyen : d'un mois à la partie défenderesse pour déposer ses observations en défense ; de deux semaines à la partie demanderesse pour déposer un mémoire en réplique à ces observations en défense ; de deux semaines à la partie défenderesse pour déposer, le cas échéant, un second mémoire en défense à ces observations en réplique. Ce calendrier de procédure s'inspire de la mise en état devant les juridictions judiciaires où le juge peut en accord avec les parties fixer les délais pour l'échange des mémoires et la clôture de l'instruction.

Toutefois, les articles 9 et 10 du règlement intérieur précisent que le délai prévu à l'article R. 11-1 du code des postes et télécommunications ne court que dès lors que la saisine est complète. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 28 avril 1998 a confirmé que *"les règles de procédure ainsi définies(49) ne sont prescrites ni à peine d'irrecevabilité ni à peine de nullité, la seule conséquence attachée au caractère incomplet du dossier de saisine étant, si l'Autorité entend user de son pouvoir de réclamer les éléments manquants, de ne pas faire courir le délai réglementaire dans lequel elle doit se prononcer sur le litige dont elle est saisie."*

A/ Le respect du contradictoire :

La Cour d'appel contrôle la régularité de procédure, notamment le respect du contradictoire prescrit à l'article L. 36-8. I, alinéa 2 du code des postes et télécommunications. En vertu de l'article R. 11-1 du même code, l'Autorité de régulation des télécommunications donne à chacune des parties connaissance des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe le délai dans lequel il devra y être répondu. Le règlement intérieur de 1999 prévoit à l'article 10 : Procédure *"Dès lors que la saisine est complète, le chef du service juridique ou son adjoint désigne un rapporteur et un rapporteur adjoint. (...) Les parties transmettent leurs observations et pièces à l'Autorité par lettre recommandée avec avis de réception ou par dépôt au siège de l'Autorité (...) Dès réception des observations et pièces, le chef du service juridique ou son adjoint adresse ces documents par lettre recommandée avec avis de réception à l'autre ou aux autres parties, en leur rappelant la date avant laquelle elles doivent transmettre à l'Autorité leurs observations pièces annexées au soutien de leur réplique."* Dans chacune de ses décisions, l'Autorité a fait le choix de reprendre l'intégralité des demandes et des moyens invoqués par les parties.

Devant la Cour d'appel, France Télécom reprochait à l'Autorité d'avoir méconnu le principe du contradictoire en se référant dans ses deux décisions du 10 juillet 1997 à un taux de rémunération du capital fixé dans une précédente décision(50). Par ses deux arrêts du 28 avril 1998, la Cour d'appel a jugé que *"rien ne s'opposait à ce que l'Autorité tranche le litige, après un examen précis et complet des circonstances de l'espèce, ainsi que des propositions de chacune des parties et en restant dans la fourchette des taux proposés, au vu des éléments objectifs d'un acte administratif publié et particulièrement connu de France Télécom, puisque relatif à l'approbation de son catalogue d'interconnexion."*

Cependant, il est apparu nécessaire à l'Autorité de modifier son règlement intérieur pour renforcer les garanties en matière de procédure contradictoire à la lumière de la jurisprudence COB/Oury de la Cour de cassation du 5 février 2000(51). Cet arrêt a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris annulant une sanction pécuniaire pour violation de l'article 6-1 de la CEDH en vertu duquel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décide des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. La Cour d'appel avait retenu, en premier lieu, un manquement à la procédure contradictoire dès lors que la sanction se fondait sur un rapport qui n'avait pas été communiqué à l'intéressé, en second lieu, la confusion organique : le collègue de la COB avait décidé de la mise en accusation, des poursuites et avait constaté la culpabilité, enfin le rapport d'instruction avait été établi par l'un des membres ayant pris ensuite part au délibéré.

Cette jurisprudence a conduit l'Autorité à modifier son règlement intérieur, d'une part, sur le déroulement de l'instruction, d'autre part, sur la tenue de l'audience. Ainsi, pour éviter toute confusion organique, les lettres de notification aux parties au cours de la procédure ne sont plus signées par le président de l'ART.

