



B I P T

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX
ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS**

**TRADUCTION DE LA
VERSION NON CONFIDENTIELLE DE LA
DÉCISION DU CONSEIL DE L'IBPT
DU 5 AVRIL 2013
CONCERNANT
LE REFUS D'ACCORDER A
TELENET-TECTEO BIDCO
UN REPORT DE L'OFFRE COMMERCIALE DES SERVICES 3G POUR LE 15
JANVIER 2013 AU PLUS TARD ET UN REPORT POUR LES NIVEAUX DE
COUVERTURE DE LA POPULATION BELGE APRES 3, 4 ET 5 ANS APRES LA
NOTIFICATION DE L'AUTORISATION 3G**

TABLE DES MATIÈRES

1. Objet de la présente décision	3
2. Rétroactes	3
3. Cadre réglementaire	5
4. Examen par l'IBPT	6
4.1 Justification de la demande de BidCo	6
4.2 L'absence d'un business case économiquement justifié	7
4.3 Le refus des opérateurs de réseau mobile de conclure un accord RAN avec BidCo	8
4.4 Force majeure pour cause de législation défavorable au déploiement d'un réseau mobile	10
5. Point de vue de BidCo	11
6. Accord de coopération.....	14
7. Décision.....	14
8. Voies de recours	14

1. Objet de la présente décision

Dans un courrier du 14 décembre 2012, BidCo a demandé à l'IBPT de, *"dans le cadre de ses propres compétences ou dans le cadre de son avis à l'occasion de l'évaluation imposée par le gouvernement fédéral, d'implémenter ou de proposer formellement les mesures suivantes:*

- (1) *Reporter la date ultime du lancement commercial d'au moins 18 mois (donc pas d'obligation de lancement commercial avant le 15 juillet 2014); et*
- (2) *Reporter les périodes de déploiement du réseau d'au moins 2 ans (donc 30% de la couverture de la population au plus tôt après 5 ans, 40% de la couverture de la population au plus tôt après 6 ans, 50% de la couverture de la population au plus tôt après 7 ans); et*
- (3) *Mettre tout en oeuvre afin que Bidco puisse encore avoir un accès de gros au RAN d'un MNO ou proposer une autre solution appropriée (par ex. en imposant des obligations de roaming national à un MNO)." (...)*

Cette demande a été complétée par une note anglaise afférente datant du 18 décembre 2012.

La présente décision traite des deux premières demandes, à savoir le report demandé de l'offre commerciale des services 3G pour le 15 janvier 2013 au plus tard et le report demandé pour les niveaux de couverture de la population belge après 3, 4 et 5 ans après la notification de l'autorisation 3G.

2. Rétroactes

En 2001, le gouvernement avait décidé de mettre aux enchères quatre autorisations 3G dans la bande 2,1 GHz. Seuls trois candidats avaient soumis leur candidature pour la mise aux enchères organisée en 2001. Ces trois opérateurs sont les mêmes que ceux détenant une autorisation 2G, à savoir:

- Belgacom;
- Mobistar;
- KPN Group Belgium (KPN, GB).

Le gouvernement a décidé en 2010 d'autoriser un ou plusieurs nouveaux opérateurs 3G à obtenir le spectre correspondant à l'autorisation 3G qui n'a pas été attribuée en 2001. Le gouvernement a également décidé d'autoriser un des nouveaux opérateurs 3G à obtenir du spectre dans les bandes 900MHz et 1800MHz.

Le 4 mars 2011, le Conseil de l'IBPT a décidé d'inviter les candidats à déposer leurs candidatures conformément à l'arrêté royal du 18 janvier 2001 *fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération (ci-après l'"AR 3G")*.

Le 29 avril 2011, à 10h00, l'IBPT a reçu une candidature de la part de la :

SA TELENET-TECTEO BIDCO
Liersesteenweg 4
2800 Malines

L'IBPT a vérifié la recevabilité de cette candidature et en a informé le candidat.

Après consultation du candidat, une offre a, conformément à l'arrêté royal du 18 janvier 2001, été émise pour la bande 1950,1 - 1964,9 / 2140,1 - 2154,9 MHz de 616.656,80 euros par mois. L'offre a été acceptée. La procédure d'octroi a ainsi été clôturée.

Le 27 juin 2011, l'IBPT a également reçu un courrier l'informant que, conformément à l'article 64, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 janvier 2001, le candidat souhaitait faire usage de la possibilité de se voir attribuer 4,8 MHz duplex dans les bandes 880-915 MHz et 925-960 MHz. L'IBPT a pris note de cette intention mais a donné la possibilité au candidat de le confirmer conformément à l'article 64. Ce dernier l'a fait par courrier, le 8 août 2011.

