



numéro de répertoire <b>2018 / 2365</b>
date de la prononciation <b>14/03/2018</b>
numéro de rôle <b>2017/AR/1273</b>

**expédition**

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le € BUR	le € BUR	le € BUR

ne pas présenter à l'inspecteur

*ANNULATION  
DECISION iBPT*

# Cour d'appel Bruxelles

## Arrêt

Section Cour des marchés

19<sup>ème</sup> chambre A

présenté le
ne pas enregistrer

<p><b>PRESENTE LE :</b></p> <p>16 -03- 2018</p> <p><b>NON ENREGISTRABLE</b> LE RECEVEUR D'HOOGHEK</p>
---

*192 + Dos*

*1 cc Min. TELKOM*

*1 cc iBPT.*

1.

**VIASAT UK Ltd**, dont le siège social est établi à Sanford Lane, Wareham, BH20 4DY DORSET (Royaume Uni),

2.

**VIASAT INC**, dont le siège social est établi à 6155 El Camino Real, Carlsbad CA 92009-1699 (Etat-Unis),

parties requérantes,

représentées par Maître DE BANDT Pierre, avocat à 1040 BRUXELLES, avenue de l'Yser 19

contre

1.

L'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (« **I.B.P.T.** »), dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35 Ellipse Building, - Bâtiment C,

partie adverse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien et Maître DE LOPHEM Evrard et Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7,

En présence de :

1.

**IMMARSAT VENTURES LTD**, partie en intervention volontaire, faisant élection de domicile en l'étude de son conseil Maître VERHEYDEN Alexandre, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de la Régence 4,

représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, Maître STAS Karl et Maître SPONTONI Cristiana, avocats à 1000 BRUXELLES, rue de la Régence 4 ;

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête introductive d'instance déposée par la société de droit anglais Viasat UK Ltd et la société du droit du Delaware (U.S.A.) Viasat Inc (ci-après ensemble « Viasat » ou « les requérantes »), le 27 juillet 2017, en annulation de la décision du conseil de l'IBPT du 29 juin 2016 « concernant les droits d'utilisation de Inmarsat Ventures Ltd pour éléments terrestres complémentaires » ;
- la requête en intervention volontaire déposée le 5 septembre 2017 pour Inmarsat Ventures Ltd (ci-après « Inmarsat »)
- les conclusions déposées le 15 décembre 2017 pour Viasat ;
- les conclusions de synthèse déposées le 23 janvier 2018 pour l'IBPT et pour Inmarsat ;
- le dossier administratif déposé par l'IBPT<sup>1</sup> et les dossiers déposés par les parties.

Entendu les conseils des parties à l'audience publique du 7 février 2018.

## **I. LE CONTEXTE FACTUEL ET LEGAL ET LA DECISION ENTREPRISE**

1.

Inmarsat se présente comme étant un fournisseur européen de premier plan de services de communications mobiles par satellite à l'échelle mondiale ; parmi ces services, elle cite « la transmission de données à haut débit, la fourniture de communications sécurisées pour natives de toute taille, pour des utilisateurs terrestres, pour l'aviation marchande, pour des applications gouvernementales, militaires et civiles ainsi que la gestion des satellites et de l'infrastructure essentielle de base » (conclusions, p. 4).

Viasat se présente comme une société multinationale qui développe et produit des systèmes performants assurant des communications rapides, sécurisées et de haute qualité à

---

<sup>1</sup> Déposé sous forme électronique par le biais de clés USB déposées à l'audience.

destination de n'importe quel point et qui fournit des services de télécommunications pour les utilisateurs finaux ; elle indique qu'elle commercialise des services par satellite de différents types et fournit des services connectivité en vol à des centaines d'avions appartenant à plusieurs compagnies aériennes opérant des vols aux Etats-Unis (conclusions, p. 3).

2.

