

La cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. :

I. 2005/AR/296
II. 2005/AR/588

R. n°. 2006/2858

N° : 7326

Arrêt interlocutoire
Questions préjudicielles
à la Cour de Justice des
Communautés
européennes

Recours formés par Belgacom Mobile contre les décisions de mesures provisoires de l'IBPT des 21 janvier 2005 et 21 février 2005 intitulées « Accès de The Phone Company au réseau de Belgacom Mobile », relatives à l'utilisation de GSM Gateway.

I. N° 2005/AR/296

II. N° 2005/AR/588

EN CAUSE DE :

BELGACOM MOBILE, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55. inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0453.918.428,

Appelante,

✓ Représentée par Maître L. Cornelis et Th. Léonard, avocats à 1000 Bruxelles, rue de la Bonté, 5-7,

Plaideur : Maître L. Cornelis,

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Intimé.

07-04-2006

✓ Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24.

EN PRESENCE DE :

THE PHONE COMPANY, société anonyme dont le siège social est établi à 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg, 217, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0459.273.620,

Partie intervenante volontaire.

✓ Représentées par Maîtres Trudo Motmans et Margareta Bresseleers, avocats à 2000 Antwerpen, Amerikalei, 92.

Plaideur : Maître T. Motmans.

* * *

I. Antécédents de la procédure

1. Par requête déposée au greffe de la cour le 1^{er} février 2005, notifiée à l'IBPT à la même date, Belgacom Mobile a formé un recours en suspension et en annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 21 janvier 2005 intitulée « Accès de The Phone Company au réseau de Belgacom Mobile - Mesures provisoires ».

La société The Phone Company a déposé une requête en intervention le 4 février 2005.

L'arrêt de la cour du 15 février 2005 dit le recours de Belgacom et la demande en intervention de The Phone Company recevables et décide qu'il n'y a pas lieu de suspendre les effets de cette décision.

Aux termes de ses conclusions additionnelles et de synthèse déposées le 20 juillet 2005, Belgacom Mobile conclut qu'il plaise à la cour :

- à titre principal, constater l'incompétence de l'IBPT de prendre la décision attaquée ; en conséquence, dire pour droit qu'elle est nulle ;
- subsidiairement, dire pour droit que la décision attaquée est nulle en raison des illégalités qui l'entachent ;
- condamner l'IBPT aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

07-04-2006

L'IBPT, soutenu par The Phone Company demande à la cour de dire le recours non fondé.

- 2. Par requête déposée au greffe de la cour le 2 mars 2005, notifiée à l'IBPT à la même date, Belgacom Mobile a formé un recours en suspension et en annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 21 février 2005, intitulée : « Accès de The Phone Company au réseau de Belgacom Mobile - Prolongation de mesures provisoires ».

The Phone Company a déposé une requête en intervention le 15 mars 2005 en indiquant qu'elle formait un recours incident contre la décision attaquée et une demande reconventionnelle.

L'arrêt de la cour du 18 mars 2005 rejette la demande de Belgacom Mobile de sursis de l'exécution de la décision attaquée et la demande de mesures provisoires formée par The Phone Company.

II. Jonction des deux causes

- 3. Comme l'indique The Phone Company, il y a lieu de joindre les deux causes dès lors que la décision de l'IBPT du 21 février 2005 prolonge les mesures prises par l'IBPT dans sa décision du 21 janvier 2005.

III. Constatations

1. Le « GSM Gateway »

- 4. Les Simbox ou GSM Gateway sont des équipements de télécommunication contenant une ou plusieurs « Suscribers identify modules » (SIM's), d'un ou plusieurs réseaux de téléphonie mobile, qui permettent le routage direct d'une communication au départ d'un réseau fixe vers un poste d'un réseau mobile, dans le réseau de téléphonie mobile, c'est-à-dire sans passer par les points fixes d'interconnexion entre les réseaux.

Ces appareils réceptionnent un appel fixe sortant, reconnaissent le réseau mobile du numéro appelé et sélectionnent la carte SIM appropriée qui va convertir l'appel qui ne sera pas acheminé vers le point d'interconnexion du réseau mobile concerné.

07 -04- 2006

En cas de trafic passant par un GSM-Gateway, le numéro de l'appelant est remplacé par le numéro de la carte SIM se trouvant dans le GSM-gateway.

Ces appareils génèrent deux types de trafic pour l'opérateur GSM dont la carte SIM est sélectionnée pour effectuer le routage :

- un trafic de terminaison lorsque la carte Sim appartient au même réseau que le numéro appelé ; la communication est alors réalisée « on net »;
- un trafic de transit lorsque le numéro mobile appelé n'appartient pas au même réseau que la carte Sim sélectionnée pour la conversion de l'appel.

Comme le souligne Belgacom Mobile, il y a lieu de préciser que l'exploitation de GSM Gateway ne génère pas des appels sur le réseau mobile du numéro appelé en ce sens que le GSM ne fait que convertir des appels existants en provenance d'un réseau et dirigés dès l'origine vers le réseau appelé.

Belgacom Mobile prétend qu'en 2001, les GSM Gateway étaient inconnus des opérateurs mobiles belges et qu'elle en a fait la découverte en 2002, son attention ayant été attirée par le volume croissant d'appels entrant à partir des cartes SIM mises à la disposition de The Phone Company en 2001. The Phone Company rétorque que cette allégation n'est pas crédible car elle signifierait que le premier opérateur mobile du pays ne suit pas les progrès techniques dans le secteur des télécommunications.

07-04-2006

5. L'installation et l'utilisation de GSM Gateway par des particuliers pour leurs propres besoins ne fait pas l'objet de controverses en Belgique. Il en va de même apparemment de l'usage de GSM Gateway par des entreprises ou organismes tels que des administrations, pour leurs propres besoins. Ces appareils sont alors utilisés en vue de transformer les appels provenant des postes fixes de l'utilisateur et destinés à des numéros mobiles en appels mobiles, ce qui permet à l'utilisateur de bénéficier pour ses appels des tarifs « on net » et lui évite de devoir payer le coût des communications pour une communication au départ d'un réseau fixe vers un réseau mobile, qui est plus élevé.

Les opérateurs mobiles eux-mêmes équipent leurs clients de GSM Gateway. Selon Belgacom Mobile, l'utilisation de GSM Gateway par une entreprise pour ses propres besoins serait comparable à l'utilisation qui serait faite par l'entreprise d'une centrale téléphonique pour les communications internes (dossier de Belgacom Mobile, pièce 48, p 9).

En revanche, l'exploitation de GSM Gateway pour router ou dévier des appels provenant d'un groupe non fermé d'utilisateurs finals connectés à un réseau, par des opérateurs de télécommunication agissant directement ou faisant appel aux services d'entreprises dites « GSM Gateway Provider », telles que The Phone Company, fait l'objet de discussions au sein de plusieurs Etats membres (infra, point 31).

Cette utilisation a notamment pour conséquence que l'application des tarifs MTR (*Mobile Terminating Rates*) qui s'appliquent lorsque la communication se fait 'off net', est évitée par les opérateurs alternatifs, fixes ou mobiles, belges ou étrangers, qui sont les clients des GSM Gateway Providers. Ces opérateurs alternatifs font une économie qui leur permet d'offrir à leurs propres clients des avantages qu'ils ne seraient pas en mesure d'offrir si ces opérateurs se voyaient imposer les tarifs d'interconnexion. Selon l'IBPT, cette répercussion est certaine ce que Belgacom Mobile conteste, faute d'éléments versés au dossier.

Les tarifs MTR sont actuellement, du moins en Belgique, sensiblement plus élevés que les tarifs « on net » qui sont fixés librement par chaque opérateur de téléphonie mobile.

Les opérateurs de téléphonie mobile puissants doivent en revanche fixer les tarifs MTR en respectant le principe d'orientation en fonction des coûts et publier une offre de référence incluant les conditions tarifaires de l'interconnexion.

6. Il résulte des pièces du dossier que le trafic en provenance de cartes Sim placées dans les GSM Gateway présente des caractéristiques particulières :

- absence de trafic entrant
- absence de trafic sortant vers des numéros fixes
- absence d'envoi de sms
- volume très élevé d'appels sortants vers des numéros mobiles
- chute des appels en provenance de GSM Gateway pendant le WE
- mobilité faible ou nulle de la carte SIM placée dans le GSM Gateway entraînant un risque de congestion de la cellule la plus proche du lieu d'exploitation de cet appareil

Belgacom Mobile expose que l'utilisation de GSM Gateway implique une utilisation moins efficace et moins économe que celle qui se produit en présence d'une interconnexion, du moins lorsque ces appareils sont exploités pour satisfaire une demande de tiers.

07-04-2006

Il ressortirait de deux schémas que Belgacom Mobile produit que :

- les appels massifs qui transitent par les GSM Gateway sont injectés dans le réseau mobile à des points qui n'ont pas été équipés à cette fin, ce qui implique des investissements et des entretiens supplémentaires ;
- les appels entrants doivent être acheminés en amont jusqu'aux centrales de l'opérateur mobile, afin d'être routés ensuite en aval jusqu'à leur destination, ce qui entraînerait une double utilisation ou, à tout le moins, une utilisation plus intense du réseau (en amont et en aval) ;

Belgacom Mobile expose encore que les analyses qu'elle a faites de l'impact des GSM Gateway démontrent que l'utilisation de GSM Gateway provoque des problèmes au niveau technique qui sont susceptibles d'entraîner, au détriment de ses propres abonnés, le non respect par elle des exigences de qualité et de disponibilité du service énoncées à l'article 4, § 1^{er} de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM (augmentation des appels bloqués, taux élevé de coupure des communications d'un abonné se déplaçant d'une cellule à une autre cellule en contact avec le GSM Gateway, diminution de la vitesse des services de données).

2. Les communications de l'IBPT sur l'utilisation de GSM Gateway

7. Le 26 septembre 2003, l'IBPT a lancé une consultation publique relative à l'utilisation de GSM Gateway en faisant part, à titre provisoire, de ses conclusions :

« Compte tenu de ce qui précède, l'approche provisoire de l'Institut est que l'utilisation de SIM-boxes n'a pas d'influence préjudiciable sur la concurrence loyale et réelle et est conforme à la législation en vigueur, à moins que l'utilisation des SIM-boxes se fasse dans l'une ou plusieurs des hypothèses suivantes (...). »

Les hypothèses retenues par l'IBPT sont les suivantes :

- non respect des obligations légales en matière d'enregistrement et de conservation des données d'appel (CLI) et d'identification de l'appelant en cas d'appels d'urgence (articles 109 ter E, §§ 2 et 3 et 125, § 2 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques);

07-04-2006

- une atteinte à l'équilibre du marché et un découragement des investissements des opérateurs mobiles du fait que les tarifs d'interconnexion orientés sur les coûts et approuvés par l'IBPT sont éludés à grande échelle ;
- une atteinte à l'intégrité du réseau (saturation du réseau ou diminution de la qualité du service au détriment des utilisateurs finals).

Il en a déduit provisoirement ce qui suit :

« (...) L'Institut estime que l'installation et l'utilisation de SIM-boxes par les opérateurs comme élément du réseau permettant de dévier un trafic à grande échelle (via l'étranger ou non) sont interdites, tout comme l'intervention de sociétés en tant que carrier du trafic téléphonique via l'utilisation de SIM-boxes. Ce type de dérobade à grande échelle aux tarifs d'interconnexion orientés sur les coûts approuvés, ainsi que le danger réel de surcharge du réseau, ne peuvent pour l'instant pas être tolérés par l'Institut. En outre, l'Institut ne voit pas pour l'instant comment un opérateur qui dévie ce trafic vers l'étranger via une SIM-box, peut remplir ses obligations en matière de CLI et d'identification de l'appelant en cas d'appel d'urgence.

(...)L'Institut estime que l'installation et l'utilisation de SIM-boxes dans les phone-shops est interdite vu l'impossibilité dans ce cas de remplir les obligations légales en matière de CLI et d'identification de l'appelant en cas d'appel d'urgence.

L'Institut ne voit pas d'inconvénient à l'utilisation normale d'une SIM-box par des utilisateurs et des utilisateurs finals, comme l'utilisation par des utilisateurs finals individuels et par des entreprises pour utilisation propre (via PABX ou non), terminaux pour cartes de crédit, ... Il ressort de cela que les opérateurs ont donc la possibilité de proposer des SIM-boxes et de les installer sur les PABX de leurs clients. »

Belgacom Mobile a communiqué ses observations à l'IBPT le 30 octobre 2003. The Phone Company a communiqué ses observations le 31 octobre 2003.

8. Aux termes de sa communication du 4 août 2004, l'IBPT considère que puisque les fréquences GSM sont assignées exclusivement aux opérateurs GSM - ce qu'il déduit entre autres de l'article 7, § 1^{er} de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM-, les opérateurs GSM sont également titulaires d'un droit exclusif d'utilisation de ces fréquences.

07-04-2006

Il conclut sur cette base que l'utilisation de GSM Gateway à des fins commerciales requiert l'autorisation de l'opérateur mobile concerné dès lors que l'entreprise exploitant des GSM Gateway utilise les fréquences exclusives des opérateurs GSM, ce qui est précisé dans le formulaire de déclaration d'activité (infra, point 15).

L'Institut considère que l'accès au réseau mobile par l'utilisation de GSM Gateway ne peut être assimilé à une interconnexion *« puisque la communication ne se termine pas sur le réseau concerné via un point d'interconnexion entre le réseau fixe et mobile, mais par le fait que l'appel sur le réseau fixe est placé directement sur un GSM Gateway (carte SIM), permettant ainsi d'accéder au réseau mobile »*. Il s'agirait d'une forme d'accès spécial, au sens de l'article 106 de la loi du 21 mars 1991, terme générique qui recouvrirait toutes les formes d'accès aux réseaux ou aux services qui diffèrent d'une part de l'accès ordinaire qui est offert à la plupart des utilisateurs et d'autre part de l'interconnexion.

Cette qualification entraîne l'application de l'article 106, alinéa 1^{er}, 4^o de la loi du 21 mars 1991 qui dispose que *« les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne (...) l'accès spécial »*.

La fourniture de l'accès spécial à l'aide de GSM Gateway est quant à elle qualifiée par l'IBPT de service de télécommunications au sens de l'article 68, 1^o de la loi du 21 mars 1991 : *« service consistant, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux par des réseaux de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision »*.

Cette analyse entraîne pour les GSM Gateway Providers l'obligation de déclarer à l'Institut, au plus tard quatre semaines avant le début de l'exploitation commerciale dudit service, l'activité envisagée et ce, en vertu de l'article 90 de la loi du 21 mars 1991.

S'agissant des conditions tarifaires, l'IBPT précise dans sa communication que rien ne s'oppose à ce que les opérateurs ne disposant pas d'une puissance significative sur le marché choisissent l'acheminement le plus rentable de leur trafic et *« qu'un utilisateur d'un GSM Gateway paie le tarif correct pour (un appel d'une carte SIM appartenant à un opérateur mobile vers une carte SIM appartenant au même opérateur), à savoir le tarif on net ou, éventuellement, dans l'éventualité où le GSM Gateway ne contient pas de carte SIM appartenant au réseau vers lequel l'appel doit être acheminé, le tarif pour une communication d'un réseau mobile vers l'autre. »*

S'agissant des risques d'atteinte à l'intégrité du réseau, il observe que l'opérateur GSM qui donne une autorisation d'installer et

07-04-2006

d'exploiter un GSM Gateway, est en mesure de tenir compte du trafic généré par ces appareils pour adapter son réseau.

Sur la base des informations et réactions qu'il avait recueillies, l'Institut indique que l'utilisation des GSM Gateway n'empêche pas le respect des obligations prévues en matière de conservation des données d'appels et d'identification de l'appelant et qu'elle n'a pas d'incidence sur les obligations relatives aux appels vers les numéros d'urgence qui sont des numéros fixes.