Le 14 juillet 2011, l'IBPT a décidé d'attribuer les droits d'utilisation pour la bande 1950,1 - 1964,9 / 2140,1 - 2154,9 MHz (autorisation 3G) à la

SA TELENET-TECTEO BIDCO
Liersesteenweg 4
2800 Malines

Cette décision a été annulée le 4 décembre 2012 par la Cour d'appel de Bruxelles. Le 10 décembre 2012, l'IBPT a pris une décision de réfection à effet rétroactif.

Dans un courrier du 15 décembre 2011, BidCo a pour *[omission passage confidentiel]*.

Dans un courrier du 10 juillet 2012 à l'IBPT, BidCo a ensuite expliqué comment il souhaitait aborder le lancement commercial des services 3G:

[omission passage confidentiel]

Dans ce même courrier, BidCo a en effet demandé à l'IBPT si "*ce scénario satisfaisait à toutes les conditions légales du lancement commercial de ses propres fréquences conformément à l'AR 3G*".

Dans son courrier du 20 juillet 2012, l'IBPT a répondu que ce scénario satisfaisait uniquement à la seconde phase des conditions légales, et qu'il était suffisant que Telenet effectue au nom de Telenet Tecteo BidCo SA un tel lancement à l'attention de sa clientèle.

[omission passage confidentiel]

Il semble cependant que BidCo ait abandonné cette piste. Les représentants de Telenet l'ont communiqué lors d'une réunion avec l'IBPT datant du 14 décembre 2012. Toutefois, lors de la réunion avec l'IBPT en date du 13 mars 2013, ce scénario a à nouveau été annoncé comme une possibilité de satisfaire à l'obligation de lancement commercial avec, le cas échéant, une exécution en juillet – novembre 2013.

Entre-temps, l'IBPT a reçu la demande de report de BidCo pour cause de force majeure. La demande ne mentionne pas de délai concernant le report pour ce qui est de l'obligation de l'art. 4, § 1er de l'AR 3G (obligation de lancement d'une offre commerciale). Pour les obligations de l'art. 3, § 1er (obligations de couverture), BidCo demande au moins 2 ans de report des dates respectives prévues dans l'AR 3G.

3. Cadre réglementaire

L'article 2, §§ 1 et 2 de l'AR 3G est libellé comme suit:

"Art. 2. § 1er. L'autorisation couvre la mise en œuvre d'un réseau terrestre de télécommunications mobiles de la troisième génération et l'exploitation des services correspondants offerts, par l'opérateur 3G, au public par l'intermédiaire de ce réseau.

§ 2. Le réseau de l'opérateur 3G permet au moins à ses clients d'accéder aux services suivants, au départ ou à destination de leur appareil terminal mobile de la troisième génération, lorsqu'ils se trouvent dans la zone de couverture du réseau de l'opérateur 3G: (...)"

L'article 4, § 1er, de l'AR 3G est libellé comme suit:

"Art. 4 § 1er. Le service de l'opérateur 3G est offert commercialement au plus tard le 15 septembre 2003. Le service d'un opérateur 3G qui n'était pas encore opérateur 3G au 1er janvier 2010 est offert commercialement au plus tard 18 mois à compter de la notification de l'autorisation. Des dérogations à ce qui précède sont accordées par l'Institut, en cas de force majeure."

L'article 3, § 1er, alinéa trois, de l'AR 3G est libellé comme suit:

« Le déploiement du réseau radioélectrique d'un opérateur 3G qui n'était pas encore opérateur 3G au 1er janvier 2010 respecte au moins les niveaux de couverture de la population en Belgique spécifiés aux différentes échéances ci-dessous, à compter de la notification de l'autorisation:

1° après 3 ans: 30%

2° après 4 ans: 40%

3° après 5 ans: 50% »

L'article 3, § 1, alinéa six de l'AR 3G stipule que l'Institut accorde des exceptions à ce principe en cas de force majeure.

Ces dispositions établissent clairement que l'attribution d'une autorisation 3G vise à déployer un (nouveau) réseau 3G pour offrir des services 3G.

Selon le rapport au Roi, ces normes de déploiement sont *"des obligations de résultat (...) dans le chef des opérateurs (...)*. L'IBPT peut uniquement accorder des exceptions *"en cas de force majeure"*.

Concernant l'obligation de l'article 4, § 1er, le rapport au Roi stipule que cette obligation fixe un délai maximum raisonnable pour l'ouverture commerciale du service mais que ce délai sera éventuellement adapté par le Ministre (à l'article 4, § 1er, entre-temps remplacé par "l'Institut") en cas de force majeure.

Pour décrire le concept de *"force majeure"*, il est fait usage dans le cadre du droit des obligations de la *théorie de l'impossibilité non imputable*. Selon le Prof. L. Cornelis, il s'agit d'une théorie *"qui exige du débiteur d'une obligation (issue d'une loi ou d'une règle de droit et le même principe vaut également pour les obligations issues d'un acte juridique) qu'il établisse que l'inexécution (constatée) est (exclusivement) due à une circonstance et/ou un évènement étranger à sa volonté et qui était imprévisible et insurmontable pour lui (traduction libre) (Cass. 15 février 1951, Pas. 1951, I, 388; Cass. 29 novembre 1984, Arr. Cass. 1984-1985, 446; Cass. 9 octobre 1986, Arr. Cass.*

1986-1987, 165; Cass. 17 janvier 1990, Arr. Cass. 1989-1990, 650; Cass. 15 juin 1995, Arr. Cass. 1995, 613¹). Cette définition est confirmée par d'autres auteurs².