La décision du conseil de l'IBPT du 29 juin 2016 « concernant les droits d'utilisation de Inmarsat Ventures Ltd pour éléments terrestres complémentaires » (ci-après la « Décision » ; les « éléments terrestres complémentaires », ci-après également dénommés « ETC » ) octroie à Inmarsat des droits d'utilisation pour six éléments terrestres complémentaires, moyennant les conditions suivantes :

2.1. Les droits d'utilisation sont valables entre le 1er juillet 2017 et le 14 mai 2027 ;

2.2. Les terminaux aéronautiques ne peuvent pas produire, dans la bande 1920-1980 MHz, au niveau du sol, un niveau de puissance surfacique supérieur à :

-  $PF D(\delta) = 2 * \delta - 125.5 \text{ dB}(Wm^2/5 \text{ MHz})$  pour  $0^\circ \leq \delta \leq 5^\circ$

-  $PF D(\delta) = 1385 * \delta - 116.3 \text{ dB}(Wm^2/5 \text{ MHz})$  pour  $5^\circ < \delta \leq 90^\circ$

avec  $\delta$  représentant l'angle d'arrivée à la surface de la Terre par rapport à l'horizontale ;

2.3. Inmarsat Ventures Limited exerce les droits d'utilisation conformément aux obligations résultant de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'arrêté royal du 11 février 2013 relatif aux systèmes fournissant des services mobiles par satellite et de toute autre législation, réglementation ou décision individuelle d'application en la matière.

3.

Cette décision s'inscrit dans le cadre de la désignation d'Inmarsat, à côté d'un autre opérateur, comme exploitant de la « bande S » (cfr ci-après) au niveau de l'Union européenne (cfr ci-après).

- Le cadre légal européen applicable

4.

Par décision 2007/98/CE du 14 février 2007 « sur l'utilisation harmonisée du spectre radioélectrique dans les bandes de fréquences de 2 GHz pour la mise en œuvre de systèmes fournissant des services mobiles par satellite »<sup>2</sup> (ci-après la « Décision harmonisation »), la Commission européenne a, décidé d'harmoniser les conditions garantissant « la disponibilité

<sup>2</sup> J.O., 15 février 2007, L 43/32.

*et l'utilisation rationnelle des bandes de fréquences 1 980-2 010 MHz (Terre vers espace) et 2 170-2 200 MHz (espace vers Terre) pour les systèmes fournissant des services mobiles par satellite dans la Communauté » (article 1 de la décision).*

La décision prévoit qu'à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2007, les États membres désignent et mettent à disposition les bandes de fréquences 1 980-2 010 MHz et 2 170-2 200 MHz (aussi appelées la « bande S », ou bande « 2 GHz ») pour les systèmes fournissant des services mobiles par satellite.

5.

Par décision du Parlement et du Conseil 626/2008/CE du 30 juin 2008 « concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (MSS) »<sup>3</sup> (ci-après la « Décision MSS »), il est créé une procédure communautaire de sélection commune des opérateurs de systèmes mobiles par satellite qui utilisent des radiofréquences.

La décision prévoit les définitions suivantes en son article 2.2 :

*« a) «systèmes mobiles par satellite», les réseaux de communications électroniques et installations associées permettant de fournir des services de radiocommunications entre une station terrienne mobile et une ou plusieurs stations spatiales, ou entre des stations terriennes mobiles à l'aide d'une ou de plusieurs stations spatiales, ou entre une station terrienne mobile et un ou plusieurs éléments terrestres complémentaires utilisés en des points déterminés. Les systèmes de ce type comprennent au moins une station spatiale ;*

*b) «éléments terrestres complémentaires» de systèmes mobiles par satellite, les stations au sol utilisées en des points déterminés afin d'augmenter la disponibilité du service mobile par satellite dans les zones géographiques, situées à l'intérieur de l'empreinte du ou des satellites du système, où les communications avec une ou plusieurs stations spatiales ne peuvent être assurées avec la qualité requise. »*

La décision prévoit la procédure de sélection et établi les critères de sélection. Parmi ceux-ci, notamment, il est prévu que la recevabilité de la candidature requiert que :

Article 4.1. c :

*« dans sa candidature, le candidat s'engage à ce que:*

---

<sup>3</sup> J.O., 2 juillet 2008, L 172/15.