L'IBPT a conclu qu'il y avait lieu de considérer que les GSM Gateway pouvaient être installés dans les conditions suivantes, soit pour usage propre ou pour les besoins de tiers :

« 1. le GSM Gateway installé pour usage propre satisfait à la réglementation applicable en matière d'équipement hertzien ;

2. l'opérateur mobile doit avoir donné son autorisation pour l'installation d'un GSM Gateway pour l'exploitation pour les besoins de tiers ; cette autorisation peut être refusée lorsque la demande d'installation est manifestement déraisonnable ou lorsque l'installation n'est pas compatible avec une ou plusieurs des exigences essentielles mentionnées au point 4.3.1 de la présente note ;

3. l'exploitation d'un GSM Gateway pour les besoins de tiers est déclarée à l'Institut conformément à l'article 90 de la loi du 21 mars 1991 ; cette déclaration doit également être accompagnée de la preuve de l'autorisation de l'opérateur mobile concerné ;

4. l'exploitant des GSM Gateway garantit, pour ce qui concerne le trajet de l'appelant vers le GSM Gateway, l'observation correcte de l'article 109terE, §2, de la loi du 21 mars 1991.

07-04-2006

L'IBPT n'a pas indiqué la base sur laquelle il adoptait cette communication qui fixe les conditions d'exploitation de GSM Gateway, ni les effets de celle-ci.

3. Les initiatives prises par Belgacom Mobile à l'égard de l'exploitation commerciale de cartes SIM dans les GSM Gateway

9. Par lettres des 8 janvier et 11 février 2003, Belgacom Mobile a informé l'IBPT de son intention de mettre fin à l'utilisation abusive de son réseau Proximus par des sociétés exploitant des GSM Gateway, qualifiée d'abusives, en modifiant ses conditions générales.

Aux termes des conditions générales du service Proximus de Belgacom Mobile, initiales et nouvelles, Belgacom Mobile s'est réservé le droit de modifier unilatéralement celles-ci. L'article 6.1. dispose que « le client qui, suite à une modification des conditions générales ou à la suppression d'un plan tarifaire ou des tarifs, n'accepte pas les nouvelles conditions de la modification imposée, peut immédiatement mettre un terme au contrat par courrier recommandé adressé à Belgacom Mobile au plus tard 8 jours après la publicité de l'information

Les nouvelles conditions générales du service Proximus (GSM), communiquées à l'IBPT le 29 avril 2003 et entrées en vigueur le 18 mai 2003, soit avant la consultation de l'IBPT du 26 septembre 2003, contiennent les clauses suivantes :

- 1.3. Belgacom Mobile peut refuser d'accéder à la demande de raccordement ou refuser l'accès aux réseaux étrangers ou à certains services et options supplémentaires tels que la déviation des appels, pour un des motifs suivants :
 - (...)
 - si la demande entraîne un dépassement de la capacité du réseau ;
 - si le bon fonctionnement ou d'intégrité du réseau en est affectée ;
- 3.6.1. Il est interdit au client de faire usage d'un terminal sur lequel est proposé, de quelque façon que ce soit, un équipement quelconque pouvant entraîner des perturbations, affecter l'intégrité du réseau et son bon fonctionnement.

3.6.2. Il est interdit au client, en tout ou en partie et directement ou non, sauf accord contraire et exceptionnel avec Belgacom Mobile, de mettre le service Proximus à disposition de tiers, de le transférer ou d'en accorder l'usage pour leur dispenser des services de télécommunication en son nom et pour son propre compte.
- 12.1. Belgacom peut également suspendre totalement ou partiellement le service Proximus sans mise en demeure préalable si le client ne remplit pas ou plus les conditions mentionnées à l'article 1.3 (...).

Les nouvelles conditions générales ont été communiquées à l'IBPT le 29 avril 2003.

Fin juillet 2004, avant la communication de l'IBPT du 4 août 2004, Belgacom a complété l'article 3.6 de ses conditions générales comme suit :

- 3.6.3. Il est interdit d'utiliser le service Proximus :

07-04-2006

- a) d'une façon telle que certaines fonctions du réseau Belgacom Mobile ou d'un réseau relié à celui de Belgacom Mobile ne peuvent plus être exécutées correctement, par exemple la transmission du numéro d'identification de l'appelant (sauf dispositions contraires), la transmission du numéro IMEI du téléphone mobile émetteur, l'interception et l'enregistrement de communications en vertu d'un ordre d'une instance judiciaire ou administrative, ou l'enregistrement des données d'appel et d'identification et/ou d'une façon telle que le service Proximus est utilisé pour renvoyer des appels qui étaient passés à un autre endroit que le lieu où se trouve le client et ce dans le cadre d'une activité qui tombe sous l'article 3.6. point 2 et/ou ;
- b) d'une manière telle que l'identification ou la localisation de l'appelant suite à un appel d'urgence ne soit plus possible, ou d'une manière par laquelle les tarifs d'interconnexion de Belgacom Mobile peuvent être évités et/ou ;
- c) avec un appareil dont l'utilisation, selon Proximus, rejoint les points a ou b susmentionnés.

10. Après la communication de l'IBPT du 4 août 2004, Belgacom a d'abord adapté plusieurs de ses plans et options tarifaires, en fixant des plafonds en termes de minutes d'appel au-delà desquels le tarif augmente.

07 -04- 2006

Cette initiative, qui avait des conséquences sur certains GSM Gateway Providers, était sans conséquence pour The Phone Company qui n'utilisait pas les plans et options tarifaires concernés.

Belgacom Mobile a ensuite déduit de la communication de l'IBPT du 4 août 2004 que dès lors que l'IBPT considérait que la notion d'accès spécial couvrait l'exploitation de GSM Gateway pour « la revente », elle était tenue, en sa qualité d'opérateur puissant, d'établir une offre non discriminatoire et orientée vers les coûts pour ce type d'accès.

Elle a annoncé à l'IBPT qu'elle établirait une offre d'accès spécial qui s'adresse à l'ensemble des GSM Gateway Providers en précisant ce qui suit (sa lettre du 6 octobre 2004) :

« Le service consistera pour une partie en un 'mobile terminating interconnect', pour lequel un tarif et un service existent, et pour une autre partie, en un composant lié à la

première partie de l'appel mobile. Nous nous orientons dans la direction d'un prix demandé sur base d'une contribution aux coûts des sites utilisés par les GSM.GW.

Ceci sera une offre plus chère (bien que de moins bonne qualité), que l'offre d'interconnexion classique. Cette offre est en développement pour l'instant et vous sera présentée dès que terminée. Dans l'intermédiaire, nous sommes également en mesure d'offrir l'interconnexion directe. Et nous proposons également, pour les GSM-gateways, les charges MTR majorées d'une intervention pour la capacité utilisée pour le site en question, pour autant que la capacité sur les sites des 'simboxers' le permette. »

Elle annonçait en outre à l'IBPT son intention de désactiver les cartes Sim placées dans des GSM Gateway par des sociétés les exploitant pour offrir des services si celles-ci ne se conformaient pas à ses conditions générales de vente et aux conditions énoncées par l'IBPT dans sa communication.

Elle rappelait à l'IBPT qu'aucune entreprise ne pouvait se prévaloir d'une autorisation de sa part d'exploiter des GSM Gateway : ni l'assistance de ses équipes techniques dont certaines entreprises auraient bénéficié ni le fait que celles-ci avaient bénéficié au titre de clients business d'un service individuel de qualité sur le plan commercial n'impliquaient une connaissance dans son chef du type d'activité déployée.

11. En date du 15 octobre 2004, Belgacom Mobile a fait parvenir à l'IBPT son offre d'accès spécial pour la terminaison d'appels voix sur son réseau via des GSM Gateway (Price list and specific conditions for the Belgacom Mobile Intermediate Special Acces offer for Termination of Voice Calls on Belgacom Mobile network via GSM-Gateways), ci-après « offre d'accès spécial ».

Elle précisait que cette offre s'adressait aux entreprises qui auraient manifesté le désir de continuer à générer du trafic sur son réseau par ces appareils après le 18 octobre 2004 et qu'il s'agissait d'une offre provisoire étant donné qu'elle ne disposait pas encore d'un modèle de coûts adapté à ce service.

Les tarifs fixés par Belgacom pour l'accès spécial correspondent :

- pour le trafic de terminaison sur son réseau, à ses tarifs MTR qui avaient été soumis au contrôle de l'IBPT ;
- pour le trafic de transit (vers les réseaux Mobistar ou Base), aux tarifs en vigueur pour la portabilité des numéros mobiles entre Belgacom Mobile et Mobistar.

07-04-2006

L'offre d'accès spécial met en outre à charge des bénéficiaires de l'accès spécial un montant forfaitaire destiné à couvrir l'étude de l'impact du trafic généré par les GSM Gateway sur les cellules concernées (732 € par cellule), le coût des travaux nécessaires pour augmenter la capacité de la cellule ainsi qu'une rémunération mensuelle qui est fonction du type de cellule utilisée et de son taux d'occupation (800 € à 5.000 €).

Tenant compte des nouveaux tarifs MTR qui entraient en vigueur le 1^{er} novembre 2004, Belgacom Mobile a adapté son offre d'accès spécial et l'a communiquée à l'IBPT le 3 novembre 2004.

Selon Belgacom, les frais d'interconnexion qui se répartissent sur l'ensemble des appels interconnectés, seraient équivalents ou analogues aux frais d'investissement et d'entretien particulier imputables aux seuls appels qui transitent par les GSM Gateway.

12. Le 10 novembre 2004, l'IBPT a fait savoir à Belgacom Mobile qu'il ne pouvait pas marquer son accord actuellement sur l'offre d'accès spécial.

Se référant à ce courrier et à l'absence d'objection quant « au principe de la tarification par minute MTR », Belgacom Mobile a demandé à l'IBPT de bien vouloir confirmer, dans l'attente d'une décision définitive, que le montant des charges de terminaisons mobiles approuvées par l'IBPT, constitue bien l'incontestablement dû (lettre du 9 décembre 2004).

N'ayant pas reçu de réponse, Belgacom Mobile a informé l'IBPT qu'elle appliquerait les tarifs prévus dans l'offre spéciale d'accès dès début février pour le trafic de janvier (lettre du 19 janvier 2005).

13. Suite aux diverses initiatives que Belgacom Mobile a prises à l'égard des GSM Gateway Providers, plus aucun n'était actif sur son réseau au 7 décembre 2004, à l'exception de The Phone Company.

4. Le litige entre Belgacom Mobile et The Phone Company et les demandes d'intervention de l'IBPT

14. En 2001, The Phone Company a fait l'acquisition de cartes SIM émises par Belgacom Mobile qu'elle a placées dès l'origine, dans des GSM Gateway qu'elle exploite pour les besoins de tiers. Elle a bénéficié pour les appels générés au moyen de ces cartes, des offres tarifaires de Belgacom Mobile pour l'utilisateur final.

07-04-2006

Belgacom Mobile prétend que c'est à son insu que The Phone Company, enregistré comme utilisateur final, a utilisé ces cartes SIM dans des Simbox aux fins d'offrir à des tiers des services qui sont qualifiés par Belgacom Mobile de « services d'accès et de terminaison des appels » sur son réseau Proximus, en bénéficiant des offres tarifaires que Belgacom Mobile réserve à l'utilisateur final, c'est-à-dire à des tarifs qui ne sont pas orientés sur les coûts.

The Phone Company rétorque que Belgacom Mobile a toujours été au courant de l'usage qu'elle faisait des cartes SIM en tant qu'opérateur GSM Gateway et qu'elle y a même contribué de manière active, notamment en lui fournissant une assistance technique.

15. The Phone Company compte parmi sa clientèle des opérateurs de télécommunication et des fournisseurs de services de télécommunication.

Sur la base des données fournies par Belgacom Mobile, The Phone Company exploite 6 GSM Gateway se trouvant à différents endroits du pays lesquels dévient des appels sur le réseau Proximus pour une durée 1.500.000 minutes par mois, soit, en moyenne, 833 heures de communication par jour.

Belgacom aurait subi une perte de 90.000 € par mois depuis octobre 2004 sur le trafic en provenance des GSM Gateway exploités par The Phone Company, la perte invoquée correspondant à la différence entre les tarifs MTR et les tarifs on net.

07-04-2006

16. Suite à la communication de l'IBPT du 4 août 2004, The Phone Company a fait une déclaration auprès de l'IBPT en qualité de « GSM Gateway Provider », pour « la terminaison des minutes sur le réseau Proximus ».

L'IBPT a délivré à The Phone Company un certificat de déclaration daté du 30 septembre 2004 qui énonce ce qui suit :

*« A la suite de l'examen de votre déclaration par (l'IBPT), celle-ci s'est avérée complète et a été enregistrée comme suit :
(...)*

- *catégorie de service : service vocal*
- *opérateur du réseau sur lequel le service peut être offert : Proximus*
- *type de service : GSM-Gateway Provider*

Les GSM-gateways utilisent les fréquences exclusives des opérateurs GSM. Avant de pouvoir lancer le service, l'opérateur GSM doit donner son autorisation pour utiliser ces fréquences exclusives. Si cette autorisation n'a pas été obtenue, cette

déclaration ne peut pas donner lieu à la fourniture du service en question. »

L'IBPT expose qu'il a délivré ce certificat en pleine connaissance des accords qui existaient alors entre The Phone Company et Belgacom Mobile, et de la correspondance entre ces parties que The Phone Company lui a communiqué en même temps que ses observations dans le cadre de la consultation de l'IBPT du 26 février 2003 (pièce 37 du dossier de l'IBPT) ;

17. Le 20 septembre 2004, Belgacom Mobile confirmait à The Phone Company que les modifications de son offre tarifaire *ProxiFriends* ne la concernaient pas aussi longtemps qu'elle ne faisait pas usage de cette option.

18. Le 15 octobre 2004, Belgacom Mobile a communiqué à The Phone Company l'offre d'accès spécial via GSM Gateway qu'elle avait communiquée à la même date à l'IBPT.

Il ressort toutefois d'un échange de mails des 3 et 4 novembre 2004 que cette offre avait été communiquée à The Phone Company à titre purement informatif ('pour l'informer des évolutions dans le cadre des changements futurs') et que Belgacom Mobile acceptait de maintenir les conditions tarifaires existantes, du moins à titre provisoire.

Le 7 décembre 2004, Belgacom Mobile et The Phone Company ont eu une réunion. Par lettre du 9 décembre 2004, Belgacom Mobile confirmait l'absence d'accord, entre les parties, relatif à la mise en œuvre de l'offre d'accès spécial. Elle invitait The Phone Company à faire une proposition et indiquait qu'à défaut d'accord, elle se réservait le droit de mettre en œuvre tous les moyens utiles pour préserver l'intégrité de son réseau.

The Phone Company a réagi par lettre du 10 décembre 2004 en exposant les motifs qui l'amenaient à conclure que cette offre était inacceptable et qu'elle revenait à un refus de Belgacom Mobile de fournir ses services aux GSM Gateway Provider vu le caractère exorbitant des tarifs.

19. Par lettre du 9 décembre 2004, The Phone Company a saisi le Conseil de l'IBPT d'une demande d'intervention.

Elle demandait à l'IBPT :

- à titre principal, en application de l'article 21, § 1, de la loi du 17 janvier 2003, de mettre Belgacom Mobile en demeure

07-04-2006

de cesser de présenter l'offre tarifaire contestée aux opérateurs GSM Gateway et de retirer ladite offre, faite à The Phone Company, dans les cinq jours ouvrables après sommation d'assurer à The Phone Company l'accès à son réseau ;

- à titre subsidiaire, en application de l'article 20 de la même loi, d'imposer à Belgacom Mobile de fournir des services à The Phone Company aux conditions contractuelles initiales et ce, durant une période de deux mois ;
- de formuler des propositions tendant à concilier les parties en application de l'article 14, § 1, 4^o de la même loi.