Lors du colloque du 23 mars 1999(52), Guy Canivet avait posé la question de savoir pourquoi une autorité administrative de régulation serait tenue de respecter les principes du procès équitable. La réponse lui apparaissait simple encore que contestée. *"Le mécanisme de la Convention est d'édicter des garanties lorsqu'une juridiction se prononce sur des contestations, droits et obligations de caractère civil ou sur le bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. S'il suffisait qu'un Etat ne qualifie pas de juridiction l'autorité qui est investie d'un tel pouvoir, il est évident qu'il pourrait ainsi décider de l'application ou de l'éviction des garanties de la Convention, ce qui serait contraire à sa logique et la priverait de contenu. La Cour européenne des droits de l'homme a donc jugé que, dans le droit de la Convention, la qualification de matière civile et de matière pénale est autonome. Ce raisonnement conduit à constater que l'Autorité est investie du pouvoir de droits et obligations de caractère civil et que de ce fait, elle doit respecter les garanties du procès équitable"*.

Cette analyse a pu être tempérée sinon remise en cause par une partie de la doctrine, s'appuyant sur certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme pour lesquelles il est loisible aux Etats de confier un pouvoir relevant de l'article 6 de la convention à une entité autre qu'une juridiction sans respecter tous les principes du procès équitable, à condition que les décisions de cette autorité soient soumises à un recours de pleine juridiction devant une juridiction qui remplit toutes les garanties de l'article 6. En tout état de cause, il ressort de la motivation d'un arrêt de la première chambre de Cour d'appel de Paris du 27 juin 2000 se prononçant sur le règlement de différend opposant la société Telecom Développement à France Télécom qu'il n'est contestable ni contesté par l'ART qu'elle est soumise à l'obligation d'impartialité au sens de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un considérant de principe, la Cour estime que *"l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective qui tente d'établir ce que le juge pensait en son for intérieur en la circonstance et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à ce stade tout doute légitime"*. Au cas d'espèce, France Telecom mettait en cause un courrier du président de l'ART détaillant l'ensemble des points que l'Autorité souhaitait voir figurer dans le projet de catalogue d'interconnexion, antérieur à la saisine de règlement de différend. La Cour d'appel relève que *"les termes du courrier ne reflètent ni parti pris, ni préjugé, et ne justifient pas un doute légitime sur l'impartialité de celui qui les a écrits"*.

Cette dernière jurisprudence s'applique aussi aux mesures d'instruction à l'initiative du rapporteur. En vertu de l'article 12 du règlement intérieur, le rapporteur ou son adjoint peut procéder en respectant le principe du contradictoire à toute mesure d'instruction qui lui paraîtrait utile. Il peut en particulier inviter les parties à fournir, oralement ou par écrit, les explications nécessaires à la solution du différend. Le chef du service juridique ou son adjoint est chargé de l'exécution de ces mesures d'instruction et des communications avec les parties. Le plus souvent, le rapporteur établit un questionnaire technique que le chef du service juridique ou son adjoint adresse aux parties. Par référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat(53) en matière de sanctions administratives, les termes de ce questionnaire, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre et, au regard de l'exigence d'impartialité, ne doivent pas donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis. Pour autant, le respect des règles édictées à l'article 6-1 de la CEDH ne semble pas faire obstacle à ce

que le rapporteur prenne, dans le respect du contradictoire, toute initiative propre à faire émerger des débats les éléments susceptibles d'éclairer l'Autorité quant au choix de la solution appropriée et équitable.

En outre, en vertu de l'article 12 du règlement intérieur, le rapporteur ou son adjoint peut mandater des agents de l'Autorité afin de procéder aux constatations, en accord avec la partie concernée, en se transportant sur les lieux. Les parties sont invitées à assister à cette visite. Eu égard à ses pouvoirs d'investigations, le collège de l'ART délibère hors la présence du rapporteur, dans le respect tant de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris que du Conseil d'Etat(54).

En ce qui concerne l'audience, l'article R. 11-1 du code des postes et télécommunications se borne à prévoir que l'Autorité peut entendre les parties. Par suite, le premier règlement intérieur(55) de l'Autorité n'envisageait la tenue d'une audience qu'à titre facultatif. Eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation COB c/Oury qui renforce les garanties procédurales, le règlement intérieur modifié précise à l'article 14 que l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, le collège de l'Autorité en délibère. Cette rédaction est conforme à la jurisprudence pragmatique de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la publicité des audiences(56). Ainsi, elle a estimé que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6-1 n'empêchent la partie en cause de renoncer à la publicité de son plein gré et de manière non équivoque. La jurisprudence du Conseil d'Etat(57) et de la Cour de cassation sont en harmonie sur cette question avec celle de la Cour européenne.

La Cour d'appel veille aussi strictement à ce que les décisions de l'Autorité soient suffisamment motivées en fait et en droit en application de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications(58). Cette prescription doit être aussi conciliée avec le respect des secrets protégés par la loi.