19'

- i) le système mobile par satellite proposé couvre une zone de service représentant au moins 60 % de l'ensemble du territoire terrestre des États membres, dès le début de la fourniture des MSS,*
- ii) le MSS soit fourni dans tous les États membres et desserve au minimum 50 % de la population et plus d'au minimum 60 % de l'ensemble du territoire terrestre de chaque État membre à l'échéance indiquée par le candidat mais, en tout état de cause, au plus tard sept ans à partir de la date de publication de la décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 5, paragraphe 2, ou de l'article 6, paragraphe 3 ».*

La décision prévoit, une fois les candidats sélectionnés, les dispositions suivantes concernant les États membres :

#### Article 7 – Autorisation des candidats sélectionnés

*« 1. Les États membres veillent à ce que les candidats sélectionnés, conformément aux engagements pris par eux-mêmes en termes de calendrier et de zone de service, conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), et conformément aux dispositions du droit national et du droit communautaire, aient le droit d'utiliser les radiofréquences spécifiques déterminées dans la décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 5, paragraphe 2, ou de l'article 6, paragraphe 3, et le droit d'exploiter un système mobile par satellite. Ils informent en conséquence les candidats sélectionnés de ces droits.*

*(...) ».*

#### Article 8 – Éléments terrestres complémentaires

*« 1. Les États membres veillent, conformément aux dispositions du droit national et du droit communautaire, à ce que leurs autorités compétentes accordent aux candidats sélectionnés conformément au titre II et autorisés à utiliser le spectre en vertu de l'article 7 les autorisations nécessaires à la fourniture d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite sur leur territoire.*

*2. Les États membres ne sélectionnent ni n'autorisent aucun opérateur d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite avant que la procédure de sélection prévue au titre II ne se soit achevée par une décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 5, paragraphe 2, ou de l'article 6, paragraphe 3. Cela est sans préjudice de l'utilisation de la bande de fréquences de 2 GHz par des systèmes autres que ceux fournissant des MSS conformément à la décision 2007/98/CE.*

3. *Toutes les autorisations nationales délivrées pour l'exploitation d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite dans la bande de fréquences de 2 GHz sont soumises aux conditions communes suivantes:*

- a) les opérateurs utilisent les radiofréquences assignées pour la fourniture d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite;*
- b) les éléments terrestres complémentaires font partie intégrante du système mobile par satellite et sont contrôlés par le mécanisme de gestion des ressources et des réseaux satellitaires; ils utilisent le même sens de transmission et les mêmes portions de bande de fréquences que les éléments satellitaires associés, et ne doivent pas nécessiter d'autres fréquences que celles du système mobile par satellite associé;*
- c) le fonctionnement autonome des éléments terrestres complémentaires, en cas de panne de l'élément satellitaire du système mobile par satellite associé, ne doit pas dépasser dix-huit mois;*
- d) les droits d'utilisation et les autorisations sont accordés pour une durée venant à échéance au plus tard à l'expiration de l'autorisation du système mobile par satellite qui y est associé. »*

6.

Par sa décision 2009/449/CE du 13 mai 2009 «concernant la sélection des opérateurs de systèmes paneuropéens fournissant des services mobiles par satellite (MSS) »<sup>4</sup> (ci-après la « Décision sélection »), la Commission décide de retenir comme candidats admissibles à l'issue de la première phase de sélection Solaris Mobile Limited (qui sera renommée ultérieurement Echo Star) et Inmarsat.