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a jugé que *“la cause étrangère suppose un événement indépendant de la volonté humaine que l'homme n'a pu prévoir ni prévenir”* (Cass. 7 mars 2008, RW, 2011, 583).

Il est également important de souligner que l'événement ne peut pas être imputable à une erreur du débiteur³ et que des coûts plus élevés ne constituent pas une circonstance insurmontable⁴.

En d'autres termes, les circonstances suivantes doivent être présentes pour pouvoir invoquer une situation de force majeure: les circonstances et/ou l'événement doivent être étrangers à la volonté du débiteur, insurmontables et imprévisibles.

4. Examen par l'IBPT

4.1 Justification de la demande de BidCo

Dans le cadre de sa demande de report de l'offre commerciale du service 3G pour le 15 janvier 2013 au plus tard et de report pour les niveaux de couverture de la population belge après 3, 4 et 5 ans après la notification de l'autorisation 3G, BidCo se base sur les éléments suivants:

1. Dans les circonstances actuelles, il n'existerait aucun "business case économiquement justifié" pour le développement d'un réseau mobile propre. Seul un modèle hybride combinant un MVNO ou du roaming national avec du RAN ("Radio Access Network")-sharing⁵ offrirait un scénario réaliste pour l'exploitation du spectre propre.
2. Aucun autre opérateur de réseau mobile ne semble être prêt à conclure un accord de coopération avec BidCo afin de développer un modèle hybride de ce type.
3. La "seule option possible", compte tenu des points 1 et 2 pour lesquels l'IBPT pourrait intervenir afin d'obliger un opérateur de réseau mobile à offrir l'accès à BidCo au RAN, semble ne pas être opérationnelle car l'IBPT n'aurait pas le pouvoir d'imposer ce type d'accès RAN.

Dans une lettre d'accompagnement du 18 décembre 2012, BidCo a joint une note anglaise développant ces points plus avant. Il s'agit plus particulièrement de:

¹ L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen, 2000, p. 642-643.

² Voir entre autres P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 1383-1384 ; A. Van Oevelen, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *TPR* 2008, 606 (603); S. Stijns, *Verbintennisrecht*, Bruges, die Keure, I, 2005, 150; W. Van Gerven, *Verbintennisrecht*, Louvain, Acco, 171.

³ Selon P. Van Ommeslaghe, « *Ne peut être constitutif d'un cas de force majeure, un événement qui a été provoqué ou favorisé par une faute, une imprudence ou une négligence du débiteur contractuel ou de défendeur en responsabilité extra-contractuelle* », op. cit., 1385.

⁴ « *Une circonstance rendant l'exécution de l'obligation simplement plus onéreuse ne constitue pas un événement de force majeure libératoire de la responsabilité (ou extinctif de l'obligation)* », ibid., 1383.

⁵ Le partage du réseau d'accès radioélectrique, voir à cet égard la communication de l'IBPT du 17 janvier 2012 présentant des lignes directrices sur le partage d'infrastructures.

- Le cadre réglementaire fédéral serait préjudiciable à un nouvel arrivant sur le marché: l'autorisation 3G n'est valable que 10 ans (jusqu'au 15 mars 2021, ce qui équivaut seulement à la moitié de la durée des trois autres opérateurs 3G); les obligations sont quasi identiques à celles qui sont d'applications aux trois opérateurs 3G et il n'y a pas de roaming national en 3G, uniquement en 2G. Les conditions pour BidCo seraient même plus sévères étant donné que les pouvoirs publics (à l'époque, le Ministre compétent pour les télécommunications) ont par le passé accordé deux fois un report pour force majeure à trois autres opérateurs 3G.
- Selon BidCo, tandis que les trois autres opérateurs 3G refusent de donner un accès "de gros" au réseau d'accès radioélectrique (RAN), l'IBPT n'aurait pas le pouvoir d'imposer un accès aux autres opérateurs de réseau mobile. BidCo le formule en ces termes:

"The conditions of ex ante regulation of undertakings with SMP do not seem to be fulfilled, because, in our view, it is unlikely that one or more of the existing 3 MNOs could currently be deemed to have SMP in the relevant markets.

Neither are the conditions for imposing obligations under article 51 of the Act of 13 June 2005 on Electronic Communications (ECA) fulfilled."