B/ Le respect du secret des affaires :

Aucune disposition législative ou réglementaire du code des postes et télécommunications ne précise les conditions dans lesquelles l'Autorité veille au respect du secret des affaires au cours des procédures de règlement de différends. Le principe du respect du secret des affaires est seulement posé par l'article L. 36-8 qui prévoit que l'Autorité rend publique ses décisions sous réserve des secrets protégés par la loi.

En application de ce principe, le projet du règlement intérieur de 1997 prévoyait, en s'inspirant de la rédaction des dispositions prévues la matière pour le président du Conseil de la concurrence(59), que "par exception le président de l'ART peut refuser la communication de certaines pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans le cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier". Mais il est apparu que de telles dispositions ne pouvaient résulter que d'un texte de loi et non du simple règlement intérieur. Aussi a-t-il pu être envisagé de modifier l'article L. 36-8 du CPT pour conférer à l'Autorité les mêmes pouvoirs d'investigation dans le cadre des procédures de règlement des différends que ceux dont elle dispose pour rechercher et constater les infractions pénales en vertu de l'article L. 40 du CPT. Cependant, à la réflexion, ces modifications ont été abandonnées car elles conduisaient à modifier de manière importante l'économie des dispositions de l'article L. 36-8 du CPT. En effet, d'une part, la finalité de l'intervention du Conseil de la concurrence est de sanctionner les pratiques anti-concurrentielles, et non pas de régler des différends. D'autre part, la partie qui a déposé une saisine devant l'ART poursuit un but qui lui est propre, qu'elle a circonscrit, et n'est pas disposée à introduire une procédure susceptible d'échapper à son contrôle par le biais de l'exercice de pouvoirs d'investigation étendus. C'est aussi le respect du secret des affaires qui conduit à exclure de la procédure de règlement de différend un tiers intéressé par la solution du litige.

Dans ces conditions, l'ART s'est bornée à préciser, dans son règlement intérieur à l'article 16, que les décisions sont publiées ou mentionnées au *Journal officiel* de la République française, sous réserve des secrets protégés par la loi. Par suite, dans le courrier de notification des décisions adressé aux parties, le chef du service juridique ou son adjoint leur demande de vérifier dans un délai imparti de quelques jours si certains passages de la décision peuvent porter atteinte au secret des affaires. Les décisions sont rendues publiques sur le site internet de l'ART en tenant compte des observations formulées par les parties. La publication au *Journal officiel* mentionne le cas échéant la suppression de passages en raison des secrets protégés par la loi.

C/ Le sursis à exécution devant la Cour d'appel :

En vertu de l'article L. 36-8. III du code des postes et télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation dans le délai d'un mois à compter de leur notification. Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. Les mesures conservatoires prises par l'Autorité de régulation des télécommunications peuvent, au maximum dix jours après leur notification, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation. Ce recours est jugé dans un délai d'un mois.

L'article L. 36-8. IV donne compétence à la Cour d'appel de Paris pour statuer non seulement sur les recours en annulation ou en réformation formés contre les décisions mais aussi les mesures conservatoires prises par l'Autorité. Dans l'arrêt Copper du 15 décembre 1998, la Cour d'appel de Paris relève dans un considérant de principe, que ces dispositions spécifiques excluent l'application des règles de procédure civiles relatives à l'appel.

Dans le cadre de son recours contre la décision de l'Autorité n° 98-506 du 24 juin 1998, Copper Communications avait aussi saisi, d'une part, le premier président d'une demande de sursis à exécution, d'autre part, le conseiller de la mise en état d'une demande de mesures conservatoires tendant à ce que France Télécom maintienne l'accès à son réseau.

Par ordonnance du 8 septembre 1998, le premier président a rejeté la demande de sursis à exécution au motif que *"la décision de l'Autorité ne comporte par elle-même aucune exécution, la décision prise par l'Autorité de rejeter une demande de mesures conservatoires, notamment au motif que le différend dont elle est l'accessoire ne relève pas de son pouvoir, n'est pas susceptible de sursis ; que la requête de la société Copper Communications est, à cet égard, sans objet ; que, d'autre part, le premier président de la Cour d'appel de Paris, saisi d'une demande de sursis à exécution, est sans pouvoir pour ordonner accessoirement ou subsidiairement à cette demande, des mesures conservatoires ou des garanties."*