L'article 3 de la décision prévoit que :

*« Les fréquences que chaque candidat sélectionné sera autorisé à utiliser dans chaque État membre conformément au titre INMARSAT de la décision n o 626/2008/CE sont les suivantes:*

- a) Inmarsat Ventures Limited: entre 1 980 MHz et 1 995 MHz pour les communications Terre-satellite et entre 2 170 MHz et 2 185 MHz pour les communications satellite-Terre ;*
- b) Solaris Mobile Limited: entre 1 995 MHz et 2 010 MHz pour les communications Terre-satellite et entre 2 185 MHz et 2 200 MHz pour les communications satellite-Terre ».*

7.

Par décision 2011/667/UE du 10 octobre 2011, «sur les modalités d'application coordonnée des règles d'exécution concernant les services mobiles par satellite (MSS) conformément à

---

<sup>4</sup> J.O., 12 juin 2009, L 149/65.

MO

l'article 9, paragraphe 3, de la décision n° 626/2008/CE du Parlement européen et du Conseil »<sup>5</sup> (ci-après la « Décision exécution »), la Commission définit les modalités d'application coordonnées des règles d'exécution des Etats membres concernant un opérateur autorisé de systèmes mobiles par satellite en cas de manquement présumé aux conditions communes dont son autorisation est assortie.

- Le cadre légal belge applicable

8.

Le cadre belge est constitué par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (la « LCE »), qui transpose le cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ; la LCE a été modifiée notamment par la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques.

La LCE est complétée par deux lois du 17 janvier 2003, l'une portant sur l'autorité réglementaire belge, l'IBPT<sup>6</sup>, et l'autre la loi IBPT-recours (définie ci-avant).

Vu la répartition des compétences entre l'Etat belge et les Communautés en ce qui concerne les aspects de contenu et les techniques de médias audiovisuels, la réglementation européenne a également fait l'objet d'une transposition dans trois décrets régionaux<sup>7</sup>.

9.

L'article 18 § 1 de la LCE prévoit que :

« Les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public, sont fixées par le Roi, par un arrêté pris après l'avis de l'Institut et après délibération en Conseil des ministres, et peuvent uniquement porter sur:

1°

le service ou la technologie concernée, pour lesquels les droits d'utilisation de la radiofréquence sont accordés, y compris, le cas échéant, les exigences de couverture et de qualité ;

2°

<sup>5</sup> J.O., 11 octobre 2011, L 265/25.

<sup>6</sup> Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, M.B., 24 janvier 2003 (loi « IBPT-statut »).

<sup>7</sup> À savoir le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision (M.B., 16 septembre 2009), le décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009 (M.B., 24 juillet 2009) et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques (M.B., 6 septembre 2005).

l'utilisation effective et efficace des radiofréquences conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables ;  
(...) ».

10.

Pour tenir compte du cadre européen, et des droits accordés à Solaris et à Inmarsat, le gouvernement a édicté l'arrêté royal du 11 février 2013 « relatif aux systèmes fournissant des services mobiles par satellite » (ci-après l'« arrêté royal MSS »).

Il contient les dispositions suivantes :

*« Article 1er. Pour l'application du présent arrêté, il faut entendre par :*

*1° « Systèmes mobiles par satellite » : les réseaux de communications électroniques et installations associées permettant de fournir des services de radiocommunications entre une station terrienne mobile et une ou plusieurs stations spatiales, ou entre des stations terriennes mobiles à l'aide d'une ou de plusieurs stations spatiales, ou entre une station terrienne mobile et un ou plusieurs éléments terrestres complémentaires utilisés en des points déterminés. Les systèmes de ce type comprennent au moins une station spatiale ;*

*2° « Eléments terrestres complémentaires (ou CGC) de systèmes mobiles par satellite » : les stations au sol utilisées en des points déterminés afin d'augmenter la disponibilité du service mobile par satellite dans les zones géographiques, situées à l'intérieur de l'empreinte du ou des satellites du système, où les communications avec une ou plusieurs stations spatiales ne peuvent être assurées avec la qualité requise ;*

*3° « Opérateur sélectionné » : un opérateur sélectionné conformément à la Décision 2009/449/CE de la Commission relative à la sélection d'opérateurs de systèmes paneuropéens fournissant des services mobiles par satellite (MSS), à savoir Solaris Mobile Limited et Inmarsat Ventures Limited ;*