La décision attaquée du 21 janvier 2004 ne fait pas état de cette demande d'intervention.

20. Le vendredi 10 décembre 2004, Belgacom Mobile a mis sa menace à exécution en désactivant les lignes de The Phone Company. Cette initiative serait, selon Belgacom Mobile, la conséquence logique de l'échec des négociations entre ces parties (sa lettre du 15 décembre 2004 à The Phone Company) ;

Elle se fondait sur ses conditions générales qui interdisent la revente de minutes sur son réseau sans son autorisation, l'obligation légale de The Phone Company d'obtenir son autorisation pour offrir des services de télécommunication sur son réseau et l'absence de toute autorisation même implicite.

Elle estimait en outre que dès lors que The Phone Company n'avait pas marqué son accord sur les nouvelles conditions générales et sur l'offre de Belgacom Mobile, elle devait être réputée avoir mis fin aux contrats.

21. A la demande de l'IBPT, Belgacom Mobile a réactivé les cartes Sim dans la soirée du même jour. Cette demande ne fait l'objet d'aucun écrit.

Par lettre du 13 décembre 2004 à Belgacom Mobile, The Phone Company a qualifié l'interruption des lignes comme un acte illégal et irresponsable. Elle faisait état d'un dommage considérable du fait que « des milliers d'appels n'ont pu être connectés » sur le réseau de Proximus.

Revenant sur cet incident par lettre du 14 décembre 2004, l'IBPT s'est adressé à Belgacom Mobile pour lui faire savoir qu'il considérait que celle-ci n'avait pas de juste motif pour désactiver les cartes Sim utilisées par The Phone Company.

07-04-2006

Le refus de The Phone Company d'accepter l'offre tarifaire contestée ne pouvait selon l'IBPT constituer une raison valable dès lors que l'Institut ne s'était pas encore prononcé sur la compatibilité de l'offre d'accès spécial avec le principe d'orientation vers les coûts.

L'Institut indiquait par ailleurs qu'il ne voyait pas en quoi l'interruption des services effectuée le 10 décembre 2004 pouvait être justifiée au regard de l'article 4, § 5, alinéa 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM.

Il déduisait en outre des informations à sa disposition que Belgacom Mobile était parfaitement au courant des activités de The Phone Company et qu'elle lui avait même apporté une assistance technique très large pour l'installation de ses équipements. Tout en précisant que les litiges relatifs à l'exécution des contrats n'entraient pas dans la sphère de ses compétences, il indiquait s'interroger sur la compatibilité de l'attitude de Belgacom Mobile avec le droit commun des contrats.

Il ajoutait enfin qu'il était d'avis qu'une réunion avec les parties ne présenterait d'utilité qu'après l'examen par lui de l'offre d'accès spécial de Belgacom Mobile.

22. Ayant pris connaissance de la demande d'intervention de l'Institut et répondant à la lettre de l'IBPT du 14 décembre 2004, Belgacom Mobile a fait valoir son point de vue par lettre de ses conseils à l'IBPT du 17 décembre 2004 et a contesté la compétence de l'IBPT à intervenir dans le litige dont la solution serait dictée par le droit commun des contrats.

The Phone Company a contesté les motifs invoqués par Belgacom Mobile pour justifier son attitude (lettres du 21 décembre 2004, adressées l'une à Belgacom Mobile, l'autre à l'IBPT) et, estimant que le différend qui l'opposait à Belgacom Mobile excédait le cadre contractuel, The Phone Company priait à nouveau l'IBPT d'intervenir sur pied de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 en obligeant Belgacom Mobile à continuer à fournir ses services aux conditions existantes.

23. Le 10 janvier 2005, répondant à une invitation de l'IBPT à formuler une nouvelle offre à l'attention de The Phone Company, Belgacom Mobile a fait savoir à l'IBPT qu'elle pouvait envisager de laisser tomber les frais d'activation et de ne pas réclamer les frais mensuels jusque fin 2005.

07 -04- 2006

Par lettre du 19 janvier 2005, Belgacom Mobile a mis The Phone Company en demeure d'accepter son « Special Access Offer », pour le 24 janvier, sous peine d'une désactivation des lignes. Copie de cette lettre a été adressée à l'IBPT.

Le 21 janvier 2004, les conseils de The Phone Company priaient à nouveau l'IBPT de prendre à l'égard de Belgacom Mobile toute mesure provisoire qu'il jugerait utile pour éviter une interruption des services, et ce au plus tard le 24 janvier 2004 et de mettre Belgacom Mobile en demeure de mettre fin « à l'infraction ».

5. Les décisions attaquées des 21 janvier et 21 février 2005

24. Par sa décision du 21 janvier 2005, le Conseil de l'IBPT « fait défense à Belgacom Mobile de ne plus permettre à The Phone Company l'accès à son réseau » et précise que cette mesure provisoire a une durée de validité d'un mois.

Il y est fait état du courrier de mise en demeure du 19 janvier 2005 de Belgacom à The Phone Company « duquel il ressort que Belgacom Mobile a l'intention de mettre fin à l'accès de The Phone Company à son réseau à compter du 24 janvier, si The Phone Company n'accepte pas les conditions de son offre « Special Access Offer » ainsi que de la lettre du 21 janvier 2004 des conseils de The Phone Company à l'IBPT.

07-04-2006

La décision repose sur les motifs suivants :

*« Considérant l'extrême urgence découlant de l'imminence de la menace d'interruption des services de Belgacom Mobile ;
Considérant que Belgacom Mobile a déjà interrompu ses services à l'égard de The Phone Company par le passé ;
Considérant l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable dans le chef de The Phone Company consistant à ne plus pouvoir assurer ses obligations vis-à-vis de sa clientèle, faute de temps pour mettre en place une solution alternative à la rupture de services de la part de Belgacom Mobile ;
Considérant l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable dans le chef des utilisateurs finals utilisant les services de The Phone Company consistant à ne plus pouvoir passer des appels téléphoniques pour une durée indéterminée ; »*

Cette décision a été notifiée à Belgacom Mobile le même jour par lettre et par fax. La lettre d'accompagnement précise que « le Conseil (de l'IBPT) examinera dans les meilleurs délais l'offre de Belgacom Mobile « Special Access Offer », spécialement sous

l'aspect du caractère raisonnable des coûts. Cependant, l'Institut tient à rappeler qu'il n'est ni de son intention, ni de son ressort d'intervenir dans les relations contractuelles entre acteurs du secteur ».

25. Par lettre du 31 janvier 2005, Belgacom Mobile a fait grief à The Phone Company de faire usage de son réseau sans droit ni titre et l'a mise en demeure de cesser cet usage.

Copie de cette lettre a été adressée à l'IBPT.

Par lettre du 18 février 2005, The Phone Company a demandé à l'IBPT de prolonger la mesure d'un mois, vu le risque que Belgacom désactive les lignes.

Le 21 février 2005, et sans faire référence à la décision prise le même jour, l'IBPT écrivait à Belgacom Mobile qu'il déduisait de la correspondance entre les parties que l'offre d'accès spécial ne s'appliquait pas à The Phone Company vu l'e-mail de Belgacom Mobile du 4 novembre 2004, et que cette offre avait été retirée, du moins en ce qui concerne The Phone Company, eu égard au projet d'offre communiqué à l'IBPT le 10 janvier 2004.

26. Le 21 février 2005, le Conseil de l'IBPT adoptait une nouvelle décision par laquelle il faisait à nouveau défense à Belgacom Mobile de ne plus permettre à The Phone Company l'accès à son réseau, mesure limitée à un mois.

Cette décision reprend, en ce qui concerne l'extrême urgence et l'existence d'un préjudice grave et irréparable, les motifs avancés dans la première décision du 21 janvier 2001.

Elle contient en outre les motifs suivants :

« Considérant que sans intervenir dans le litige contractuel entre The Phone Company et Belgacom Mobile sans se prononcer sur le droit de cette dernière de mettre fin à l'accès à son réseau, force est de constater que rien ne semble justifier une rupture d'accès aussi rapide et brutale que celle voulue par Belgacom Mobile ;

Considérant que le préjudice découlant d'une rupture immédiate d'accès semble bien plus important que l'éventuel préjudice de Belgacom Mobile découlant d'un maintien de l'accès limité dans le temps ;

Considérant qu'il appartient à l'autorité de régulation de veiller au respect d'une saine concurrence et à l'intérêt des utilisateurs

07-04-2006

finals ;

Considérant que la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 15 février 2005, a constaté que l'Institut est compétent pour prendre une mesure ayant « pour objet d'éviter qu'un opérateur de téléphonie nouffé puissant adopte un comportement qui a pour effet de priver, de manière brutale, un grand nombre d'utilisateurs d'accéder aux services de The Phone Company et donc de limiter de manière sensible leur choix des moyens d'accéder aux services offerts par le réseau Proximus » ;

Considérant qu'il s'impose d'aménager une situation d'attente pour éviter les conséquences d'une rupture immédiate d'accès ainsi que pour veiller à l'intérêt des utilisateurs finals ;

Considérant que c'est ce qui a justifié l'adoption par l'Institut de sa décision du 21 janvier 2005 pour une période d'un mois ;

Considérant que l'introduction d'un recours contre cette décision par Belgacom Mobile a empêché The Phone Company de trouver une solution alternative dans l'attente d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles,

Considérant qu'une nouvelle menace de rupture d'accès est donc imminente, de sorte qu'il s'impose de prolonger les mesures provisoires pour une période d'un mois. »

07 -04- 2006

6. Faits postérieurs aux décisions attaquées

27. Belgacom Mobile a adressé à The Phone Company une facture datée du 10 mai 2005 d'un montant de 415.580,25 €. Ce montant correspond, pour les mois de novembre 2004 à mars 2005, à la différence entre le tarif retail qui avait été facturé à The Phone Company et les tarifs de terminaison sur le réseau Proximus et de transit vers les réseaux de Mobistar et Base, conformément à la lettre de Belgacom Mobile du 15 mars 2005.

The Phone Company a contesté cette facture par lettre du 23 mai 2005. Le même jour, elle demandait au Conseil de l'IBPT de lancer à l'encontre de Belgacom Mobile une procédure en infraction pour violation des dispositions suivantes :

- article 9.2 de la directive accès ;
- article 106 § 1 de la loi du 21 mars 1991 ;
- article 4 § 5 de l'AR du 7 mai 1995.

L'IBPT a exprimé son étonnement à l'égard de l'application par Belgacom Mobile des tarifs MTR (sa lettre du 17 juin 2005 à Belgacom Mobile). Il indiquait que les tarifs MTR sont des tarifs qui couvrent l'interconnexion et que dans le cadre de la relation contractuelle entre Belgacom Mobile et The Phone Company, il n'existait pas de contrat d'interconnexion. Il ajoutait qu'il y avait lieu d'éviter que The Phone Company paie pour des facilités qu'elle n'obtient pas de Proximus.

Belgacom Mobile a répondu en rappelant le contenu de ses différents courriers.

28. En date du 15 mars 2005, The Phone Company a cité Belgacom Mobile devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en référé aux fins d'entendre interdire à Belgacom Mobile de lui refuser l'accès à son réseau et de lui entendre ordonner de fournir ses services aux conditions contractuelles convenues entre les parties.

La demande était fondée sur les droits que The Phone Company disait puiser dans les contrats qu'elle avait conclus avec Belgacom Mobile et sur les obligations qui pèseraient sur Belgacom Mobile en vertu de la réglementation sectorielle en matière de télécommunication. Il n'a pas été fait état d'un éventuel abus de position dominante dans le chef de Belgacom Mobile.

La demande a été jugée recevable mais non fondée par une décision du 8 juillet 2005 qui est frappée d'appel.

07-04-2006

29. Le 15 juillet 2005, The Phone Company s'est une nouvelle fois adressée à l'IBPT pour lui demander d'intervenir, en mettant en œuvre, par décision contraignante à l'égard de Belgacom Mobile, la position qu'il avait adoptée dans sa communication du 4 août 2004. Elle a réitéré cette demande le 27 juillet 2005.

L'IBPT n'est plus intervenu. Son refus d'intervenir ne fait l'objet d'aucune décision formelle.

Belgacom Mobile a procédé à la désactivation des lignes.

30. Au jour où les affaires ont été prises en délibéré, l'IBPT n'avait pas encore pris de décision quant à l'orientation sur les coûts de l'offre tarifaire de Belgacom.

7. Décisions et communications sur les GSM Gateway dans les autres Etats membres

31. Comme indiqué plus haut, l'activité de GSM Gateway Provider fait l'objet de discussions dans plusieurs pays.

Les parties font état des décisions et communications suivantes, dont certaines sont versées au dossier :

Espagne

- Décision du 19 juin 2003 de CMT

Finlande

- Décision de FICORA (Finnisch Communications Regulatory Authority) du 3 mai 2004 (100/532/2004)

Grèce

- lettre de la Commission européenne à la Commission Nationale de Télécommunications et Poste de la Grèce du 13 juin 2005

Irlande

- Communication de ComReg (Commission for Communications Regulation) du 5 février 2003

Portugal

- Communication de ANACOM (Autondade National de Comunicações) du 8 mars 2004 ;

Royaume Uni

- Décision de Radiocommunications Agency du 18 juillet 2003 ;
- Décision de OfTel du 3 novembre 2003 en cause Floe c.Vodafone (qui a fait l'objet d'un réexamen par une décision du 28 juin 2005 de l'OFCOM) ;
- Décision de OfTel du 22 décembre 2003 (T-Mobile – VIP) ;
- Document de consultation du marché de l'OFCOM (Office of Communications) du 29 juin 2005 : « Future regulation of GSM Gateway under the Wireless Telegraphy Act » ;

07-04-2006

IV. Le cadre réglementaire national

Les compétences

- les compétences générales de décision de l'IBPT

32. Les missions de l'IBPT, énoncées à l'article 14 § 1 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (loi statut) sont, sans préjudice de

ses compétences légales:

- 1° la formulation d'avis d'initiative, dans les cas prévus par les lois et arrêtés, ou à la demande du ministre ;
 - 2° la prise de décisions administratives ;
 - 3° le contrôle du respect de la loi du 30 juillet 1979, ainsi que du titre I^{er}, chapitre X et des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991 et leurs arrêtés d'exécution ;
 - 4° en cas de litige entre des fournisseurs des réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications ou en cas de litige des opérateurs postaux, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois. Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les modalités de cette procédure.
- (...)

L'article 14 § 1 3° a été modifié par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui confie également à l'Institut le contrôle du respect des dispositions de cette loi.

Les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques définissent les objectifs généraux à la réalisation desquels l'IBPT doit contribuer dans le cadre de l'exercice de ses compétences. L'article 5 de cette loi énonce que l'Institut prend toutes les mesures adéquates afin de réaliser ces objectifs.

33. Les articles 20 et 21 de la loi du 17 janvier 2003 précitée, sont libellés comme suit :

Art. 20. § 1^{er}. En cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque de préjudice grave et difficilement réparable, le Conseil (de l'IBPT) adopte immédiatement les mesures provisoires appropriées dont il détermine la durée, sans que celle-ci puisse excéder deux mois.

§ 2. En respectant les conditions prévues au § 1^{er} et s'il n'est matériellement pas possible de convoquer une séance extraordinaire du Conseil, le président est compétent pour adopter des mesures provisoires au nom du Conseil. La décision du président qui impose des mesures provisoires doit être confirmée par le Conseil dans les quatre jours ouvrables suivant son adoption. A défaut d'avoir été confirmée dans ce délai, la décision du président perd ses effets.

Art. 21. § 1^{er}. Lorsque le Conseil constate une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou à une décision prise en application de celles-ci, il adresse au contrevenant une mise en demeure motivée en l'invitant à remédier aux infractions dans un délai qu'il fixe.