Par ordonnance du 19 octobre 1998, le premier président a rappelé que les dispositions relatives au conseiller de la mise en état ne sont pas applicables aux recours formés contre les décisions de règlement des différends rendues par l'Autorité et a en conséquence déclaré irrecevable la demande de mesures conservatoires présentée par Copper Communications devant le conseiller de la mise en état. Le premier président a précisé en outre que *"les articles R.11-3 et suivants du code des postes et télécommunications, seuls applicables en l'espèce, ne donnent pas au premier président de la Cour ou à son délégué le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires."*

Plus récemment, France Télécom a saisi le premier président de la Cour d'appel de Paris, en application des dispositions de l'article R. 11-6 du code des postes et télécommunications, d'une demande de sursis à exécution de la décision n° 01-474 du 18 mai 2001 imposant à France Télécom de faire droit à la demande d'interconnexion de 9 Télécom Réseau incluant une prestation de facturation des services à revenus partagés. Dans son ordonnance du 17 août 2001, le magistrat délégué a relevé que *"doit seulement être prise en considération, pour l'appréciation du bien-fondé de la requête aux fins de sursis à exécution, l'incidence sur le fonctionnement et la situation financière de l'entreprise concernée des mesures arrêtées par l'Autorité, à l'exclusion des moyens tirés de la nullité ou du fond de sa décision, qui ne sont pas de la compétence du Premier Président : qu'en conséquence, les moyens du demandeur au sursis portant sur les conditions de concertation dans lesquelles la décision de l'Autorité a été prise et sur l'application des principes d'équité, de non discrimination et d'orientation de la tarification vers les coûts sont inopérants"* et ne peuvent qu'être écartés. En outre, France Télécom n'ayant pas allégué de faits nouveaux d'une particulière gravité survenus postérieurement à la décision, sa demande de sursis à exécution a été rejetée. On relèvera la brièveté des délais, la requête aux fins de sursis à exécution avait été enregistrée le 6 août 2001, l'audience a eu lieu le 10 août.

Dans ces conditions, les délais dans lesquelles la Cour d'appel rend ses décisions viennent renforcer les garanties d'un procès équitable dans le respect de l'article 6-1 de la CEDH. Ces délais raisonnables de jugement des recours alors que l'ART dispose elle-même de six mois au plus pour statuer sur les règlements

de différends, renforcent l'effectivité même de ces procédures d'arbitrage et contribuent à assurer leur efficacité pour les opérateurs concernés.

En définitive, l'attribution à l'ART par le législateur d'un pouvoir de règlement de litige s'avère avec le recul de près de six années constituer une heureuse innovation. Elle a d'ores et déjà permis à l'Autorité de régler des litiges qui, au delà de leur complexité technique, comportent souvent des enjeux économiques importants pour les parties concernées et pour la réussite du processus d'ouverture à la concurrence. Elle constitue notamment un outil adapté pour donner une explicitation concrète, et le cas échéant évolutive en fonction des changements constants des technologies et du marché, des droits et obligations associés au concept d'interconnexion, qui demeure central pour le bon fonctionnement des réseaux de télécommunications comme pour la construction d'une concurrence équitale et durable.

C'est pour cette raison que l'Autorité a fait part de son souhait de voir renforcer ses compétences en matière de règlement de différend dans le cadre de la transposition prochaine des directives adoptées le 7 mars 2002. Ainsi la possibilité, pour l'Autorité, de conduire une consultation publique en cours de procédure, la faculté expresse de conférer une portée rétroactive aux décisions pour prendre en compte les impacts économiques et concurrentiels des conditions restées en vigueur pendant la période d'instruction, et la possibilité de contraindre les parties à exécuter ces décisions constitueraient des outils indispensables pour donner toute sa portée et sa pleine efficacité à cette compétence(60).