- A défaut d'adaptation du cadre législatif, l'accès à l'infrastructure mobile d'autres opérateurs ne serait donc pas possible. Selon BidCo, il n'y aurait aucune volonté politique pour effectuer une telle adaptation.
- Même s'il existait un business case positif pour le déploiement d'un réseau propre ou même si un RAN-sharing était possible avec un autre opérateur mobile, BidCo estime toujours que le cadre réglementaire communautaire pertinent est défavorable au développement d'un nouveau réseau 3G. La procédure de permis de bâtir durerait trop longtemps et les normes environnementales en matière de rayonnement seraient trop strictes, en particulier dans la Région de Bruxelles-Capitale. Ensuite, BidCo signale que l'opposition contre les autorisations ne cesse de gagner en importance de tous côtés comme le démontre également la demande d'annulation se fondant sur les raisons de santé énoncées dans la décision de l'IBPT qui attribue la licence 3G à BidCo.

4.2 L'absence d'un business case économiquement justifié

Vu que le report à une date ultérieure d'une offre commerciale de services 3G ne peut être accordé que par l'IBPT pour cause de force majeure, il y a lieu de se demander si la prétendue absence de business case économiquement justifié constitue un cas de force majeure.

Comme indiqué ci-dessus, la force majeure doit être imprévisible (voir point 3). Dans le cas de BidCo, il était toutefois parfaitement possible de constituer un business case, dans le cadre de la situation réglementaire existante, avant d'acquiescer la licence 3G. Généralement, un opérateur comme BidCo se familiarise avec le cadre réglementaire avant d'émettre une offre pour une licence 3G. En outre, une synthèse du cadre réglementaire a explicitement été mise à disposition par l'IBPT en préparation de la procédure de mise aux enchères.

Un opérateur comme BidCo doit également connaître les conditions commerciales et économiques dans lesquelles l'offre a été émise. Depuis la soumission d'une offre pour la licence 3G, ces circonstances n'ont pas changé au point que le business case soit fondamentalement différent du moment où BidCo a émis son offre. BidCo ne le prouve d'ailleurs pas non plus. Le fait qu'il était déjà connu qu'un business case pour un nouvel opérateur 3G soit "très difficile", comme indiqué dans une étude d'Analysys Mason citée par BidCo, n'y change rien. Au contraire,

BidCo a soumis son offre en connaissance de cause et les difficultés pour un nouvel acteur étaient déjà connues à l'époque.

Rien ne permet donc de déduire que l'absence d'un business case économiquement justifié pourrait constituer une cause de force majeure.

Cette position vaut aussi bien pour les obligations de couverture de l'article 3, § 1er de l'AR 3G que pour l'obligation de, dans les 18 mois qui suivent la notification de l'autorisation, proposer sur le marché une offre commerciale de services 3G (art. 4, § 1er).

Concernant cette dernière obligation, il peut en outre être difficilement supposé que l'unique obligation de proposer une offre commerciale de services 3G, et ce sans aucune exigence de couverture à cette date, soit impossible à exécuter en raison d'un business case négatif. Comme mentionné dans la décision du Conseil de l'IBPT du 29 octobre 2010 relative à la mise en demeure de KPN Group Belgium en matière de non-respect des obligations concernant l'offre de services 3G, l'obligation de fourniture d'un service commercial est en effet une obligation très peu contraignante. Celle-ci consiste à, sur les bandes de fréquences pour lesquelles les droits d'utilisation sont attribués, proposer le service, quelle que soit la quantité de lieux où le service est offert. BidCo ne démontre aucunement pourquoi cette obligation serait inexécutable pour force majeure.

De plus, il ressort d'un courrier de BidCo avec l'IBPT que BidCo avait déjà élaboré six mois à l'avance un scénario pour satisfaire à cette obligation. Le 10 juillet 2012, BidCo a posé à l'IBPT une série de questions, dont des questions relatives au lancement commercial:

[omission passage confidentiel]

L'IBPT a répondu à ces questions par courrier le 20 juillet 2012 que la deuxième phase de ce scénario satisfaisait, selon l'IBPT, aux conditions légales, et qu'il était en outre suffisant que Telenet effectue au nom de Telenet Tecteo BidCo SA un tel lancement à l'attention de sa clientèle. Six jours plus tard⁶, Telenet a fait mention d'un prétendu "gentlemen's agreement" entre l'IBPT et BidCo en vue du lancement commercial de ses services 3G.

A ce moment-là, il existait donc bel et bien un scénario dans le chef de BidCo pour satisfaire à l'obligation de l'art. 4, § 1er de l'AR 3G et la prétendue absence d'un business case ne formait à l'époque pas de barrière à l'exécution de cette obligation.

4.3 Le refus des opérateurs de réseau mobile de conclure un accord RAN avec BidCo

La deuxième raison citée par BidCo pour invoquer la force majeure concerne le refus des opérateurs de réseau mobile actuels de donner accès à leur RAN. En l'absence d'un business case pour le déploiement d'un réseau propre, BidCo estime en effet qu'il pourrait uniquement déployer un réseau conforme aux obligations de l'AR 3G via un accès au RAN d'un autre opérateur mobile.