§ 2. Si, au terme du délai qui lui a été fixé, le contrevenant n'a

07 -04- 2006

pas remédié aux infractions, le Conseil peut, après l'avoir entendu, lui infliger une amende administrative au profit du Trésor public d'un montant maximal de 5.000 EUR pour les personnes physiques ou de 0,5 % au minimum et de 5 % au maximum du chiffre d'affaire de l'année complète de référence la plus récente dans le marché concerné pour les personnes morales, sans que le montant total de l'amende imposée à une personne morale ne puisse dépasser un montant de 12,5 millions EUR.

La décision visée à l'alinéa 1^{er} est assortie d'un nouveau délai fixé au contrevenant pour qu'il remédie aux infractions.

§ 3. Lorsque les infractions sont graves ou répétées et que les mesures prises en vertu des §§ 1^{er} et 2 n'ont pu y remédier, le Conseil peut, après avoir entendu le contrevenant, ordonner la suspension de tout ou partie de l'exploitation du réseau ou de la fourniture du service de télécommunications ou de la fourniture du service postal concernés, ou de la commercialisation ou de l'utilisation de tout service ou produit concerné.

- **Les compétences du Conseil de la concurrence en cas de litiges**

34. La loi (recours) du 17 janvier 2003 confie au Conseil de la concurrence la compétence de statuer sur certains types de litiges dans les termes suivants :

Art. 4. Le Conseil de la Concurrence, visé aux articles 16 et suivants de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, dans un délai de quatre mois statue sur les litiges entre opérateurs de télécommunications ou fournisseurs de services de télécommunication relatifs à l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées et sur les litiges entre opérateurs postaux relatifs à la mise en oeuvre des dispositions figurant dans leur licence. La procédure devant le Conseil de la Concurrence est suspendue en cas de recours à la procédure de conciliation prévue à l'article 14, § 1^{er}, 4^o, de la loi du 17 janvier 2003 précitée.

Lors de l'examen de ces litiges par le Conseil de la Concurrence, l'Institut délègue un représentant pour instruire le dossier avec le rapporteur du Service de la Concurrence.

L'Institut veille à l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la Concurrence en vertu de l'alinéa 1.

07-04-2006

- Les recours contre les décisions de l'IBPT

35. Les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles. Les articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi (statut) du 17 janvier 2003, ci après « loi recours », dans leur version actuelle, organisent comme suit ce recours :

Art. 2. § 1^{er}. Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent (dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification) faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé. <L. 2005-07-06/30, art. 3, 003 ; En vigueur : 21-08-2005>

Le Ministre peut introduire le recours visé à l'alinéa 1.

§ 2. Le recours visé au § 1^{er} n'est pas suspensif, hormis lorsqu'il est introduit contre une décision prise en vertu de l'article 21, §§ 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (ou une décision prise en vertu de l'article 144duodécies, § 2, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) ou lorsque la cour prononce la suspension de la décision attaquée. <L. 2003-12-22/42, art. 445, 002; En vigueur : 10-01-2004>

Art. 3 Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application.

- Les recours contre les décisions du conseil de la concurrence

36. La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999, prévoit en son article 43 que les décisions du Conseil de la concurrence et de son président peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles.

07-04-2006

Les dispositions de fond au jour des décisions attaquées

- Le titre III de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques

37. Les dispositions pertinentes pour la présente affaire sont les suivantes :

Sous le chapitre I, Définitions :

Article 68. Pour l'application de la présente loi, on entend par :

19° Service de télécommunications : service consistant, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux par des réseaux de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision ;

20° Utilisateurs : les personnes utilisatrices ou demanderesses de services de télécommunications offerts au public ;

21°bis Abonné : toute personne qui a conclu un contrat avec le prestataire de services de télécommunications accessibles au public ;

Sous le chapitre II, Dispositions générales

Article 69. Toutes les activités en matière de télécommunications sont libres, sans préjudice des dispositions de ce titre.

Sous le chapitre VI, « Les autres services de télécommunications » (à savoir, les services autres que le service universel) :

L'article 89 habilite le Roi à fixer, pour chaque catégorie de service de téléphonie mobile offert au public et pour chaque catégorie d'autres services de télécommunications mobiles offerts au public, le cahier des charges qui s'y rapporte.

Article 90 § 1 La personne qui désire exploiter un autre service de télécommunications offert ou non au public doit en faire la déclaration à l'Institut, au plus tard quatre semaines avant le début de l'exploitation commerciale dudit service, par lettre recommandée à la poste.

Ne sont pas considérés comme des services offerts au public, les services offerts à un ou plusieurs groupes fermés d'utilisateurs.

07-04-2006

Sous le chapitre X, - Opérateurs puissants, orientation sur les coûts et interconnexion

Art. 106. § 1^{er}. Les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne les services suivants :

- 1° le service de téléphonie vocale;
- 2° les lignes louées;
- 3° l'interconnexion;
- 4° l'accès spécial.

5° l'accès dégroupé à la boucle locale. Lorsque l'Institut estime que la concurrence est présente dans une mesure suffisante sur le marché de l'accès local, l'obligation d'orientation sur les coûts sur ce marché est levée. L'Institut ne prend cette décision qu'après une consultation publique.

Préalablement à chaque augmentation des tarifs applicables à ces services pour lesquels ces opérateurs sont puissants, les organismes puissants communiquent à l'Institut, selon les modalités fixées par le Roi, sur avis de l'Institut, les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de ces augmentations avec les contraintes réglementaires applicables.

(...)

§ 4. L'obligation d'orientation sur les coûts mentionnée au § 1^{er} ne s'impose aux opérateurs de réseaux publics de téléphonie mobile et aux fournisseurs de services de téléphonie mobile que s'ils sont puissants sur le marché de l'interconnexion.

Art. 109ter. § 1. Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les délais et les principes généraux applicables aux négociations commerciales menées pour conclure des accords d'interconnexion.

§ 2. Tout fournisseur d'un réseau public de télécommunications ou de services de télécommunications offerts au public qui contrôle ainsi les moyens d'accès à l'utilisateur final est tenu de négocier avec les autres fournisseurs de réseau public de télécommunications ou de services de télécommunications offerts au public lorsqu'ils font une demande d'interconnexion.

Sont également soumis aux droits et obligations du précédent alinéa :

- 1° les opérateurs fournissant des lignes louées;
- 2° les opérateurs qui sont autorisés dans un Etat membre de l'Union européenne à fournir des circuits de télécommunications entre l'Union européenne et des pays tiers et qui ont des droits exclusifs à ce titre;
- 3° les opérateurs de téléphonie vocale.

L'Institut peut décider de limiter, au cas par cas, a titre temporaire, cette obligation si l'interconnexion demandée peut être remplacée par des solutions techniquement, financièrement

07-04-2006

et commercialement viables et si l'interconnexion demandée ne convient pas aux ressources disponibles pour répondre à la demande.

Cette décision est publiée au Moniteur belge.

§ 3. Tout organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes ou des réseaux publics de téléphonie mobile ou des services de lignes louées ou des services de téléphonie vocale est tenu de répondre de manière non discriminatoire à toutes les demandes raisonnables d'interconnexion et de connexion, notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals.

Tout organisme puissant sur le marché des services de téléphonie vocale fixe ou mobile ou des lignes louées ou des réseaux téléphoniques publics fixes ou des réseaux publics de téléphonie mobile assure l'accès égal, sans discrimination, aux services d'interconnexion, en ce compris à lui-même ou à une de ses filiales ou partenaires qui exploite un service de télécommunications.

§ 4. Tout organisme puissant sur le marché des réseaux publics de téléphonie fixe ou des services de lignes louées ou de la téléphonie vocale est tenu de publier, selon les modalités fixées par le Roi sur proposition de l'institut, une offre technique et tarifaire d'interconnexion approuvée préalablement par l'institut. Cette offre doit être dégroupée de manière à éviter que le demandeur d'interconnexion de référence ne soit obligé de souscrire à des services auxquels il ne souhaite pas souscrire. L'institut apprécie si l'offre est suffisamment dégroupée.

La publication de cette offre ne fait pas obstacle à des demandes de négociation d'interconnexion non prévues dans cette offre.

L'offre visée au premier alinéa du présent paragraphe contient des conditions différentes selon qu'elle s'adresse à des fournisseurs :

- 1° de réseaux publics de télécommunications;
- 2° d'autres réseaux de télécommunications;
- 3° de services de téléphonie vocale;
- 4° d'autres services de télécommunications.

L'institut précise quelles sont les conditions et dans quelle mesure celles-ci peuvent varier en fonction de la catégorie à laquelle appartient le demandeur d'interconnexion.

L'institut peut imposer les modifications qu'il juge indispensables à l'offre d'interconnexion.

Si des fournisseurs de réseaux publics de télécommunications ou de services de télécommunications offerts au public n'ont pas interconnecté leurs réseaux ou services, alors que l'institut estime une telle interconnexion indispensable à l'intérêt des utilisateurs, l'institut peut exiger qu'il soit procédé à une

07-04-2006

interconnexion. En ce cas, il fixe les conditions d'interconnexion, sauf le droit des parties de conclure une convention, conformément au § 5 du présent article.

Les tarifs d'interconnexion doivent être orientés sur les coûts. Cette orientation s'impose aux organismes mentionnés à l'alinéa 1^{er}, ainsi qu'aux opérateurs de réseaux publics de téléphonie mobile et aux fournisseurs de services publics de téléphonie mobile qui sont des organismes puissants sur le marché de l'interconnexion. L'Institut est habilité à vérifier le respect de cette orientation.

L'Institut est habilité à vérifier le système de comptabilisation des coûts. Il peut être assisté par un réviseur d'entreprise agréé qui est indépendant de l'organisme de télécommunications. Une attestation de conformité du système de comptabilisation des coûts est publiée annuellement.

§ 5. L'interconnexion fait l'objet d'une convention entre les parties concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'interconnexion. Le Roi arrête, sur avis de l'Institut, les conditions qui doivent au minimum être réglées dans une convention d'interconnexion. A tout moment et de sa propre initiative, l'Institut peut intervenir pour imposer à une ou plusieurs parties à une négociation d'un accord d'interconnexion le respect des conditions minimales fixées par le Roi ou pour fixer les questions complémentaires devant être réglées ainsi que les conditions spécifiques à respecter dans un tel accord. La convention d'interconnexion est communiquée à l'Institut dans son intégralité.

§ 6. Sous réserve des engagements internationaux de la Belgique, un opérateur étranger ne peut avoir plus de droits en matière d'interconnexion ou d'accès spécial que ceux reconnus dans son pays d'origine à un opérateur belge.

§ 7. Afin de permettre à l'Institut de vérifier l'application du présent article, les opérateurs de réseaux publics téléphoniques fixes et les fournisseurs du service de lignes louées qui sont qualifiés de puissants tiennent une comptabilité séparée pour leurs activités en matière d'interconnexion, permettant également d'identifier les services d'interconnexion fournis à des tiers et les services d'interconnexion fournis de façon interne.

§ 8. Un réseau téléphonique public fixe est un réseau de télécommunications public commuté qui permet le transfert entre les points de terminaison du réseau en position fixe de la parole et des informations audio de largeur de bande de 3,1 kHz pour assurer entre autres la téléphonie vocale, les communications par télécopie du groupe III et la transmission de données par la bande vocale, grâce à l'utilisation de modems à un débit d'au moins 2400 bit/s.

07-04-2006

Un réseau public de téléphonie mobile est un réseau téléphonique public dans lequel les points de terminaison du réseau n'ont pas de position fixe.

- **l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM**

38. Cet arrêté royal qui a été modifié par l'arrêté royal du 24 octobre 1997 dans le but de transposer la directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, établit l'ensemble des conditions pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau GSM, soit le cahier des charges visé par l'article 83 de la loi du 21 mars 1991.
39. Aux termes de l'article 1^{er}, 26 de cet arrêté royal, il y a lieu d'entendre par « société de commercialisation de services : société ayant conclu un contrat avec un opérateur en vue de vendre des services utilisant le réseau de cet opérateur ».

L'arrêté royal contient les dispositions suivantes :

Art. 4. § 1^{er}. L'opérateur adhère au protocole d'accord et s'efforce notamment de conclure les accords nécessaires avec d'autres opérateurs de réseaux GSM à l'étranger en vue de permettre le "roaming" international.

(..)

§ 2. Le service offert par l'opérateur doit au moins répondre aux conditions suivantes :

- a) taux de blocage des appels : au maximum 5 % ;
- b) taux de coupure des appels : au maximum 2 % ;
- c) qualité d'écoute au moins conforme à la norme de l'E.T.S.I. ;
- d) assurer la fonction de transfert automatique des appels ("hand-over") entre toutes cellules voisines dans le réseau.

L'objectif de qualité pour le taux de blocage des appels doit être atteint aussi bien pour le trafic entrant que pour le trafic sortant.

(...)

§ 5. Le service doit être accessible à tous sans aucune discrimination.

Les conditions du service sont identiques pour des usagers se trouvant dans des conditions similaires en ce qui concerne :

07 -04- 2006

- a) les tarifs et ristournes éventuelles ;
 - b) les modalités de raccordement ;
 - c) l'entretien ;
 - d) la qualité, la disponibilité et la fiabilité du service.
- L'opérateur ne peut refuser l'accès au service ou le suspendre conformément aux dispositions légales et réglementaires en vigueur, qu'en cas de fraude ou de non-paiement avéré ou présumé de l'abonné ou sur la base des exigences essentielles suivantes :
- 1° la sécurité du fonctionnement du réseau ;
 - 2° le maintien de l'intégrité du réseau ;
 - 3° l'interopérabilité des services et des réseaux dans les cas justifiés ;
 - 4° la protection des données transmises dans les cas justifiés.

Art. 13. § 1^{er}. L'opérateur est libre d'organiser comme il l'entend la commercialisation des services offerts par son réseau. Il a la faculté de conclure des contrats avec toute société de fourniture de ces services dûment enregistrée auprès de l'Institut. Tout litige relatif à ces contrats est soumis à l'Institut conformément à la procédure de l'article 18, § 5.

Lors de la conclusion de ces contrats avec des sociétés de commercialisation des services, l'opérateur s'engage à ce que son contractant respecte les principes suivants :

- 1° l'égalité d'accès et de traitement des usagers, conformément à l'article 4, § 5, du présent arrêté;
 - 2° le respect global de la structure tarifaire de l'opérateur;
 - 3° l'obligation d'informer l'Institut des modifications tarifaires, conformément au § 2 du présent article;
 - 4° le respect des dispositions légales en matière de protection de la vie privée;
 - 5° la coopération nécessaire avec les autorités judiciaires et les services d'urgence, conformément à l'article 16, § 3, du présent arrêté;
 - 6° la conclusion d'une convention entre ces sociétés de commercialisation des services et le service de médiation visé à l'article 16, § 4, du présent arrêté;
 - 7° l'information des usagers sur certains risques inhérents à l'utilisation d'un terminal de mobilophonie, conformément à l'article 16, § 5, du présent arrêté;
 - 8° les dispositions en matière de contrat et de facture pour les abonnés, conformément à l'article 16, § 6, du présent arrêté.
- L'opérateur doit communiquer à l'Institut la liste des sociétés de fourniture des services avec lesquelles il a conclu, le cas échéant, des contrats : ces contrats doivent être, sur demande, communiqués à l'Institut.