Elisabeth Rolin

Chef du service juridique(61) de l'ART

-
- 1) Publié au numéro spécial des Petites Affiches, " Régulateurs et juges " Forum de la régulation sous la direction scientifique de Marie-Anne Frison-Roche et Jean Marimbert, n° 17 du 23 janvier 2003, p. 26 à 37. <http://www.art-telecom.fr/textes/36-8.htm>
 - 2) J. Chevallier, La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuité, RFDA, 12 (5) sept-oct. 1996, p. 909 et s.
 - 3) F. Fillon, AN, 7 mai 1996, JO Déb. , p. 2877; rapp. Larcher, p. 55
 - 4) M. Gentot, Les autorités administratives indépendantes, Montchrestien, Coll. Clefs-Politique, 1991 ; Les autorités administratives indépendantes, EDCE 2001, p. 253 et s.
 - 5) L. Boy, Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications, novembre 2000.
 - 6) Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 portant sur la loi de réglementation des télécommunications publiée au Journal Officiel du 27 juillet 1996 p. 11400 et s.
 - 7) L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 10ème édit, Dalloz, 1999, n° 42-27
 - 8) Décision n° 88-248 DC, Rec. 18, RJC I-339
 - 9) Décision n° 89-260 DC, Rec. 71, RJC I-365
 - 10) Article 33 du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications publié au Journal Officiel du 30 décembre 1990, p. 16568 et sur les arbitrages rendus par le ministre chargé des postes et télécommunications voir la thèse d'Isabelle Ciupa d'octobre 1996 sur l'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'ONP comme outil d'une régulation concurrentielle, Presses universitaires du septentrion, 1998.
 - 11) CE 2/1 France Télécom du 16 juin 2000, n° 202835, concl. B. Martin Laprade
 - 12) Rapport de C. Galliard n° 2750 Assemblée Nationale, p. 178 et s.
 - 13) Directive CE n° 97/33 du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans les secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)
 - 14) Décision n° 86-224 DC, Rec. 8, RJC I-303, G.D 41
 - 15) La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a prévu une procédure de règlement de différend devant la Commission de régulation de l'électricité (CRE) ; la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 portant modification de la loi n° 86- 1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a aussi institué une procédure de règlement de différend devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).
 - 16) A la date du 5/12/2002
 - 17) Il s'agit des réseaux du plan câble établis ou exploités en application des dispositions de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et pour les réseaux concessifs établis ou exploités en application des dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
 - 18) Publiée au Journal officiel du 28 juillet 2001 p. 12132 et s. (articles 14 et 17)
 - 19) Publié au Journal officiel du 28 juillet 2001 p. 12129 et s.
 - 20) Directive 98/10/CE du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel

- 21) La Cour d'appel a confirmé les décisions rendues par l'Autorité le 10 juillet 1997 en règlement des différends opposant France Télécom et respectivement Paris TV Câble et la Compagnie Générale de Vidéocommunication pour la location de capacités supplémentaires sur plusieurs réseaux câblés afin d'offrir le service d'accès à Internet. Le terme Internet est entendu dans le rapport d'activité de l'ART pour 1997 comme l'ensemble des liens établis entre les différends nœuds (c'est à dire toute plate-forme de routage, tout ordinateur, équipement téléinformatique connecté au réseau) des réseaux de télécommunications interconnectés selon le protocole TCP/IP, et l'ensemble des services accessibles à travers ces réseaux.
- 22) Décision n° 01-1055 du 7 novembre 2001 se prononçant sur un différend entre Free Télécom et France Télécom
- 23) Décision n° 02-147 du 12 février 2002 se prononçant sur un différend entre MFS Communications et France Télécom
- 24) Décision n° 98-506 du 24 juin 1998 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom.
- 25) Décision n° 98-703 du 4 septembre 1998 se prononçant sur un différend entre TO COM et France Télécom
- 26) Décision n° 98-704 du 4 septembre 1998 se prononçant sur un différend entre Audiopresse et France Télécom
- 27) Décision n° 98-705 du 4 septembre 1998 se prononçant sur un différend entre Even Média et France Télécom
- 28) Décision n° 99-716 du 9 septembre 1999 se prononçant sur un différend entre Spacetel et France Télécom
- 29) Décision n° 00-703 du 7 juillet 2000 se prononçant sur un règlement de différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international.
- 30) Décision n° 01-951 du 5 octobre 2001 se prononçant sur le différend opposant Magic Online à France Télécom et Transpac relatif aux conditions techniques et tarifaires des offres de collecte nationale des trafics IP pour la fourniture de services ADSL .
- 31) A titre d'exemples : décision n° 00-723 en date du 12 juillet 2000 se prononçant sur le différend opposant Siris et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant ; décision n° 00-1194 se prononçant sur le différend entre Sonera France et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphoniques
- 32) Décision n° 01-1112 en date du 16 novembre 2001 se prononçant sur le différend opposant Liberty Surf à France Télécom relatif aux conditions de choix de modems clients dans le cadre du contrat d'accès IP/ADSL
- 33) Décision n° 99-197 du 1er mars 1999 se prononçant sur un différend entre la Société Française du radiotéléphone et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de la Société Française du radiotéléphone
- 34) Décision n° 00-603 du 30 juin 2000 se prononçant sur un différend entre Linx et France Telecom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant
- 35) Décision n° 01-951 du 5 octobre 2001 se prononçant sur un différend entre Magic on Line et France Télécom
- 36) Décision n° 00-515 du 30 mai 2000 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par Siris
- 37) Les décisions de règlement de différends sont disponibles sur le site internet de l'ART : www.art-telecom.fr ainsi que les communiqués de presse pour les plus importantes.
- 38) Décisions rendues par l'Autorité le 10 juillet 1997 en règlement des différends opposant France Télécom et respectivement Paris TV Câble et la Compagnie Générale de Vidéocommunication
- 39) La Cour d'appel a ainsi confirmé la décision de l'Autorité en date du 5 janvier 2000 se prononçant sur un différend entre Télécom Développement et France Télécom relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés du réseau de France Télécom
- 40) La rédaction de l'article L. 34-8 résultant de la loi du n° 96-659 du 26 juillet 1996 : "Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit, dans des conditions objectives transparentes et non discriminatoires aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1. La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est raisonnable au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire ".
- 41) voir aussi la décision n° 00-723 du 12 juillet 2000 se prononçant sur un différend entre Siris et France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement de trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant.
- 42) Décision n° 01-1112 en date du 16 novembre 2001 se prononçant sur le différend opposant Liberty Surf à France Télécom relatif aux conditions de choix de modems clients dans le cadre du contrat d'accès IP/ADSL.
- 43) Ce grief a été rejeté comme non fondé par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 27 juin 2000 FT c/TD
- 44) Décision n° 02-147 du 12 février 2002 se prononçant sur un différend entre MFS communications et France Télécom
- 45) Décision n° 02-278 en date du 28 mars 2002 se prononçant sur un différend entre LDCOM et France Télécom
- 46) Décision n° 01-1055 en date du 7 novembre 2001 se prononçant sur un différend entre Free Télécom et France Télécom
- 47) issu du décret n° 97-264 du 19 mars 1997 introduisant les articles R.11-1 à R.11-9 dans le code des postes et télécommunications
- 48) Il annule et remplace le précédent règlement intérieur (décision n° 97-57 du 26 mars 1997)
- 49) Alors même qu'il s'agissait du précédent règlement intérieur, cette jurisprudence est transposable aux règles actuelles.
- 50) Décision n° 97-88 de l'Autorité en date du 9 avril 1997 approuvant l'offre technique et tarifaire d'interconnexion de France Télécom.
- 51) Cass. Ass. plén., 5 février 1999, COB c/Oury : Gaz Pal, 24-25 février 1999, concl. M. -A. Lafortune; JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou. Pour le Conseil de la concurrence, Cass. com., 5 octobre 1999, Campenon Bernard SGE : JCP G 2000, II, 10255, note E. Cadou ; Cahier Droit des affaires 1999, n° 40, Act. jur., p. 44. V. J. -F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6-1a CEDH : AJDA 1999, p. 847
- 52) Les entretiens de l'Autorité, colloque du 23 mars 1999 : "le droit des télécommunications : bilan et perspectives".
- 53) CE, Section, 20 octobre 2000, Société Habib Bank Limited
- 54) CE, Section, 3 décembre 1999, Didier, F. Sudre, La participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers n'est pas contraire à la CEDH, JCP, la Semaine Juridique EG, n° 10 267, 8 mars 2000, p. 422 et s.
- 55) Décision n° 97-57 du 26 mars 1997; article 12: "S'il estime que l'affaire le requiert, le président peut convoquer les parties à une audience"
- 56) CEDH, 28 juin 1978, König c/ Allemagne ; CEDH, 10 février 1983; Le Compte c/ Belgique ; CEDH 26 septembre 1995, Diennet c/ France à propos de sanctions disciplinaires.

57) CE, Ass. 14 février 1996, M. Maubleu, concl. M. Sanson, RFDA nov-déc. 1996, p. 1186 et s.

58) à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, première chambre du 27 juin 2000 se prononçant sur le règlement de différend opposant la société Telecom Développement à France Télécom

59) Article 23 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

60) Adapter la régulation au nouveau contexte du marché des télécommunications, Synthèse du rapport de l'Autorité de régulation des télécommunications sur l'adaptation de la régulation, juillet 2002

61) Cet article a été rédigé avec le concours des membres du service juridique : Aurélie Doutriaux, Christine Galliard, Jérôme Poulain, Loïc Taillanter, Eric Vève.