*(...) .*

## **CHAPITRE 2. — Autorisation des demandeurs sélectionnés**

### **Section 1re. — Assignation de fréquences**

**Art. 2. Les opérateurs sélectionnés qui ont fait une notification pour la fourniture de services de communications électroniques conformément à l'article 9 de la loi, ont l'autorisation d'exploiter un système mobile par satellite dans les bandes de fréquences suivantes :**

ML

1° Inmarsat Ventures Limited : maximum 15 MHz dans la bande 1.980- 1.995 MHz pour la communication terre/espace (uplink) et maximum 15 MHz dans la bande 2.170 - 2.185 MHz pour la communication espace/terre (downlink) ;

2° Solaris Mobile Limited : maximum 15 MHz dans la bande 1.995-2.010 MHz pour la communication terre/espace et maximum 15 MHz dans la bande 2.185 - 2.200 MHz pour la communication espace/terre.

Cette assignation de fréquences est valable jusqu'au 14 mai 2027.

#### *Section 2. — Obligation de couverture*

Art. 3. Au moins 50 % de la population et 60 % du territoire en Belgique sont couverts pour le 13 juin 2016.

Art. 4. Les systèmes mobiles par satellite ne peuvent pas causer de perturbation sur d'autres services de radiocommunications.

#### *Section 3. — Offre de services*

Art. 5. Les services offerts sont fixés par l'Institut sur base du dossier introduit par l'opérateur sélectionné en vue de sa sélection conformément à la Décision n° 626/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2008 concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (MSS).

Les opérateurs sélectionnés communiquent à l'Institut la liste des sociétés de commercialisation de services avec lesquelles ils ont conclu des contrats. Les contrats sont communiqués à la demande de l'Institut.

Art. 6. Les opérateurs sélectionnés fournissent, à la demande de l'Institut, toute information concernant l'état de mise en œuvre de leur réseau, la commercialisation des services et leur situation financière.

#### *Section 4. — Exemption de licences*

Art. 7. Les terminaux des opérateurs sélectionnés sont exemptés des autorisations prévues à l'article 39 de la loi.

#### *CHAPITRE 3. — Eléments terrestres complémentaires*

M3

*Art. 8. Les opérateurs sélectionnés ont l'autorisation d'installer un ou plusieurs éléments terrestres complémentaires en Belgique sous les conditions suivantes :*

*1° ils ont fait une notification pour la fourniture de réseaux de communications électroniques conformément à l'article 9 de la loi ;*

*2° chaque élément terrestre complémentaire est approuvé par l'Institut avant sa mise en service ;*

*3° les caractéristiques techniques et le lieu d'installation de chaque élément terrestre complémentaire sont transmis à l'Institut au minimum un mois avant la date souhaitée de mise en service.*

*Art. 9. § 1er. Les opérateurs sélectionnés utilisent les radiofréquences assignées pour les éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite.*

*§ 2. Tout élément terrestre complémentaire fait partie intégrante du système mobile par satellite et est contrôlé par le mécanisme de gestion des ressources et des réseaux satellitaires.*

*Les opérateurs sélectionnés n'offrent pas, via les éléments terrestres complémentaires, des services autres que ceux offerts via la composante satellitaire.*

*Tout élément terrestre complémentaire utilise le même sens de transmission et les mêmes portions de bande de fréquences que les éléments satellitaires associés, et ne doit pas nécessiter d'autres fréquences que celles du système mobile par satellite associé.*

*§ 3. Le fonctionnement autonome de tout élément terrestre complémentaire, en cas de panne de l'élément satellitaire du système mobile par satellite associé, ne doit pas dépasser dix-huit mois.*

*§ 4. Les autorisations octroyées par l'Institut pour tout élément terrestre complémentaire sont valables jusqu'au 14 mai 2027 ».*

*- Les notifications et autorisations d'Inmarsat en Belgique*

11.