⁶ "Nous avons un 'accord' concernant les exigences de l'IBPT, qui rend leur réalisation quasi faisable." (traduction libre) (Datanews, 26 juillet 2012).

La question qui se pose est de savoir si le refus des trois autres opérateurs de réseau mobile constitue une situation de force majeure pour BidCo, suite à laquelle les obligations de l'art. 3, § 1er et de l'art. 4, § 1er de l'AR 3G sont inexécutables dans les délais fixés.

Dans le cadre de sa candidature, BidCo a, avant de soumettre son offre le 27 juin 2011, dans un courrier du 31 mai 2011, indiqué que *"l'auto-déploiement complet d'un (quatrième) réseau mobile en Belgique était, selon eux, irréalisable de facto tant d'un point de vue économique, financier que juridique (et certainement pas au cours de la durée de validité limitée de l'autorisation mise aux enchères)" (traduction libre)*. C'est pourquoi BidCo a fait un round de négociations avec les trois autres opérateurs 3G *"concernant la possibilité d' "héberger" le spectre à acquérir sur le réseau d'un de ces opérateurs. Ces négociations se sont cependant avérées plus difficiles qu'initialement prévu"*. Ce dernier point a encore été confirmé dans un courrier du 30 septembre 2011.

Dans un courrier du 15 décembre 2011, BidCo a répété la même position sur la faisabilité du développement d'un nouveau réseau et sur les négociations pénibles. En outre, il a également indiqué que *"l'IBPT n'avait pas le pouvoir d'obliger les opérateurs mobiles à donner accès à BidCo et/ou ses actionnaires à leur RAN"*.

Ce courrier démontre que BidCo, même avant de soumettre son offre pour le spectre à acquérir, était en tous les cas conscient depuis le début du processus de mise aux enchères des obligations réglementaires liées à l'autorisation. Ce courrier établit également que BidCo n'avait déjà pas l'intention en mai 2011 de déployer un réseau propre et ce pour des raisons économiques, financières et juridiques. Ce refus de BidCo de déployer un réseau propre ne peut en aucun cas être considéré comme force majeure. Le non-développement d'un réseau propre est en effet un choix stratégique fait par BidCo et n'est par définition pas un événement étranger à la volonté de BidCo. Comme exposé ci-dessus, l'événement doit entre autres être étranger à la volonté du débiteur pour invoquer une situation de force majeure (voir point 3).

Concernant le refus des trois autres opérateurs de réseau mobile de conclure un accord de RAN-sharing avec BidCo, celui-ci peut également être difficilement considéré comme un cas de force majeure. En effet, un candidat qui ne souhaite pas développer de réseau propre n'émet une offre que lorsqu'il a la certitude nécessaire qu'il pourra remplir ses obligations réglementaires d'une autre manière. Par conséquent, aussi imprévisible qu'il puisse être, le refus des trois autres opérateurs 3G de conclure un accord de RAN-sharing avec BidCo ne constitue pas non plus un cas de force majeure. Le non-développement d'un réseau 3G conformément à l'AR 3G n'est pas imputable aux trois autres opérateurs 3G, mais uniquement à la volonté de BidCo.

Cela vaut certainement pour l'obligation de lancement commercial dans les 18 mois qui suivent la notification de l'autorisation (pour laquelle l'accès au RAN n'est à proprement parler pas nécessaire au vu de la nature de l'obligation) mais également pour l'obligation de couverture dans le chef de l'art. 3, § 1er de l'AR 3G.

Concernant l'absence d'une intervention de l'IBPT au niveau de l'imposition d'accès aux réseaux mobiles (plus précisément le RAN-sharing) pour ainsi pouvoir procéder au déploiement d'un réseau, BidCo a déjà informé l'IBPT (dans son courrier du 15 décembre 2011) qu'il avait compris que l'IBPT n'avait pas le pouvoir d'imposer l'accès au RAN aux autres opérateurs mobiles. Cette position est répétée dans la note d'accompagnement du 18 décembre 2012 qui stipule que selon BidCo, il n'est pas possible pour l'IBPT d'imposer des obligations asymétriques (pour les opérateurs PSM) ou symétriques (conformément à l'art. 51 de la LCE)⁷.

⁷ Voir p. 2 de ce courrier au point 3.

Il n'empêche que BidCo a néanmoins demandé à l'IBPT dans un courrier du 10 juillet 2012 [omission passage confidentiel] si l'IBPT pourrait intervenir en l'absence de collaboration volontaire en matière de RAN-sharing. En exécution de son plan opérationnel 2012, l'IBPT a, à cet égard, réalisé une enquête concernant ces négociations ainsi que les options d'une intervention réglementaire. Celle-ci n'a pu qu'abonder dans le sens de BidCo, à savoir que dans les circonstances actuelles, une intervention réglementaire visant à imposer le RAN-sharing n'était pas faisable.