07 -04- 2006

§ 2. L'opérateur fixe les tarifs des services qu'il offre aux abonnés au service. Une convention relative à l'évolution des tarifs de l'opérateur est conclue entre celui-ci et le Ministre. Cette convention tarifaire est destinée à mesurer l'évolution, au cours du temps, des tarifs pratiqués par l'opérateur et est fondée sur une formule d'indice, établie par l'Institut, en concertation avec l'opérateur, représentant le prix global moyen des services offerts par l'opérateur. La fourniture éventuelle des terminaux aux abonnés est exclue de cette formule d'indice des prix de l'opérateur. Toute adaptation des prix des services offerts par l'opérateur doit être communiquée à l'Institut dans le mois suivant l'entrée en application de l'adaptation en question. En l'absence d'objections de la part de l'Institut dans un délai d'un mois à compter à partir de la communication par l'opérateur de l'adaptation tarifaire en question, celle-ci est considérée comme acceptée tacitement. L'indice dont question ci-avant ne peut augmenter plus rapidement que l'indice des prix à la consommation. Le Ministre peut, sur demande de l'opérateur et sur avis de l'Institut, accorder d'éventuelles dérogations à cette règle.

(..)

Art. 18. § 1^{er}. L'Institut est habilité à contrôler le respect par l'opérateur des conditions du présent cahier des charges.

§ 2. L'opérateur est tenu de fournir à la demande de l'Institut toute information concernant l'état de mise en oeuvre de son réseau, la commercialisation des services et sa situation financière. L'opérateur communique à l'Institut pour le 30 juin de chaque année au plus tard un rapport relatif à ses activités concernant l'année précédente.

Ce rapport mentionne notamment l'évolution, mois par mois, du nombre total d'abonnés à ses services.

§ 3. L'opérateur collabore gratuitement à toute demande motivée de l'Institut visant à vérifier que les dispositions du présent cahier des charges sont effectivement respectées.

(...)

§ 5. Tout litige devant être soumis à l'Institut en vertu des dispositions du présent cahier des charges est communiqué par la partie la plus diligente. L'Institut entend les parties concernées et formule un avis motivé dans un délai d'un mois après avoir entendu les deux parties.

07-04-2006

V. La position des parties

Position de Belgacom Mobile

Position de Belgacom Mobile sur les pouvoirs de l'IBPT

40. En ordre principal, Belgacom Mobile estime que l'IBPT a outrepassé ses compétences en prenant les décisions attaquées et elle postule l'annulation des décisions pour incompétence.

Elle fait tout d'abord valoir qu'en adoptant les mesures incriminées, l'IBPT s'est nécessairement immiscé dans un litige entre des parties à un contrat, ce qui ne relève pas de ses compétences, définies limitativement à l'article 14 § 1 de la loi (statut) du 17 janvier 2003.

Ces mesures doivent s'analyser, selon Belgacom Mobile, comme une injonction d'exécuter une convention ou comme une interdiction de résilier celle-ci, pendant une période d'un mois qui a été prolongée d'un mois. Belgacom Mobile déduit de la nature des mesures adoptées et de l'absence de justification de ces mesures dans les décisions par rapport à un manquement aux obligations résultant du cadre réglementaire que l'IBPT a nécessairement reconnu d'une part la validité de la convention entre les parties et le fait qu'elle liait toujours les parties au jour de ses décisions, d'autre part les droits contractuels dont The Phone Company se prévaut.

Or, le litige entre les parties porterait précisément et exclusivement sur la validité de la convention entre les parties et sur ses effets, en particulier sur la question de savoir si The Phone Company dispose d'un droit contractuel d'accès et l'IBPT serait sans pouvoir pour se prononcer à cet égard.

41. Belgacom Mobile fait ensuite valoir qu'il découle du principe de la spécialité des institutions que l'IBPT est sans compétence pour adopter, sur la base d'un examen en opportunité, des mesures provisoires en se bornant à constater que les deux conditions énoncées à l'article 20 § 1^{er} de la loi du 17 janvier 2003 sont réunies, à savoir l'urgence et le risque d'un préjudice difficilement réparable.

Elle reproche à l'IBPT d'avoir pris des mesures à son encontre sans même avoir procédé à une analyse prima facie des droits des parties et sans référence aux règles de droit qui en constitueraient le fondement, en excluant ainsi a priori dans le chef de Belgacom Mobile toute justification d'une rupture d'accès.

07 -04- 2006

Elle indique en outre que l'article 20 de la loi précitée doit être lu à la lumière de l'article 10 § 6 de la directive 2002/20/CE (directive autorisation) et donc être interprété en ce sens que l'IBPT ne peut prendre des mesures provisoires d'urgence que si le préjudice grave qu'il convient d'éviter est la conséquence d'un manquement de l'entreprise à la réglementation dont l'Institut doit contrôler le respect. Il ne saurait en aucun cas être admis que l'IBPT puisse intervenir pour éviter « la naissance d'une infraction éventuelle ».

Belgacom indique enfin que les objectifs généraux à la réalisation desquels les Autorités réglementaires nationales (ARN) doivent contribuer ne sauraient justifier à eux seuls une intervention de l'IBPT en cas d'urgence. Elle souligne que les décisions attaquées ne font état d'aucun élément qui permettrait d'établir un lien entre les mesures prises et une compétence spécifique confiée à l'IBPT.

42. Il ressort des conclusions de Belgacom Mobile que celle-ci considère que les motifs présentés par l'IBPT pour la première fois devant la cour pour justifier sa compétence à intervenir (et la base juridique des mesures adoptées), qui ne figurent pas dans les décisions attaquées, ne sauraient en constituer le fondement.

Quant à la condition d'urgence et à l'utilité de la mesure ordonnée pour éviter le dommage allégué

07 -04- 2006

43. Belgacom Mobile conteste le caractère brutal de sa décision de désactiver les lignes et donc les motifs retenus par l'IBPT pour constater l'urgence, invoquée par The Phone Company, dès lors que celle-ci était parfaitement au courant, depuis mai 2003, de sa décision de ne plus lui accorder le bénéfice des tarifs on net et qu'elle avait été mise en demeure à plusieurs reprises d'accepter les nouvelles conditions ou de cesser son activité, ce qui lui a laissé tout le temps nécessaire pour trouver des solutions alternatives ou engager des procédures.
44. Belgacom Mobile critique encore le fait que l'IBPT a entendu aménager une situation d'attente pour permettre à The Phone Company de trouver une solution alternative sans vérifier si une solution autre que celle d'accepter l'offre d'accès spécial, existait. L'intervention de l'IBPT n'aurait eu en réalité comme but que de faire gagner du temps à The Phone Company au détriment des intérêts de Belgacom Mobile que l'IBPT n'a pas pris en considération.

Position de Belgacom Mobile, présentée à titre subsidiaire, sur les droits et obligations des parties en linge

- sur le plan contractuel

45. Pour Belgacom Mobile, quelle que soit l'hypothèse retenue, elle était en droit de mettre fin aux contrats, fut ce à ses risques et périls.

Sa position peut être résumée comme suit :

- The Phone Company, connu de Belgacom Mobile comme utilisateur final, a bénéficié, dès l'origine et de manière dolosive des tarifs on net alors qu'elle ne pouvait ignorer que les opérateurs mobiles réservent ces tarifs à l'utilisateur final et que son activité d'exploitation de GSM Gateway pour compte de tiers entraînait dans son chef l'obligation de payer des tarifs orientés sur les coûts : The Phone Company ne peut donc se prévaloir de conventions viciées par un dol et en demander l'exécution ;
- Les nouvelles conditions générales établies par Belgacom Mobile régissent les rapports entre elle et The Phone Company depuis le 18 mai 2003 puisque celle-ci n'a pas fait usage de la possibilité de mettre fin aux contrats prévue à l'article 16 de ces conditions générales : le non respect de ces conditions générales justifie la résiliation des contrats ;
- Si Belgacom Mobile a renoncé à appliquer provisoirement les tarifs établis dans l'offre d'accès spécial au trafic en provenance de The Phone Company, c'était uniquement pour préserver un climat favorable à la négociation qui était en cours : Belgacom pouvait donc à tout moment mettre fin à une situation que The Phone Company savait précaire ;
- Le refus de The Phone Company d'accepter soit l'interconnexion, soit l'offre d'accès spécial a mis fin aux négociations. Il constitue en outre une méconnaissance par The Phone Company de ses obligations contractuelles et réglementaires ce qui justifiait aussi la désactivation des lignes ;
- Si l'offre d'accès spécial devait être analysée comme une augmentation des tarifs existants, force serait encore de constater que celle-ci a été acceptée tacitement par l'IBPT en application de l'article 13 de l'arrêté royal du 7 mars 1995, de sorte que The Phone Company ne pouvait les refuser au motif qu'ils n'auraient pas été approuvés par l'IBPT ;
- S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, Belgacom peut y mettre fin unilatéralement à tout moment.

Selon Belgacom Mobile, en lui interdisant de mettre fin à l'accès et en lui imposant une période de préavis de deux mois – délai de validité

07 -04- 2006

maximum des mesures provisoires-, l'IBPT est donc nécessairement intervenu dans un litige privé d'ordre purement contractuel en méconnaissance des règles de droit applicables.

- au regard du cadre réglementaire

46. Belgacom Mobile soutient qu'aucun motif déduit des compétences spécifiques qui reviennent en vertu de la loi à l'IBPT ne justifie son intervention

Dans l'hypothèse où il faudrait considérer que les décisions attaquées contiennent implicitement la constatation d'une violation de la réglementation sectorielle, Belgacom Mobile conclut qu'aucun manquement ne peut lui être reproché. Son analyse est résumée ci après.

47. L'activité de The Phone Company est une activité de « commercialisation des services » et est régie par les dispositions de l'arrêté royal du 7 mars 1995 dont l'application a été éludée par The Phone Company et, suivant la communication de l'IBPT du 4 août 2004, cette activité tombe sous le coup de l'article 90 de la loi du 21 mars 1991.

En faisant, le 30 septembre 2004, une déclaration de son activité auprès de l'Institut, The Phone Company a nécessairement reconnu qu'elle agissait en sa qualité de prestataire de services de télécommunication, ce qui est incompatible avec la qualité d'utilisateur final. Pour Belgacom Mobile, The Phone Company ne serait pas en droit d'invoquer que les appels qui transitent par les GSM Gateway sont ses propres appels malgré le fait que les factures y afférentes lui sont adressées. En outre, The Phone Company ne reçoit pas d'appels sur les cartes SIM placées dans les GSM Gateway, ce qui la distingue encore de l'utilisateur final, qui est celui qui consomme des services de télécommunications. The Phone Company se borne à revendre des services de télécommunications ou suivant les termes utilisés par Belgacom Mobile dans sa lettre du 17 décembre 2004 à l'IBPT, à commercialiser à son profit des minutes d'appel sur le réseau Proximus.

En vertu des dispositions précitées, la commercialisation et l'exploitation par The Phone Company d'un service sur le réseau Proximus, qualifié par Belgacom Mobile de « service d'accès et de terminaison sur le réseau Proximus d'appels en provenance d'un autre réseau », doit faire l'objet d'un accord, nécessairement écrit, afin de pouvoir répondre au prescrit détaillé dudit arrêté royal. The Phone Company n'a pu justifier d'une quelconque autorisation de Belgacom Mobile pour offrir ce service, qu'elle n'a jamais

07 -04- 2006

sollicitée, et l'IBPT est resté en défaut de contrôler l'existence d'un accord au moment de délivrer le certificat de déclaration dont la validité est contestable. The Phone Company a donc toujours agi dans l'illégalité en violation des règles reconnues par l'IBPT comme conditionnant l'offre de services de GSM-Gateway.

48. Selon Belgacom Mobile, l'exploitation de GSM Gateway pour satisfaire les besoins de tiers étant couverte par la notion d'accès spécial, elle est soumise à la règle de l'orientation sur les coûts, ce qui exclut en soi qu'elle puisse appliquer les tarifs on net qui ne sont pas orientés sur les coûts.

La règle de l'orientation vers les coûts implique que l'opérateur doit être à même de récupérer ses coûts et que chaque appel acheminé sur le réseau doit contribuer proportionnellement à la couverture de ces coûts. Or, l'exploitation de GSM Gateway a pour conséquence qu'un grand nombre d'appels fixes destinés au réseau Proximus, ne contribuent pas à la couverture des coûts d'investissement du réseau et en particulier, des coûts relatifs aux points d'interconnexion qui ont été établis afin de pouvoir absorber de manière optimale un volume élevé d'appels fixes ou mobiles.

Les coûts réels de l'utilisation du réseau par des GSM Gateway pour les besoins de tiers seraient au moins équivalents aux tarifs MTR éludés qui sont orientés sur les coûts et établis en fonction des prévisions des volumes entrants, c'est-à-dire d'un volume englobant le trafic détourné vers des GSM-Gateways. Belgacom Mobile explique que « le MTR prend en considération non seulement un coût de connexion réparti sur l'ensemble des appels d'interconnexion, mais aussi le coût de l'acheminement le plus efficace et économe de ses appels, éléments qui se retrouvent mutadis mutandi, mais en double dans les services de connexion et d'acheminement offerts au GSM Gateway Provider pour compte de tiers, des frais particuliers qui doivent être engagés, aux endroits où se situent les GSM-Gateways afin de renforcer le réseau dans la mesure du possible ».

Selon Belgacom Mobile, en décider autrement entraînerait en outre une discrimination entre les opérateurs qui concluent des contrats d'interconnexion et les entreprises telles que The Phone Company et ses clients.

49. Belgacom Mobile expose encore qu'elle a respecté scrupuleusement les règles régissant son devoir d'information de l'IBPT.

Elle lui a communiqué, en 2003, les nouvelles conditions générales du service Proximus, qui s'appliquent à l'utilisateur final, qu'elle dit avoir arrêtées pour éviter l'utilisation illicite de son réseau par des

07 -04- 2006

GSM Gateway Providers, conformément à l'obligation qui pèse sur elle en vertu de l'article 16, § 1, de l'arrêté royal du 7 mars 1995

Suite à la communication de l'IBPT du 4 août 2004, elle a communiqué à l'Institut une offre d'accès spécial en application de l'article 106 de la loi du 21 mars 1991. Cette offre s'adresse à l'ensemble des GSM Gateway Providers pour compte de tiers, et pas seulement à The Phone Company, de sorte que c'est à tort que l'IBPT prétend qu'il s'agirait d'une augmentation des tarifs visant The Phone Company.

Il ne résulte d'aucune disposition que l'offre tarifaire doit faire l'objet d'un accord préalable de l'Institut. Rien ne pouvait donc s'opposer à ce que Belgacom Mobile applique les nouveaux tarifs, comme annoncé, à compter du 1^{er} novembre 2004. Elle souligne que le défaut d'approbation de l'offre tarifaire n'a d'ailleurs pas été invoqué par l'Institut dans les décisions attaquées et que jusqu'à présent, l'Institut n'a pas pris position sur le caractère de cette offre de sorte que rien ne justifiait une intervention, encore moins « urgente ». Le fait que l'IBPT a signalé, à plusieurs reprises, qu'il devait encore procéder à une analyse de cette offre, ne constitue ni une objection ni une décision. En ordonnant à Belgacom Mobile de suspendre l'application des nouveaux tarifs, l'IBPT a méconnu son droit de les appliquer.

Elle fait dans le même temps valoir que si l'offre d'accès spécial se présente comme une modification des conditions tarifaires existantes, elle doit être considérée comme acceptée par l'IBPT à défaut d'objections dans le mois de sa communication, et ce, en vertu de l'article 13 de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

07-04-2006

50. Par ailleurs, Belgacom Mobile indique que « ni l'IBPT ni la cour ne peuvent a priori, et avant que l'IBPT ne se prononce, reprocher ou connaître d'une difficulté relative au contenu des nouvelles dispositions tarifaires (de Belgacom Mobile), ce pouvoir ayant été réservé par le législateur à l'IBPT ».

Position de l'IBPT

- Position de l'IBPT sur les conditions requises pour adopter des mesures provisoires et sur l'étendue du pouvoir de contrôle de la cour

51. L'IBPT estime qu'il n'y a pas lieu de prendre position sur les droits et obligations de Belgacom Mobile et de The Phone Company.