Le 17 juin 2014, Inmarsat fait une notification à l'IBPT<sup>8</sup> pour la fourniture de services de communications électroniques, à savoir un service mobile par satellite (MSS) conformément à l'article 9 de la LCE.

Le 13 avril 2016, Inmarsat transmet à l'IBPT<sup>9</sup> les caractéristiques techniques de six éléments terrestres complémentaires, en vue de leur approbation.

---

<sup>8</sup> Pièce 1 du dossier administratif.

Une consultation publique se déroule entre le 8 et le 22 juin 2016<sup>10</sup>. L'IBPT indique qu'elle ne reçoit aucune contribution<sup>11</sup>.

12.

Par sa décision du 29 juin 2016 concernant les droits d'utilisation d'Inmarsat pour les ETC, l'IBPT approuve les ETC transmis par Inmarsat et accordé des droits d'utilisation, aux conditions techniques spécifiées. Il s'agit de la Décision.

- *Les services développés par Inmarsat sur la bande S*

13.

Le service développé par Inmarsat concerne la fourniture de services de connexion en vol aux avions survolant l'Union européenne par le biais d'un système comprenant un satellite et un réseau d'éléments terrestres complémentaires, qualifié de « Réseau d'Aviation Européen » ou « European Aviation Network » (« EAN »). Le service a été lancé avec un premier client, le groupe IAG, formé de différentes compagnies aériennes (British Airways, Iberia, Aer Lingus et Vueling).

Inmarsat indique avoir construit une station sol satellitaire en Grèce et lancé son satellite EAN le 28 juin 2017, lequel a été mis en service depuis le 29 août 2017. Pour le déploiement de son réseau d'éléments terrestres complémentaire, elle a conclu un partenariat avec Deutsche Telekom.

Inmarsat défend que son service constitue bien un MSS au sens du cadre réglementaire européen et belge et produit un avis d'expert à l'appui de cette position (sa pièce 1).

14.

Viasat soutient que le service EAN ne correspond pas au projet sur la base duquel Inmarsat a fait acte de candidature et pour lequel elle a été sélectionnée par la Commission européenne et qu'il ne s'agit plus d'un service qui correspond en totalité à la définition prévue au cadre réglementaire européen. Il s'agit d'un service hybride, avec une composante sol/air de communications de la terre vers les avions, sans intervention du satellite, qui ne constitue pas un MSS, raison pour laquelle Viasat considère que le éléments

---

<sup>9</sup> Pièce 5 du dossier administratif.

<sup>10</sup> Pièce 12 du dossier administratif.

<sup>11</sup> Pièce 14 du dossier administratif.

terrestres d'Inmarsat autorisés par la Décision ne répondent pas à la définition des ETC prévue dans la réglementation européenne et belge, dès lors qu'ils ne sont pas destinés à être utilisés de manière complémentaire « afin d'augmenter la disponibilité du service mobile par satellite dans les zones géographiques, situées à l'intérieur de l'empreinte du ou des satellites du système, où les communications avec une ou plusieurs stations spatiales ne peuvent être assurées avec la qualité requise ».

Viasat appuie sa position notamment sur une analyse technique du service d'Inmarsat réalisée par ses ingénieurs (sa pièce 3).

– Procédure devant le tribunal de l'Union européenne (Affaire T-245/17)

15.

Le 24 avril 2017, Viasat introduit devant le tribunal de l'Union européenne un recours en carence contre la Commission, fondé sur l'article 265, troisième alinéa TFUE (Affaire T-245/17)<sup>12</sup>.