Concernant cet aspect, il ne peut pas davantage être question de force majeure puisque BidCo était bien à l'avance informé qu'une intervention de l'IBPT visant à imposer le RAN-sharing était plus qu'improbable voire même impossible.

Concernant le cadre réglementaire visant à imposer le RAN-sharing, il suffit d'indiquer que cette possibilité n'est pas prévue pour le moment et que BidCo a pu constater par lui-même que ce cadre devrait être modifié si on voulait pouvoir imposer le RAN-sharing⁸. Ici aussi, il peut donc difficilement être supposé que le cadre réglementaire existant et l'absence de possibilité dans ce dernier de pouvoir imposer le RAN-sharing constituent un cas de force majeure.

4.4 Force majeure pour cause de législation défavorable au déploiement d'un réseau mobile

BidCo déclare dans sa note d'accompagnement du 18 décembre 2012 que, si un business case existait ou si le RAN-sharing était possible avec un opérateur de réseau mobile existant, le déploiement d'un réseau mobile serait encore sérieusement ralenti, voire même impossible compte tenu de la réglementation défavorable en matière d'aménagement du territoire et de la législation environnementale. Cette législation défavorable constituerait donc aussi un motif de force majeure, rendant impossible l'exécution des obligations de l'AR 3G.

La note ne permet pas de déduire si ces motifs ont trait à l'obligation de procéder à un lancement commercial dans les 18 mois ou aux obligations de couverture dans le chef de l'art. 3, § 1er de l'AR 3G. Toutefois, étant donné qu'il n'existe pas d'obligation de couverture pour le lancement de services commerciaux, il peut difficilement être prétendu que la réglementation citée en matière d'aménagement du territoire et d'environnement forme un obstacle au respect de l'obligation de lancement commercial de services 3G. *A fortiori*, il ne peut pas non plus être supposé que cette réglementation constitue un motif de force majeure rendant impossible la réalisation de l'obligation de lancement commercial de services 3G.

Concernant les obligations de couverture du chef de l'art. 3, § 1er de l'AR 3G, comme déjà mentionné précédemment, une des conditions pour invoquer la force majeure, est que la circonstance (citée comme force majeure) soit imprévisible. La doctrine stipule ce qui suit à cet égard:

*"l'imprévisibilité est définie in abstracto, en ayant recours au critère du débiteur (homme) normal prudent et raisonnable, qui est mis dans les mêmes circonstances de fait que la personne concernée (traduction libre)"*⁹.

Dans le cas présent, il est clair que le cadre réglementaire était déjà d'application au moment de la demande d'une autorisation 3G. Les exemples cités par BidCo de réglementation défavorable étaient en effet déjà en vigueur le jour de la soumission de sa candidature le 29 avril 2011:

⁸ Dans le présent document, l'IBPT ne se prononce pas sur la possibilité éventuelle de le prévoir dans le cadre réglementaire belge, conformément aux directives européennes en la matière.

⁹ L. Cornelis, *op. cit.*, p. 649.

- l'arrêté royal du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération, modifié par l'arrêté royal du 22 décembre 2010;
- l'art. 51, § 2, de la loi du 13 juin 2005 *relative aux communications électroniques*, modifié par la loi du 29 décembre 2010;
- l'arrêt n° 6/2009 du 15 janvier 2009 de la Cour constitutionnelle;
- la réglementation régionale en matière de normes environnementales au niveau de rayonnement:
 - o l'arrêté du Gouvernement flamand du 19 novembre 2010 modifiant l'arrêté du Gouvernement flamand du 1er juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement, pour ce qui concerne les normes d'antennes émettrices fixes et temporaires pour des ondes électromagnétiques entre 10 MHz et 10 GHz;
 - o le décret de la Région wallonne du 3 avril 2009 relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires;
 - o l'ordonnance de la Région bruxelloise du 1er mars 2007 relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les radiations non ionisantes;
 - o l'arrêté du 30 octobre 2009 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale relatif à certaines antennes émettrices d'ondes électromagnétiques.

Les arguments cités par BidCo invoquant que l'obtention d'un permis de bâtir nécessite une longue procédure et que celui-ci n'est pas toujours octroyé ou peut être contesté par des tiers, ne sont pas soudainement apparus après la candidature de BidCo le 29 avril 2011. A cet égard, BidCo se réfère lui-même à la jurisprudence de 2009.

Ce cadre réglementaire a été explicitement repris dans le Mémorandum d'information à l'attention des enchérisseurs potentiels sur le site Internet de l'IBPT (www.auction2011.be) publié avant la mise aux enchères de la licence 3G.

Le cadre réglementaire cité était donc un élément prévisible pour un opérateur comme BidCo et ne peut donc pas être invoqué comme justification d'une situation de force majeure dans le chef de BidCo.

[omission passage confidentiel]

5. Point de vue de BidCo

Le projet de la présente décision a été transmis à BidCo. BidCo a répondu en partie en anglais le 13 février 2013 et a remis la traduction en néerlandais le 20 février 2013.