N° 770

R.G : 2005/AR/296+388

9^{ème} chambre

Page 39

Il se fonde à cet égard d'abord sur le fait qu'il s'est lui-même abstenu de le faire en adoptant les décisions attaquées. L'IBPT expose qu'il ne s'est prononcé de manière directe ou indirecte ni sur la licéité de l'utilisation du réseau de Belgacom Mobile par The Phone Company ni sur la question de savoir si Belgacom Mobile avait ou non le droit de mettre fin à ses relations contractuelles avec The Phone Company à la lumière du droit commun des contrats ou sur son droit de procéder à une rupture d'accès en application de la réglementation sectorielle applicable ni encore sur la question de savoir si les tarifs que Belgacom Mobile souhaite pratiquer sont ou non orientés sur les coûts. Il ajoute qu'il s'est gardé de se prononcer sur les éventuelles fautes commises par les uns et par les autres comme de s'immiscer dans la relation contractuelle en cause et il en veut pour preuve le fait qu'il n'est pas intervenu pour empêcher la désactivation des cartes SIM utilisées par The Phone Company intervenue le 29 juillet 2005.

L'IBPT a d'ailleurs contesté l'intérêt de Belgacom Mobile à former un recours en déclarant que les décisions attaquées ne valent nullement constat de faute ou d'infraction dans le chef de Belgacom Mobile.

L'IBPT rappelle que les questions relatives aux rapports contractuels entre Belgacom Mobile et The Phone Company ont été discutées devant le Président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en référé, question qui échapperait à la cour dans le cadre du présent litige. Il ajoute que rien n'empêche Belgacom Mobile d'introduire des actions « devant les autorités ou les juridictions compétentes pour dénoncer le comportement qu'elle juge frauduleux dans le chef de The Phone Company »

Il expose par ailleurs qu'il n'a pas la compétence de résoudre le litige entre The Phone Company et Belgacom Mobile et qu'en vertu de l'article 4 de la loi (statut) du 17 janvier 2003, c'est le Conseil de la concurrence, et non la cour d'appel de Bruxelles, qui a vocation à statuer sur les litiges entre opérateurs relatifs à l'accès spécial. Il souligne que dans le cadre des recours contre les décisions de l'IBPT, la cour dispose de compétences spéciales, limitées et exclusives.

52. L'IBPT estime que la seule question qui se pose dans le cadre des présents recours est donc de savoir si l'IBPT est compétent pour adopter des mesures provisoires comme il l'a fait, au regard de l'article 20 de la loi (statut) du 17 janvier 2003.

Selon l'IBPT, l'exercice par lui de son pouvoir d'adopter des mesures provisoires est subordonné à la seule constatation de la réunion des conditions prévues par cette disposition : l'urgence et

07 -04- 2006

l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable, qu'il examine séparément.

Il invite la cour à constater que ces deux conditions étaient réunies : une désactivation des lignes par Belgacom Mobile, sans respecter un délai raisonnable, aurait mis The Phone Company dans l'impossibilité d'honorer ses engagements, et les opérateurs alternatifs, clients de The Phone Company, dans l'impossibilité de rechercher une solution alternative pour assurer que les appels arrivent à leur destination, c'est-à-dire sur le réseau Proximus, et ce au détriment de l'utilisateur final. Cette situation aurait provoqué un préjudice grave et irréparable à chacun des niveaux précités alors que le risque qu'encourait Belgacom était purement pécuniaire et limité dans le temps.

Il y a lieu de noter que l'IBPT indique que la solution alternative consiste à dévier l'appel vers le réseau Proximus, via un point d'interconnexion ordinaire.

Quant à la condition d'urgence, l'IBPT précise qu'elle résultait au jour de sa première décision du délai extrêmement bref dans lequel Belgacom Mobile menaçait de procéder à la rupture de l'accès si The Phone Company n'acceptait pas son offre tarifaire (lettre du 19 janvier 2005) d'une part, le fait que l'IBPT aurait été interpellé par The Phone Company le 21 janvier 2005 d'autre part, et il ajoute que « la situation eut probablement été totalement différente si Belgacom avait respecté un délai raisonnable ».

La situation n'ayant pas évolué à l'échéance des premières mesures provisoires, il existait donc une nouvelle menace de rupture d'accès au réseau, constat qui suffirait pour permettre à l'IBPT de prolonger ces mesures provisoires pour un mois.

53. S'agissant de l'étendue de ses pouvoirs, l'Institut fait valoir qu'en sa qualité d'ARN, il est investi par la réglementation européenne applicable aux infrastructures électroniques et services associés d'une compétence générale d'intervention. Il déduit celle-ci des objectifs généraux définis dans les directives 97/33/CE, 2002/19/CE et 2002/21/CE, objectifs à la réalisation desquels les ARN doivent contribuer, à savoir la promotion de la concurrence, la recherche de l'efficacité économique et la défense des intérêts des utilisateurs finals.

Il conclut sur cette base qu'il est bien compétent pour faire cesser ou prévenir toute situation qui se heurterait à ces objectifs en adoptant, en opportunité, des décisions de mesures provisoires sur la base de la constatation « qu'il était contraire à l'intérêt des utilisateurs et à la libre concurrence de procéder à une rupture aussi brutale d'accès ».

07 -04- 2006

L'Institut expose que lorsqu'il exerce sa compétence d'adopter des mesures provisoires, rien ne l'oblige à fonder sa décision sur une analyse, *prima facie*, des droits et obligations des parties. L'IBPT indique qu'il n'est pas une juridiction, que la loi ne précise pas qu'il doit procéder à une analyse des droits apparents des parties et qu'elle ne limite pas son pouvoir d'adopter des mesures provisoires aux cas de manquements ou d'infractions d'un opérateur.

L'IBPT insiste dès lors sur le fait que son seul souci a été, en procédant à la balance des intérêts, d'aménager une situation d'attente qui devait permettre à The Phone Company et à ses clients, opérateurs alternatifs, de mettre en place une solution alternative ou aux parties en litige de trouver un terrain d'entente en empêchant une rupture brutale de l'accès.

Il invite la cour à examiner le bien fondé des recours en limitant son examen à la seule question de savoir si l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation « *en considérant qu'il n'était pas raisonnable que Belgacom Mobile procède à une rupture d'accès à son réseau aussi rapidement* » en se gardant de prendre position sur la question de savoir si Belgacom Mobile avait ou a toujours l'obligation de fournir les services en cause.

07-04-2006

- Position de l'IBPT, présentée à titre subsidiaire et superflète, sur les droits et obligations des parties en litige

Remarque préliminaire

54. L'IBPT souligne que s'il entre dans le débat sur les droits et obligations des parties en conflit, c'est uniquement pour répondre aux conclusions de Belgacom Mobile sur ces questions et en insistant sur le fait que Belgacom Mobile se méprend sur l'objet du litige déféré à la cour. Chacune de ses positions est d'ailleurs assortie de multiples réserves qui ne sont pas reproduites ci-après.

Au regard de la réglementation sectorielle

55. L'IBPT maintient la position qu'il a exprimée lors de sa communication du 4 août 2004 en soulignant que Belgacom Mobile ne la conteste pas.

Il ajoute que le GSM Gateway Provider est un « *utilisateur* », et non un « *utilisateur final* », en se référant à la distinction qui est faite entre ces deux notions à l'article 68, 20° et 21° de la loi du 21 mars 1991 et à l'article 2, h et n de la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 (directive cadre) comme à la définition de la notion de « *service de télécommunications* » à l'article 68, 19° de la loi du 21 mars 1991.

56. S'agissant des tarifs auxquels Belgacom Mobile entend subordonner l'accès spécial à son réseau par des GSM Gateway Providers, l'IBPT renvoie d'une part à l'article 106, alinéa 1^{er}, 4° de la loi du 21 mars 1991, d'autre part à l'article 13, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM.

Il indique qu'à ce jour, les nouveaux tarifs proposés par Belgacom Mobile n'ont pas encore été approuvés par l'IBPT.

Se référant à l'obligation d'orientation sur les coûts, l'Institut estime qu'il est pour le moins surprenant de constater que l'offre spéciale GSM Gateway de Belgacom se base sur les tarifs MTR alors que l'utilisation de cet appareil a précisément pour effet qu'il n'y a pas interconnexion et que Belgacom Mobile ne supporte aucun coût d'interconnexion lorsqu'un appel arrive sur son réseau en provenance d'un réseau fixe par l'intermédiaire d'un GSM Gateway.

Il considère que Belgacom Mobile ne rapporte pas la preuve que les conditions tarifaires qu'elle souhaite appliquer correspondent à des coûts réels, liés à l'utilisation de GSM Gateway, ni même que les coûts qu'entraîne l'utilisation de GSM Gateway pour satisfaire les besoins de tiers entraînent des coûts supérieurs à ceux découlant d'une communication on net.

Il observe que Belgacom Mobile ne lui a d'ailleurs toujours pas soumis une offre définitive se fondant sur les coûts réels et qu'elle a en revanche soumis à l'IBPT, le 10 janvier 2005, une proposition alternative et confidentielle en ce qui concerne The Phone Company, « *de sorte que c'est donc Belgacom Mobile elle-même qui est à l'origine d'une évidente ambiguïté, en obligeant l'IBPT à examiner successivement plusieurs offres* ».

Quant à la charge de la preuve de l'orientation des tarifs vers les coûts, l'IBPT se réfère à l'article 13.3 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »).

Se référant cette fois à l'article 13 § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 qui vise toute adaptation des prix des services, il fait observer qu'il a clairement indiqué à Belgacom Mobile que son offre tarifaire

07-04-2006

était encore à l'étude (ses lettres des 14 décembre 2004 et 27 janvier 2005), ce qui signifierait selon l'IBPT, qu'en application de cette disposition, l'offre n'a pas été acceptée par lui et que Belgacom Mobile ne peut s'en prévaloir.

57. L'IBPT fait par ailleurs observer que les décisions attaquées étaient « de nature à empêcher la naissance d'une infraction éventuelle », en citant la suspension du service dans une situation non visée à l'article 4, § 5, de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM.

Sur le plan contractuel

58. Selon l'IBPT, la question de savoir si la relation contractuelle entre Belgacom Mobile et The Phone Company était ou n'était pas résiliée au jour où il est intervenu importe peu puisque c'est la menace d'une rupture d'accès et l'imminence du péril qui l'ont conduit à intervenir.

59. La position de l'IBPT sur la situation contractuelle, présentée à titre subsidiaire, peut être résumée comme suit :

- les pièces du dossier démontrent sans ambiguïté que Belgacom Mobile savait, dès l'origine, que l'activité de The Phone Company consistait à exploiter des GSM Gateway pour satisfaire une demande de tiers et qu'elle savait que The Phone Company utilisait ces équipements en différents sites et à grande échelle ;
- c'est donc en parfaite connaissance de cause que Belgacom Mobile a appliqué à The Phone Company les conditions tarifaires applicables à l'utilisateur final, de sorte qu'elle ne peut invoquer le dol ;
- la communication de l'IBPT du 4 août 2004 serait sans incidence sur les accords entre Belgacom Mobile et The Phone Company, notamment sur le plan tarifaire, puisqu'elle n'a eu d'incidence sur la nature des services offerts par Belgacom Mobile et que les coûts supportés par Belgacom Mobile sont restés identiques ;
- aucun changement n'étant intervenu, Belgacom Mobile ne pourrait se prévaloir avec succès d'une résiliation de la relation contractuelle qui serait le fait de The Phone Company au motif que cette dernière a refusé les nouvelles conditions tarifaires ;
- au jour où l'IBPT est intervenu, les parties étaient toujours liées puisque Belgacom Mobile avait mis The Phone

07-04-2006

Company en demeure d'accepter son offre pour le 24 janvier 2005 au plus tard et qu'elle indiquait qu'à défaut, elle procéderait à la désactivation des cartes SIM.

- Belgacom Mobile aurait au moins formulé trois propositions tarifaires différentes à l'égard de The Phone Company : sa proposition du 15 octobre 2004 (Special Access), retirée provisoirement le 4 novembre 2004 et sa proposition du 10 janvier 2005, ce qui aurait provoqué une confusion.

Position de The Phone Company

Remarque préliminaire

60. The Phone Company se réfère à la position de l'IBPT. Sa position, résumée ci-après, diffère cependant sur certains points de celle suivie par l'IBPT.

Position de The Phone Company au regard de la réglementation sectorielle

0 7 -04- 2006

61. The Phone Company invoque l'article 69 de la loi du 21 mars 1991 pour conclure qu'elle a la liberté d'exploiter des GSM Gateway pour compte de tiers ainsi que la communication du 4 août 2004 de l'IBPT suite à laquelle elle a fait une déclaration de son activité, ce qui lui permet de se livrer à cette activité sans autres conditions.

Se fondant sur les dispositions précitées, elle conteste que Belgacom Mobile puisse puiser dans l'article 13, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 7 mars 1995 un argument pour faire obstacle à cette activité.

Elle ajoute qu'il résulte de l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 que Belgacom Mobile ne peut organiser comme elle l'entend la commercialisation de ses services.

Elle déduit de ce qui précède que le litige qui l'oppose à Belgacom Mobile n'est pas un litige purement contractuel. Il porte sur la question de savoir si Belgacom Mobile a le droit d'imposer son offre d'accès spécial et de refuser ses services faute d'acceptation de celle-ci par The Phone Company et d'approbation de l'IBPT.

62. Selon The Phone Company, le service offert par les opérateurs de téléphonie aux opérateurs GSM Gateway ne peut pas être qualifié

d'accès spécial car il ne se distingue pas du service offert à la majorité des utilisateurs dont la nature n'est pas fonction du volume du trafic. Le seul coût spécifique qu'il pourrait entraîner est celui de la nécessité éventuelle d'adapter la capacité du réseau.

Dès lors et en application de l'article 4 de l'arrêté royal du 7 mars 1995, le service doit être accessible à tous sans aucune discrimination et il ne peut être refusé ou suspendu que dans les cas visés à cet article. Or, Belgacom Mobile ne démontre pas qu'elle avait un motif valable de refuser ledit service.

L'activité de The Phone Company n'est nullement à l'origine des perturbations sur son réseau que Belgacom Mobile aurait constatées puisque The Phone Company a dès l'origine, travaillé en étroite collaboration avec les services techniques de Belgacom Mobile, préalablement à la mise en service des GSM Gateway, pour éviter toute perturbation

63. The Phone Company souligne encore que contrairement à ce que prétend Belgacom Mobile, son activité ne consiste pas à commercialiser les services de Belgacom Mobile. Elle fournit ses propres services qui sont autres qu'un service de revendeurs de minutes de téléphonie mobile.

64. Pour autant qu'il s'agisse d'un accès spécial, l'offre d'accès spécial établie par Belgacom Mobile ne répondrait pas aux principes de non discrimination, de proportionnalité et d'orientation sur les coûts et elle équivaldrait à un refus d'accès. The Phone Company en veut pour preuve que de l'aveu même de Belgacom Mobile, à sa connaissance, The Phone Company serait le seul GSM Gateway Provider actif en Belgique.

Cette offre obligerait The Phone Company à payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour les services que The Phone Company lui demande et que Belgacom Mobile n'utilise pas.

Le service offert par Belgacom Mobile aux opérateurs GSM Gateway étant identique à celui offert à l'utilisateur final, il serait discriminatoire et non proportionné d'établir des tarifs plus élevés, sous prétexte qu'il s'agirait d'un « accès spécial ».

En outre, l'offre d'accès spécial fixe des conditions tarifaires supérieures à celles de l'interconnexion, ce qui rend l'activité des GSM Gateway Provider économiquement impossible. The Phone Company conclut qu'en imposant des tarifs aussi élevés, Belgacom Mobile entend éviter un manque à gagner qui consiste dans le fait que les clients de The Phone Company ne font pas usage de l'interconnexion et éliminer toute concurrence.