Dans ce recours, selon le résumé publié au J.O., elle tire un premier moyen, de ce que la Commission s'est abstenue d'adopter une décision pour empêcher une autre utilisation de la bande de fréquences de 2 GHz. Elle considère que c'est illégalement que la Commission s'est abstenue de décider que l'utilisation de la bande de fréquences de 2 GHz pour les services mobiles par satellite («MSS») sur un réseau principalement terrestre constituait un changement fondamental de l'utilisation de la bande de fréquences de 2 GHz, qui est harmonisée et fait l'objet d'attributions au niveau de l'Union par une procédure de sélection de l'Union. La Commission aurait dû prendre ses responsabilités et agir pour adopter une décision interdisant aux autorités nationales de régulation d'autoriser Inmarsat à utiliser la bande de fréquences de 2 GHz principalement pour des services air-sol au lieu de MSS, conformément aux décisions MSS de l'Union.

Deuxième moyen, soulevé à l'appui du chef des conclusions en carence, tiré de ce que la Commission n'a pas pris de mesure pour éviter la fragmentation du marché intérieur. La Commission est tenue d'exercer ses pouvoirs afin de prévenir le risque de fragmentation du marché intérieur des MSS paneuropéens assurant une connectivité universelle, ce qui pourrait se produire si des autorités de régulation nationales («ARN») décidaient —de leur propre chef— d'autoriser une société particulière à utiliser la bande de fréquences de 2 GHz

---

<sup>12</sup> J.O., 3 juillet 2017, C. 213/33.

ML

pour une nouvelle finalité. De fait, le manquement à satisfaire à cette obligation, en réponse à la lettre de la partie requérante et aux demandes d'instructions de la part des ARN, accroît le risque que certains États membres autorisent l'usage de la bande de fréquences de 2 GHz pour d'autres finalités.

Troisième moyen, soulevé à titre subsidiaire à l'appui du chef des conclusions en carence, tiré des erreurs d'interprétation. La décision de la Commission, figurant dans les lettres précitées des 14 et 21 février 2017, demande à être annulée, car la Commission a fait une erreur d'interprétation: 1o) des dispositions qui lui confèrent des compétences dans le domaine de l'harmonisation du spectre des MSS; 2o) de l'étendue de ses obligations d'assurer le plein respect des principes généraux du droit de l'Union en matière de marchés publics qui sont applicables en l'espèce; 3o) de ses obligations de prévenir toutes divergences entre les décisions adoptées par les États membres et de veiller à ce que le marché intérieur des MSS paneuropéens assurant une connectivité universelle ne soit pas fragmenté; et 4o) l'étendue de son obligation de coopération loyale pour aider les États membres dans l'exercice des missions résultant des traités.

Ce recours est pendant, selon les explications données par les conseils des parties à l'audience.

16.

A l'audience, le conseil d'Immarsat a indiqué que sa cliente renonçait à la demande, formulée en conclusions (p. 17, § 57), visant l'écartement de la pièce de Viasat constituée par des extraits du mémoire en défense de la Commission dans cette affaire.

## **II. L'OBJET DU RECOURS DE VIASAT**

17.

**Viasat** demande à la cour de :

- « A titre principal : de déclarer le recours recevable et fondé en ses quatre moyens et, par conséquent, d'annuler la Décision du Conseil de l'IBPT du 29 juin 2016 concernant les droits d'utilisation d'Immarsat Ventures Ltd pour éléments terrestres complémentaires qui a été publiée sur le site internet de l'IBPT le 29 mai 2017, et
- A titre subsidiaire et en cas de doute quant à l'interprétation du cadre réglementaire européen (quod non) : de déclarer le recours recevable et

MT

*d'adresser à la CJUE les questions préjudicielles reprises aux points 115 et 189 des présentes conclusions de synthèse ;*

- *Condamner l'IBPT à supporter les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, (liquidée à 1.440 euros), et la partie intervenante à supporter ses propres dépens ».*

Elle soutient que son action est recevable, nonobstant les critiques formulées par l'IBPT et Inmarsat (cfr *infra*) et invoque et développe les moyens d'annulation suivants :