1. Généralités

Bidco évoque à nouveau les problèmes concernant un business case économiquement justifié et de RAN-sharing (voir point 4.1 ci-dessus).

2. Application de la force majeure

Bidco estime que la manière dont l'IBPT applique le concept de force majeure déroge substantiellement à la manière dont le Ministre et l'IBPT ont appliqué ce même concept lorsque le Ministre avait été prié en 2002 par les trois opérateurs de réseau mobile de prolonger les délais pour l'offre commerciale et les obligations de déploiement.

En 2002, Belgacom, Mobistar et KPN GB avaient constaté qu'il ne serait pas possible d'observer les délais pour l'offre commerciale et les obligations de déploiement. Ils avaient en effet été confrontés aux problèmes suivants:

- Retards conséquents dans la livraison du matériel et du logiciel de développement de l'infrastructure de réseau et des appareils mobiles.
- Difficultés d'obtention de permis de bâtir pour la construction des stations de base.

C'est sur cette base que tous les MNO se sont vus accordés un report de délai pour le lancement d'une offre commerciale ainsi que des délais concernant les obligations de déploiement.¹⁰

BidCo invoque que la situation en 2002 **n'était pas imprévisible** étant donné qu'il est possible de retrouver antérieurement des mentions d'un manque potentiel d'équipements et de problèmes liés aux permis de bâtir. Il est ainsi question dans le rapport annuel de l'IBPT de 2001 de tenter de débloquer les centaines de demandes d'une autorisation de la part d'opérateurs GSM.

La situation en 2002 n'était pas non plus **non imputable** étant donné que les opérateurs avaient décidé de réduire leurs investissements (dans les réseaux). KPN a appliqué la stratégie "wait and see".

En outre, BidCo invoque qu'en 2002 il n'était **pas impossible** de faire une offre commerciale de services 3G: via leur réseau déjà bien développé, il aurait été très simple de préparer une station de base pour la fourniture de services 3G.

BidCo estime donc que la notion de force majeure est appliquée de manière substantiellement plus stricte et plus lourde qu'en 2002 et estime être victime de discrimination par rapport aux autres opérateurs de réseau mobile.

Appliquer la notion de force majeure de la même manière que le Ministre et l'IBPT l'ont fait en 2002 est conforme au point de vue des auteurs faisant autorité en la matière qui estiment que le critère d'impossibilité ne doit pas être appliqué strictement mais bien de manière raisonnable. Selon DE PAGE, il est nécessaire mais suffisant que l'exécution de l'obligation soit normalement impossible compte tenu des circonstances. KRUITHOF parle du critère d' "impossibilité normale, humaine ou pratique". Enfin, beaucoup de cours et tribunaux ont également appliqué le concept de force majeure de manière plus raisonnable et pragmatique.

¹⁰ Voir l'arrêté ministériel du 13 mars 2002 et l'arrêté ministériel du 19 décembre 2002.

Réponse de l'IBPT

1. Généralités

Concernant l'absence d'un business case économiquement justifié et les problèmes rencontrés par BidCo en matière de RAN-sharing, l'IBPT renvoie à l'argumentation aux points 4.2 et 4.3 ci-dessus: cela ne constitue pas une situation de force majeure.

2. Application de la force majeure

La situation en 2002 était différente de la situation dans laquelle se trouve BidCo. Elle doit donc être évaluée autrement.

Les opérateurs de réseau mobile n'avaient absolument aucune prise sur la non-disponibilité des équipements nécessaires en 2002. C'était l'affaire des fabricants. Sans les équipements nécessaires, il était absolument impossible de satisfaire aux obligations d'offre commerciale et de déploiement du réseau. Cela n'avait aucun sens de préparer une station de base de cette manière pour les services 3G, vu que chaque client n'aurait pas pu disposer d'un équipement terminal approprié. L'AR 3G prescrit en effet que les clients de l'opérateur doivent avoir accès aux services¹¹.

De plus, à l'époque, l'on ne savait pas que l'obligation de lancement commercial pourrait être satisfaite via une station de base. En 2002, on interprétait la situation en pensant que le service devait réellement être offert partout. L'assouplissement de l'interprétation de l'offre via une station de base n'a été possible que suite à l'intervention du Ministre en 2003. En 2002, il n'était pas question d'un scénario alternatif. Par contre, BidCo est bien conscient de l'existence d'un scénario alternatif grâce à cette interprétation. *[omission passage confidentiel]* Il n'est pas plausible qu'en décembre 2012, un scénario encore réaliste pour BidCo il y a quelques mois soit tout à coup devenu impossible. BidCo ne donne pas d'explication non plus à cet égard. Toutefois, lors de la réunion avec l'IBPT en date du 13 mars 2013, ce scénario a à nouveau été annoncé comme une possibilité de satisfaire à l'obligation de lancement commercial avec, le cas échéant, une exécution en juillet – novembre 2013. Cela indique une fois de plus qu'il s'agit bien d'un scénario réaliste pour BidCo, que ce scénario aurait très bien pu être élaboré avant le 15 janvier 2013 et que sa non-exécution ne peut pas constituer un cas de force majeure.