07-04-2006

65. The Phone Company relève que le raisonnement de Belgacom Mobile est entaché de contradiction en ce sens qu'elle ne peut à la fois prétendre que les services qu'elle fournit aux opérateurs GSM Gateway sont différents de ceux qu'elle offre aux utilisateurs finals et prétendre que son offre d'accès spécial constitue une adaptation des prix des services qu'elle offrirait déjà à The Phone Company, acceptée par l'IBPT faute d'objection formulée dans le délai prévu à l'article 13, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

Elle indique que soit il s'agit de services identiques à ceux fournis à l'utilisateur final, auquel cas il n'y a pas lieu de faire une offre d'accès spécial, soit il s'agit d'autres services, auquel cas Belgacom Mobile ne peut se prévaloir d'une acceptation tacite des tarifs par l'IBPT.

Position de The Phone Company sur le plan contractuel

66. The Phone Company ne conteste pas qu'elle a conclu avec Belgacom Mobile des contrats en qualité d'utilisateur final. Elle indique que si elle a bénéficié des conditions « utilisateurs finals », c'est tout simplement par ce que Belgacom Mobile ne disposait pas de contrats spécifiques pour les GSM Gateway Providers.

Elle conteste en revanche les arguments de Belgacom Mobile tirés de sa prétendue ignorance de l'activité à laquelle elle se livrait en insistant sur le fait qu'il résulte des pièces du dossier que c'est en toute transparence qu'elle a mené dès l'origine cette activité, ce qui a d'ailleurs mis Belgacom Mobile en mesure d'adapter son réseau au trafic qu'elle a généré et d'éviter toute difficulté technique liée à ce trafic.

67. The Phone Company indique que Belgacom Mobile invoque à tort un refus de sa part d'accepter l'offre d'accès spécial puisqu'il résulte des éléments du dossier qu'elle bénéficiait déjà dudit accès de sorte qu'elle n'avait pas à le demander et que Belgacom Mobile a elle-même indiqué que les nouveaux tarifs ne s'appliquaient pas à The Phone Company, sans formuler de réserves à ce sujet.

En outre, elle ne voit pas comment on pourrait lui reprocher de ne pas avoir accepté une offre d'accès spécial qui viole des dispositions d'ordre public et qui n'a pas été approuvée par l'IBPT.

07-04-2006

VI. DISCUSSION

1. Sur l'intérêt au recours

68. Dans ses conclusions de synthèse après réouverture des débats, l'IBPT déclare ne plus contester l'intérêt de Belgacom Mobile à l'annulation de la décision attaquée.

2. Sur la compétence de l'IBPT à intervenir

69. L'article 20 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 donne au Conseil de l'IBPT le pouvoir d'adopter immédiatement des mesures provisoires lorsqu'il existe un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

Cette disposition ne limite pas le pouvoir de l'IBPT de prendre des mesures provisoires aux seuls cas visés par l'article 10 § 6 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation ») qui concerne le pouvoir des ARN d'adopter des mesures urgentes en cas de non-respect des conditions dont peuvent être assortis l'autorisation générale de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques ou les droits d'utilisation, ainsi que des obligations spécifiques, entraînant une menace immédiate grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique ou de nature à provoquer de graves problèmes économiques ou opérationnels pour d'autres fournisseurs ou utilisateurs de réseaux ou de services de communications électroniques.

Il ne ressort pas des travaux préparatoires que l'article 20 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 a uniquement pour objet de transposer l'article 10 § 6 de la directive « autorisation ». Le législateur n'a pas suivi l'avis du Conseil d'Etat sur ce point (Doc.Parl. Ch. Sess.ord. 2001-2002, n° 1937/001, page 63) et rien ne permet d'exclure que le législateur n'a pas également visé l'article 7.6 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») dont il peut se déduire que le législateur européen a entendu que les ARN puissent, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est urgent d'intervenir, adopter des mesures provisoires afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des consommateurs.

L'IBPT peut donc adopter des mesures urgentes dans d'autres cas que ceux visés à l'article 10 § 6 de la directive « autorisation », sur le fondement de l'article 20 de la loi, et notamment à l'occasion d'un litige entre des entreprises fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques.

07 -04- 2006

70. Comme l'indique l'IBPT, il n'y a pas lieu de déduire de l'existence d'un litige entre Belgacom Mobile et The Phone Company, qu'en adoptant une décision – définitive ou provisoire – par laquelle l'IBPT adresse à l'une des parties une injonction susceptible d'avoir une incidence sur sa situation juridique à l'égard de tiers, l'IBPT adopte une décision qui a pour objet de résoudre le litige lui-même.

Lorsqu'une entreprise demande à l'IBPT d'exercer ses pouvoirs en prenant des mesures à l'encontre d'un opérateur avec lequel elle se dit liée par un contrat, cette demande n'a nullement pour effet de déférer le litige à l'IBPT et rien ne permet de constater qu'en adoptant une mesure d'urgence, l'IBPT statue, à titre provisoire, sur le litige.

71. Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que Belgacom Mobile prétend que l'IBPT n'est compétent pour intervenir ni au fond ni au provisoire, au motif que la résolution du litige entre Belgacom Mobile et The Phone Company, au fond, dépendrait exclusivement de l'application du droit commun des contrats.

En effet, si la position de Belgacom Mobile devait s'imposer, position selon laquelle la solution du litige entre les parties découle exclusivement du droit commun des contrats en raison de l'absence de tout manquement de Belgacom Mobile aux obligations qui découlent du cadre réglementaire dans le domaine des communications électroniques, elle conduirait à la constatation que les mesures adoptées sont dépourvues de base juridique, ce qui est étranger à la question relative à la compétence.

72. L'article 20 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») prévoit que lorsqu'un litige survient entre des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques dans un seul Etat membre, dans un domaine couvert par cette directive ou les directives particulières, les parties en litige doivent avoir la faculté de faire appel à une autorité réglementaire nationale pour résoudre le litige, par une décision contraignante qui doit intervenir dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai de quatre mois, et ce, sans préjudice de la possibilité pour l'autorité de refuser de résoudre un litige par une décision contraignante lorsque d'autres mécanismes existent et conviendraient mieux et sans préjudice pour les parties d'engager une action devant les juridictions.

L'article 5.4 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») prévoit que les Etats membres veillent à ce que l'autorité réglementaire nationale puisse intervenir de sa propre initiative, lorsque cela se justifie, ou à la demande d'une des parties concernées, en l'absence

07 -04- 2006

d'accord entre les entreprises, afin de garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), conformément aux dispositions de la directive « accès » et aux procédures visées aux articles 6, 7, 20 et 21 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »).

Suivant le considérant 26 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation »), lorsque des entreprises constatent que leurs demandes de droits de mise en place de ressources n'ont pas été traitées conformément aux principes énoncés dans la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), ou lorsque des décisions les concernant sont indûment différées, elles devraient disposer d'un droit de recours contre des décisions prises à leur égard ou contre les retards dans les prises de décisions conformément aux dispositions de la directive.

Ces dispositions ont été, en partie, transposées dans la loi qui confie au Conseil de la concurrence le règlement des litiges en ce qui concerne l'accès et l'interconnexion et à l'IBPT la mission de faire des propositions de conciliation en cas de litige.

Cette répartition des tâches assignées aux ARN par les directives entre le Conseil de la concurrence et l'IBPT, ne fait nullement obstacle – contrairement à ce que l'IBPT semble indiquer –, à ce qu'il puisse fonder une mesure qu'il prend à l'encontre d'une entreprise sur la constatation d'un manquement à ses obligations d'accès ou d'interconnexion. En effet, le fait que les litiges relatifs à l'accès et à l'interconnexion peuvent être portés devant le Conseil de la concurrence ne saurait priver l'IBPT de son pouvoir d'intervenir, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, afin de garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), notamment sur le fondement de l'article 109ter § 4 alinéa 6 et de l'article 21 de la loi (statut) du 17 août 2003.

En outre, le législateur n'a pas doté le Conseil de la concurrence du pouvoir d'adopter des mesures provisoires d'urgence en l'absence d'accord entre les entreprises.

73. Il est évident que l'IBPT ne peut intervenir dans tous domaines sur la base de son pouvoir de prendre des mesures d'urgence, mais seulement dans une situation couverte par le cadre réglementaire des secteurs dont la surveillance lui a été confiée.

L'examen du caractère licite de la décision de Belgacom Mobile de désactiver les cartes SIM utilisées par The Phone Company relève de la réglementation sectorielle dans le domaine des communications électroniques et toute intervention de l'ARN doit viser à assurer le respect des obligations découlant des directives

07-04-2006

européennes dans ce domaine en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques.

L'IBPT est donc compétent pour agir, en cas d'urgence, nonobstant le fait qu'il n'a pas reçu la compétence de résoudre le litige entre les parties par une décision définitive, et ce, sans préjudice de la question de savoir si l'IBPT pourrait également prendre des mesures urgentes dans l'hypothèse où la pratique incriminée relève uniquement des règles de concurrence.

74. Comme l'indique Belgacom Mobile, la première décision du 21 janvier 2005 de l'IBPT faisant interdiction à Belgacom Mobile de mettre en œuvre sa menace de désactiver les cartes Sim utilisées par The Phone Company repose exclusivement sur des motifs liés à l'urgence et à la gravité du préjudice qu'entraînerait cet acte pour The Phone Company, pour les clients directs de The Phone Company – utilisateurs finals ou fournisseurs de services de communications électroniques - ou encore pour les utilisateurs finals clients de ces derniers, tandis que la deuxième décision du 21 février 2005 de l'IBPT qui prolonge cette mesure d'un mois repose en outre sur une considération liée à la mission générale de l'IBPT de veiller au respect d'une saine concurrence et à l'intérêt des utilisateurs finals.

Rien dans la décision du 21 janvier 2005 ne permet de constater que l'IBPT a justifié la mesure d'interdiction en considération du fait qu'à la date du 24 janvier 2004, Belgacom Mobile ne pouvait faire valoir aucune raison sérieuse et objective pour procéder – comme elle l'avait annoncé - à la désactivation des lignes. De même, il n'est fait état dans la décision du 21 février 2005 d'aucun élément permettant de conclure que l'IBPT a considéré, à l'expiration du premier délai d'un mois, que Belgacom Mobile n'avait toujours aucune raison valable pour mettre sa menace à exécution.

75. C'est cependant à tort que Belgacom Mobile déduit également un moyen d'incompétence de l'absence dans la décision, de toute justification de la mesure par rapport à un manquement de Belgacom à ses obligations légales, en faisant valoir d'une part que le défaut de motivation doit s'interpréter en ce sens que l'IBPT a nécessairement adopté la position adoptée par The Phone Company en ce qui concerne la validité des contrats entre les parties en litige et le droit pour The Phone Company de s'en prévaloir au jour des décisions attaquées, d'autre part que l'IBPT n'est pas compétent pour prendre position sur une contestation d'ordre contractuel.

L'examen du pouvoir de l'IBPT à intervenir doit en effet précéder tout examen des motifs que celui-ci a avancés pour justifier la

07 -04- 2006

mesure adoptée et il ne peut a fortiori reposer, en l'absence de motifs, sur des spéculations quant au raisonnement que l'IBPT aurait suivi. Dès lors, le fait que l'IBPT a omis d'apprécier la légalité de la décision de Belgacom Mobile de désactiver les lignes ne peut fonder un moyen d'incompétence de l'IBPT à intervenir à l'occasion du litige qui oppose Belgacom Mobile et The Phone Company. Le défaut ou l'insuffisance de motivation est un moyen distinct de la compétence.

3. Sur l'urgence et la menace d'un préjudice grave

76. C'est à tort que Belgacom Mobile invite la cour à apprécier l'urgence sur la base des critères reconnus pour apprécier la compétence du juge de référé, c'est-à-dire en l'espèce, en tenant compte du temps qui s'est écoulé entre le moment où elle aurait clairement signifié à The Phone Company sa volonté de ne plus tolérer l'utilisation dans des GSM Gateway des cartes SIM du réseau Proximus aux fins de fournir des services contre rémunération, et le moment où elle a signifié qu'à défaut d'accord sur les conditions tarifaires de son offre d'accès spécial, elle procéderait à la désactivation de ces cartes.

En effet, c'est oublier que l'IBPT doit fonder son action sur les objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 8 de la directive « cadre » qui dépassent de loin la protection des intérêts des entreprises directement concernées et qu'il peut même, le cas échéant, intervenir d'office. Dès lors, l'inertie dont The Phone Company aurait fait montre en tardant de saisir l'IBPT ou le Conseil de la concurrence ou d'engager une action contre Belgacom Mobile devant les juridictions ne saurait en aucun cas faire obstacle à une intervention du régulateur.

77. La condition d'urgence était remplie au jour de la première décision comme au jour de la seconde décision puisqu'il est établi que Belgacom Mobile avait clairement notifié à The Phone Company, le 19 janvier 2004 sa décision de désactiver les cartes SIM placées dans les GSM Gateway à défaut pour The Phone Company d'accepter au plus tard le 24 janvier 2004 son offre d'accès spécial.

La menace de désactivation constitue une menace sérieuse pour les intérêts économiques de The Phone Company et des opérateurs utilisant ses services, comme pour les intérêts des utilisateurs finals clients directs de The Phone Company, compte tenu notamment du volume très important des communications qui transitaient alors par les GSM Gateway exploités par The Phone Company.

07-04-2006

Il était donc urgent d'intervenir puisqu'il était souhaitable, dans l'hypothèse où Belgacom Mobile ne pouvait pas faire valoir un motif légitime pour refuser de fournir ses services, de lui enjoindre de maintenir les lignes actives en adoptant une mesure avec effet immédiat.

78. L'existence d'une telle menace suffit pour justifier l'urgence à intervenir sans qu'il soit besoin de faire état de la nécessité de laisser à The Phone Company un délai « pour mettre en place une solution alternative à la rupture de services de la part de Belgacom Mobile » (première décision attaquée), « de la nécessité d'aménager une situation d'attente pour éviter les conséquences d'une rupture immédiate d'accès » ou encore du fait que « l'introduction d'un recours contre la (première) décision a empêché The Phone Company de trouver une solution alternative » (deuxième décision attaquée).

Premièrement rien ne permet de constater qu'il existerait une solution alternative « à la rupture d'accès » qui permettrait à The Phone Company de continuer à offrir, à des conditions économiquement équivalentes, les services qu'elle offre contre rémunération grâce à l'utilisation de cartes SIM Proximus dans des GSM Gateway ou aux opérateurs auxquels The Phone Company offre ses services, de trouver une solution alternative pour l'acheminement des appels sans conclure un contrat d'interconnexion, qui leur permette de maintenir des offres tarifaires avantageuses. En prétendant avoir aménagé une situation d'attente pour permettre à The Phone Company de trouver une solution alternative, l'IBPT n'a pu raisonnablement envisager ni l'acceptation par The Phone Company de l'offre d'accès spécial qu'aucun opérateur GSM Gateway n'a acceptée ni la conclusion d'un accord d'interconnexion entre Belgacom Mobile et The Phone Company dès lors qu'un tel accord aurait signifié tout simplement la fin de l'activité à laquelle The Phone Company se livrait au jour des décisions attaquées, qui est seule en cause.

Deuxièmement, l'IBPT n'indique pas en quoi une désactivation des cartes SIM à un quelconque moment après l'expiration du délai de validité de la mesure d'interdiction qu'il a adoptée, ne serait plus de nature à porter gravement atteinte aux intérêts économiques de The Phone Company et de ses clients, opérateurs alternatifs, et à la concurrence dont il fait état dans sa seconde décision.

C'est donc à juste titre que Belgacom Mobile conteste l'utilité des mesures adoptées dans la mesure où elles auraient été prises dans le but de retarder pendant une période limitée, la mise en œuvre par Belgacom de sa menace, qualifiée par l'IBPT de menace de « rupture d'accès », sans autre motif.