BidCo pourrait donc relativement facilement satisfaire à l'obligation de lancement commercial. Il ne peut donc pas être question de discrimination entre les trois autres opérateurs et BidCo, étant donné que la situation était tout à fait différente en 2002.

Les difficultés technologiques actuelles ne sont plus comparables à celles de 2002. *[omission passage confidentiel]* Beaucoup de choses techniquement impossibles à l'époque, sont désormais possibles: il existe une gamme étendue d'équipements réseau et de combinés téléphoniques 3G dans le commerce. La situation n'est donc plus du tout comparable, étant donné qu'en 2002, il n'y avait pratiquement ni équipements de réseau, ni de combinés téléphoniques 3G dans le commerce.

En 2002, les opérateurs ont subi les conséquences des problèmes liés à l'obtention de permis de bâtir. Comme BidCo l'indique, des centaines de demandes étaient bloquées. L'on ne peut pas dire que ce problème soit désormais résolu, mais la situation pratique pour BidCo est totalement différente de celle des opérateurs en 2002. En effet, à la connaissance de l'IBPT,

¹¹ Art. 2. § 2. Le réseau de l'opérateur 3G permet au moins à ses clients d'accéder aux services suivants, au départ ou à destination de leur appareil terminal mobile de la troisième génération, lorsqu'ils se trouvent dans la zone de couverture du réseau de l'opérateur 3G (...).

BidCo n'a pas introduit de demandes d'obtention de permis de bâtir. BidCo ne le conteste pas. Par contre, BidCo n'est toujours pas devenu membre du RISS (voir point 4.4 ci-dessus). Par conséquent, les problèmes liés aux permis de bâtir ne sont pas réels mais uniquement théoriques pour BidCo.

Conclusion

Sur la base de l'analyse ci-dessus, l'IBPT ne peut que conclure que les motifs allégués par BidCo pour invoquer la force majeure et ainsi obtenir un report pour remplir ses obligations réglementaires ne constituent pas des cas de force majeure.

Dans ces conditions, il n'y a pas de raison pour que l'IBPT accorde un report pour force majeure comme visé à l'art. 3, § 1er et à l'art. 4, § 1er de l'AR 3G.

Les périodes où la couverture doit être évaluée peuvent uniquement être adaptées par une modification de l'article 3, § 1er de l'AR 3G. Mais ceci ne relève pas de la compétence de l'IBPT, étant donné que ce type d'opération est déterminée par AR.

6. Accord de coopération

Conformément à la procédure décrite aux alinéas 1er et 2 de l'article 3 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006, l'IBPT a transmis le projet de la présente décision aux régulateurs communautaires:

"Art. 3. Chaque projet de décision d'une autorité de régulation relatif aux réseaux de communications électroniques est transmis par cette autorité aux autres autorités de régulation énumérées à l'article 2, 2° du présent accord de coopération.

Les autorités de régulation consultées font part de leurs remarques à l'autorité de régulation qui a transmis le projet de décision dans les 14 jours civils. (...)"

L'IBPT n'a reçu aucune remarque de la part des régulateurs communautaires.

7. Décision

BidCo a demandé à l'IBPT de lui accorder un report pour force majeure pour l'offre commerciale de services 3G pour le 15 janvier 2013 au plus tard ainsi qu'un report pour les niveaux de couverture de la population belge après 3, 4 et 5 ans après la notification de l'autorisation 3G.

Les raisons invoquées par BidCo ne constituent cependant pas un cas de force majeure.

Par conséquent, l'IBPT ne peut pas accorder de report des délais visés aux articles 3, § 1er et 4, § 1er de l'AR 3G.

8. Voies de recours

Conformément à l'article 2, § 1er de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, vous avez la possibilité d'introduire un

recours contre cette décision devant la Cour d'appel de Bruxelles, Place Poelaert, 1, B-1000 Bruxelles. Les recours sont formés, à peine de nullité prononcée d'office, par requête signée et déposée au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles dans un délai de soixante jours à partir de la notification de la décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision.

La requête contient, à peine de nullité, les indications exigées par l'article 2, §2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges. Si la requête comporte des éléments qui doivent être traités de manière confidentielle, vous devez expressément l'indiquer et, à peine de nullité, introduire une version confidentielle de cette requête. L'Institut publie sur son site Internet la requête notifiée par le greffe du tribunal. Toute partie intéressée peut intervenir dans l'affaire dans les trente jours qui suivent cette publication.

Georges Deneff
Membre du Conseil

Axel Desmedt
Membre du Conseil

Catherine Rutten
Membre du Conseil

Michel Van Bellinghen
Membre du Conseil