07-04-2006

Par ailleurs, si l'IBPT a reçu le pouvoir d'intervenir pour empêcher qu'un opérateur mette fin à l'accès ou refuse ses services lorsqu'il ne fait valoir aucune raison légitime, il n'a en revanche pas reçu le pouvoir d'empêcher un opérateur qui fait valoir un motif légitime, d'exercer ses droits, ne fut ce que pour une période limitée et à titre provisoire.

79. Il y a lieu de conclure que la condition d'urgence résulte de la seule menace sérieuse d'une désactivation des lignes. A supposer établie, prima facie, l'absence de motif légitime justifiant le refus de Belgacom Mobile de maintenir les cartes SIM actives, il resterait à s'interroger sur la compatibilité de l'article 20 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 avec le cadre réglementaire européen en ce qu'il dispose que lorsque l'IBPT adopte des mesures provisoires, ces mesures ne peuvent s'appliquer que pour une période limitée fixée à deux mois quelles que soient les circonstances de l'affaire et le temps nécessaire pour adopter une décision définitive.

Sur le grief fondé sur l'absence d'examen prima facie des obligations pesant sur Belgacom Mobile

80. L'obligation de motiver les décisions qui pèse sur l'IBPT implique, en ce qui concerne les décisions de mesures provisoires, que celui-ci énonce les motifs pour lesquels il considère au regard des circonstances de l'espèce, que l'octroi des mesures est justifié, à première vue, en fait et en droit et que les mesures sont urgentes en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter un préjudice grave et irréparable, qu'elles sortent leurs effets immédiatement.

L'IBPT fait valoir à tort qu'il peut adopter des mesures urgentes dès qu'il y a une situation d'urgence, sur la base d'une appréciation en opportunité, ce qui le dispenserait de devoir procéder à un examen des droits et obligations de l'entreprise à laquelle il adresse une injonction qui porte atteinte à ses intérêts.

En effet, toute intervention de l'IBPT, même en urgence, doit être motivée au regard de la réglementation sectorielle en matière de communications électroniques puisque la mission de l'IBPT consiste précisément à veiller à assurer le respect des obligations découlant de cette réglementation en tenant le plus grand compte des objectifs et des principes énoncés par les directives européennes.

Une simple référence aux objectifs à la réalisation desquels l'action de l'IBPT doit contribuer, tels la promotion d'une concurrence non faussée et la protection des intérêts des consommateurs dont il est fait mention dans la seconde décision attaquée, ne constitue en

07-04-2006

revanche pas une motivation des mesures faisant grief à Belgacom Mobile. En effet, le choix des moyens pour arriver à ces objectifs n'est pas laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'IBPT.

81. En l'espèce, les décisions attaquées ne contiennent aucun motif en ce qui concerne l'existence dans le chef de Belgacom Mobile d'une obligation de maintenir les lignes actives alors qu'une mesure faisant interdiction à un opérateur de désactiver les lignes ne peut être prise qu'au terme d'un examen faisant apparaître, *prima facie*, d'une part, l'existence d'une telle obligation découlant des règles de droit dans le domaine des communications électroniques ou des règles de la concurrence, d'autre part, le non respect de celle-ci sans justification objective.

Le grief est donc fondé.

82. Mais contrairement à ce que Belgacom Mobile et l'IBPT soutiennent, la cour ne pourrait éviter, à l'occasion des recours, tout débat sur la question de savoir si Belgacom Mobile fait valoir un motif légitime pour justifier sa décision de subordonner l'utilisation à des fins commerciales de cartes SIM dans des GSM Gateway à son accord exprès et écrit et à l'acceptation par l'entreprise concernée, des conditions de son offre d'accès spécial et de poser, le cas échéant, les questions préjudicielles qui s'imposent vu les contestations sérieuses soulevées par les parties quant à la qualification qu'il convient de donner à cette utilisation, au regard du cadre juridique relatif aux communications électroniques, et les débats sur ce point au sein de plusieurs Etats membres.

S'agissant des discussions relatives à l'étendue du pouvoir de la cour d'appel de Bruxelles lorsqu'elle statue sur un recours dirigé contre une décision de l'IBPT, il convient de prendre en considération le fait que l'article 4 de la directive 2002/21/CE qui concerne les recours prévoit que les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace, et que l'article 2 de la loi (recours) du 17 janvier 2003 donne à la cour un pouvoir de pleine juridiction.

Par ailleurs, il n'est nullement acquis que l'IBPT puisse saisir la Cour d'une question préjudicielle (C.J.C.E. 31 mai 2005, aff.C-53/03, gde.chambre, Journal des tribunaux de droit européen, 2005, p. 268) de sorte que le principe de sécurité juridique implique que la cour porte son attention sur les questions de fond que soulève la demande d'intervention de The Phone Company adressée à l'IBPT.

07-04-2006

83. Il convient de constater, à titre préliminaire, que la mise sur le marché et la mise en service d'appareils GSM Gateway ne fait pas l'objet, en Belgique, d'une réglementation spécifique.

84. L'IBPT est arrivé à la conclusion que les entreprises qui fournissent contre rémunération des services de GSM Gateway qui consistent à 'dévier' des appels en provenance d'un réseau vers un autre réseau de manière à éviter les points d'interconnexion entre des réseaux déterminés, doivent obtenir l'accord exprès de l'opérateur du réseau auquel appartient la carte SIM, placée dans le GSM Gateway, qui effectue ce routage (communication du 4 août 2004, supra point 8).

Il résulte en effet de cette communication que l'IBPT considère que les entreprises fournissant de tels services doivent non seulement notifier la prise d'activité, conformément à l'article 90 de la loi du 21 mars 1991 (obligation reprise dans la nouvelle loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, article 9), mais également obtenir l'autorisation de l'opérateur mobile concerné, autorisation qui peut être refusée lorsque « la demande d'installation (d'un GSM Gateway pour l'exploitation pour les besoins de tiers) est manifestement déraisonnable ou lorsque l'installation n'est pas compatible avec une ou plusieurs des exigences essentielles (...) ».

Suivant le formulaire de notification d'activité établi par l'IBPT, la nécessité d'une autorisation découle du caractère exclusif des fréquences octroyées à l'opérateur concerné.

Belgacom Mobile conteste avoir donné une telle autorisation à The Phone Company tandis que The Phone Company conteste en ordre principal la légalité de la position adoptée par l'IBPT, laquelle se fonde également sur la considération que la mise à la disposition d'une autre entreprise de cartes SIM constitue un « accès » lorsque ces cartes SIM sont utilisées en vue de la fourniture de services de communications électroniques contre rémunération.

85. La question se pose d'abord de savoir si l'exigence d'une autorisation préalable de l'opérateur concerné, posée par l'IBPT, est compatible avec le cadre juridique. Dans l'hypothèse où il faudrait conclure que cette exigence est contraire aux règles garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, le débat entre Belgacom Mobile et The Phone Company sur le point de savoir si The Phone Company a obtenu l'autorisation de Belgacom Mobile d'utiliser des cartes SIM du réseau Proximus pour fournir aux tiers, contre rémunération, des services de GSM Gateway deviendrait en effet sans objet.

07 -04- 2006

Il apparaît nécessaire d'interroger la Cour de Justice des Communautés européennes sur ce point en lui posant les questions préjudicielles reprises dans le dispositif du présent arrêt.

86. Par ailleurs, l'IBPT et Belgacom Mobile soutiennent que l'activité consistant à offrir contre rémunération, la déviation d'appels grâce à l'utilisation de GSM Gateway requiert, outre l'autorisation préalable de l'opérateur mobile concerné, la conclusion d'un accord entre les parties relatif aux modalités techniques et commerciales de « l'accès », lequel devrait faire l'objet d'une offre de référence lorsqu'il est fourni par un opérateur puissant. The Phone Company conteste cette analyse en faisant valoir des arguments sérieux.

Il convient donc d'interroger la Cour de Justice des Communautés européennes pour savoir si la notion d'accès au sens de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») doit s'entendre en ce sens qu'elle couvre aussi la mise à la disposition de ressources et de services identiques à ceux qui sont offerts à l'utilisateur final, lorsque lesdites ressources et services sont utilisés dans le but d'offrir au public des services contre rémunération.

87. Il résulte des conclusions de Belgacom que celle-ci affirme que les tarifs « on net » qu'elle applique à ses clients, utilisateurs finals, ne sont pas orientés vers les coûts et qu'ils ne couvrent pas les coûts liés aux services, ce que l'IBPT ne met pas en doute.

Belgacom Mobile fait valoir d'autre part que les appels acheminés sur son réseau par des GSM Gateway doivent contribuer au moins de la même manière que les appels acheminés sur son réseau via l'interconnexion, et proportionnellement, à la couverture des coûts de son réseau, du moins lorsqu'il s'agit d'appels acheminés par des entreprises exploitant des GSM Gateway à des fins commerciales.

Elle fait ainsi une distinction, en ce qui concerne la tarification, entre les particuliers, entreprises ou autres entités utilisant les GSM Gateway à des fins privées et/ou professionnelles d'une part et les entreprises utilisant les GSM Gateway à des fins commerciales d'autre part. Cette distinction ne repose pas sur des critères liés au volume du trafic injecté « on net » par les utilisateurs des GSM Gateway dès lors que Belgacom Mobile accorde des tarifs « on net » qui ne sont pas orientés vers les coûts aux utilisateurs de GSM Gateway à des fins privées ou professionnelles, quel que soit le volume du trafic qui transite.

Dans la mesure où il faudrait considérer que la mise à la disposition par un opérateur de cartes SIM à une autre entreprise qui les utilise dans des GSM Gateway aux fins d'offrir au public des services contre rémunération constitue une forme d'accès spécial, et qu'elle

07-04-2006

implique pour l'opérateur concerné, l'obligation d'orienter les tarifs en fonction des coûts, la question se pose de savoir si l'opérateur peut fixer ses tarifs à un niveau qui lui permet de couvrir les coûts d'investissement du réseau relatifs à la mise en place des points d'interconnexion bien que grâce à l'usage de GSM Gateway, les points d'interconnexion soient précisément évités, en se fondant sur le fait que ces investissements ont été faits en tenant compte de l'ensemble des appels en provenance d'autres réseaux.

88 L'article 20 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 prévoit que lorsque le Conseil de l'IBPT adopte des mesures provisoires pour écarter un risque de préjudice grave et difficilement réparable, la durée des mesures provisoires ne peut excéder deux mois.

Cette disposition a été respectée en l'espèce par l'IBPT, qui a estimé ne plus pouvoir intervenir en adoptant des mesures provisoires d'urgence à l'expiration du délai de validité de la seconde décision

La cour estime qu'il existe un doute sur la compatibilité de cette disposition avec l'article 10.6 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation) et 7.6 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), en ce qu'elle ne laisse pas à l'IBPT le pouvoir de déterminer en fonction des circonstances la période pendant laquelle les mesures provisoires s'appliquent, et qu'il y a donc lieu de poser une question préjudicielle sur ce point.

07-04-2006

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en manière judiciaire ;

Surseoit à statuer dans l'attente des réponses de la Cour de Justice des Communautés européennes sur les questions préjudicielles suivantes :

Question 1

Les droits individuels d'utilisation des radiofréquences, visés à l'article 5.1. de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation), comprennent-ils le droit exclusif d'utiliser des appareils tels que des appareils GSM ou d'en autoriser l'utilisation?

Question 2

L'article 7.3. de la directive 1999/5/CE du Parlement et du Conseil, du 9 mars 1999, concernant les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité doit-il s'entendre en ce sens qu'il fait obstacle à une mesure nationale subordonnant l'utilisation de cartes SIM dans des GSM Gateway à l'autorisation préalable de l'exploitant du réseau mobile concerné ?

Question 3

La notion d'accès au sens de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») couvre-t-elle la mise à la disposition d'une autre entreprise d'une carte SIM dans l'hypothèse où cette carte SIM est utilisée par cette entreprise dans des appareils GSM Gateway pour fournir à des tiers des services permettant d'éviter les points d'interconnexion ?

Question 4

La mesure nationale, juridique ou administrative, consistant à exiger l'autorisation préalable de l'opérateur d'un réseau public de téléphonie mobile qui met à la disposition d'une autre entreprise une ou plusieurs cartes SIM permettant à l'utilisateur de la carte SIM d'accéder aux services de communications électroniques fournis par cet opérateur, lorsque les cartes SIM sont utilisées dans des appareils offrant techniquement la possibilité d'accéder aux services de l'opérateur sans passer par les points d'interconnexion et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir de celui-ci la mise à la disposition d'autres ressources et/ou services, est-elle compatible avec :

- la directive 2002/20/CE (directive « autorisation ») qui a instauré un système d'autorisation générale pour tous les réseaux et services de communications électroniques ;
- l'article 8.1, alinéa 3, de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») qui énonce que les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, dans l'accomplissement de leurs tâches, notamment celles conçues pour assurer une concurrence effective, tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre ;
- les règles de la concurrence auxquelles le considérant 7 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») fait référence, en ce sens qu'elle aurait pour effet de faire dépendre les modalités et conditions d'accès au sens de l'article 2 a) de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») des activités du candidat à l'accès, et notamment de son niveau d'investissement dans les infrastructures du réseau ;

Question 5

Dans l'hypothèse où il y a lieu de considérer que l'utilisation de GSM Gateway pour la fourniture commerciale de services communications électroniques implique l'accord de l'opérateur mobile concerné, les articles 3 et 4 de la directive 97/33/CE et l'article 4 de la directive

07-04-2006

2002/19/CE (directive « accès ») doivent-ils être interprétés en ce sens cette utilisation doit faire l'objet d'un accord entre les parties concernées relatif aux modalités techniques et commerciales ?

Question 6

L'obligation d'orienter les prix en fonction des coûts qui pèse sur les organismes notifiés en qualité d'organismes puissants sur le marché, visée par l'article 7 de la directive 97/33/CE et par l'article 13.1 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce que l'opérateur qui y est soumis fixe ses tarifs de manière à récupérer les coûts d'investissement liés aux points d'interconnexion au motif que ceux-ci ont été établis en tenant compte du volume global des appels « off net », en ce compris les appels déviés par les GSM Gateway ?

Question 7

L'article 10.6 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation ») et l'article 7.6 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), doivent-ils s'interpréter en ce sens qu'ils laissent aux Etats membres la faculté de prévoir que lorsque l'autorité réglementaire nationale adopte des mesures provisoires d'urgence, ces mesures ne peuvent s'appliquer que pour une période limitée fixée à deux mois ?

Ainsi jugé par :

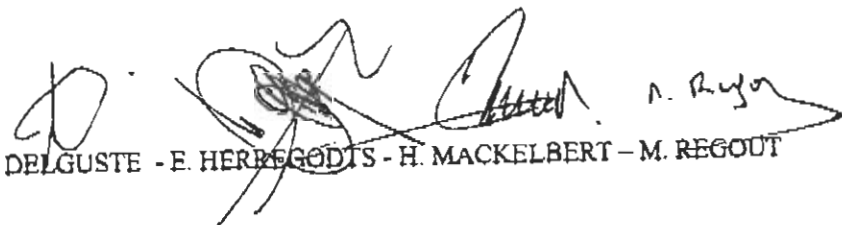
Christine SCHURMANS, Conseiller ff Président,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Els HERREGODTS, Conseiller,

07 -04- 2006

magistrats de la 9^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles, ayant participé au délibéré conformément à l'article 778 du Code judiciaire, et, vu l'empêchement légal de Madame le conseiller Christine Schurmans d'assister à la prononciation de l'arrêt, prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 7 avril 2006, conformément à l'ordonnance de Monsieur le Premier Président désigné du 7 avril 2006 en application de l'article 779 du Code judiciaire,

où étaient présents :

Martine REGOUT, Conseiller ff Président,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Els HERREGODTS, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier.


P. DELGUSTE - E. HERREGODTS - H. MACKELBERT - M. REGOUT