- Premier moyen : l'IBPT a mal interprété et appliqué ses compétences en adoptant la Décision ;
  - Première branche : en considérant que, lorsqu'il autorise des (prétendus) éléments terrestres complémentaires, il ne dispose que d'une compétence restreinte et limitée, l'IBPT a violé les articles 3, 8 et 9 de l'AR relatif aux systèmes mobiles par satellite et l'article 8 de la Décision « MSS » ;
  - Deuxième branche : l'IBPT n'était pas compétent pour adopter la décision attaquée après le 13 juin 2016 et a ainsi agi en violation du principe de légalité ;
- Deuxième moyen : la décision attaquée n'est pas conforme au cadre réglementaire européen et belge relatif à l'utilisation de la bande 2 GHz ;
  - Première branche : « en autorisant des stations terrestres air-sol ne faisant pas partie d'un système mobile par satellite, la décision attaquée n'est pas conforme au cadre réglementaire européen et belge relatif à l'utilisation de la bande 2 GHz »
  - Deuxième branche : la décision attaquée viole le cadre réglementaire européen et belge relatif à l'utilisation de la bande 2 GHz en autorisant des stations terrestres air-sol qui ne remplissent pas les conditions pour être qualifiées d' « éléments terrestres complémentaires » ;
  - Troisième branche : la décision attaquée viole le cadre réglementaire européen et belge relatif aux systèmes mobiles par satellite utilisant la bande 2 GHz dans la mesure où elle autorise les stations terrestres proposées par Inmarsat bien que cette dernière n'a pas rempli et ne remplit toujours pas les conditions et les engagements prévus dans ces réglementations
- Troisième moyen : la décision attaquée viole les principes fondamentaux d'égalité, de non-discrimination et de transparence consacrée en droit européen et en droit belge ;
  - Première branche : la décision attaquée est manifestement illégale dans la mesure où l'autorisation de stations terrestres air-sol proposées par Inmarsat entraîne une modification substantielle des conditions essentielles sous-tendant la Procédure de sélection paneuropéenne et la Décision « MSS » ;
  - Deuxième branche : la décision attaquée est manifestement illégale dans la mesure où l'autorisation des stations terrestres air-sol proposées par Inmarsat entraîne/approuve une modification de l'opérateur sélectionné par la

M8

Commission européenne dans le cadre de la Procédure de sélection paneuropéenne ;

- Quatrième moyen : la décision attaquée viole l'obligation de motivation ;
  - o Première branche : défaut de motivation matérielle ;
  - o Deuxième branche : défaut de motivation formelle.

18.

**L'IBPT** demande à la cour de :

*« Déclarer la demande d'annulation irrecevable, à tout le moins non fondée ;*

*Condamner la requérante aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.440 euros. »*

Il développe huit moyens à l'appui de sa position, qu'il résume comme suit :

- Moyen 1 : le recours est irrecevable à défaut d'intérêt ;
- Moyen 2 : Les éléments terrestres complémentaires transmis par Inmarsat respectent les conditions d'installation prescrites par l'article 8 de l'arrêté royal du 11 février 2013, de sorte que la Décision contestée n'a pas été prise en violation de ce règlement (le premier moyen, 1<sup>ère</sup> branche, de Viasat n'est pas fondé) ;
- Moyen 3 : L'IBPT ne pouvait pas refuser d'approuver les éléments terrestres complémentaires communiqués par Inmarsat au motif que celle-ci ne respectait pas ses obligations de couverture au 13 juin 2016 (le premier moyen, seconde branche, de Viasat n'est pas fondé) ;
- Moyen 4 : La position de Viasat est contraire au principe de la neutralité technologique (le deuxième moyen de Viasat est dénué de fondement en ses deux premières branches) ;
- Moyen 5 : L'IBPT ne pouvait pas refuser d'approuver les éléments terrestres complémentaires communiqués par Inmarsat au motif que celle-ci ne respectait pas les conditions de sa sélection par la Commission européenne (le deuxième moyen de Viasat est dénué de fondement en sa troisième branche) ;
- Moyen 6 : La Décision n'a pas pour objet d'approuver implicitement une modification des conditions de sélection d'Inmarsat (le troisième moyen de Viasat est dénué de fondement en sa première branche) ;
- Moyen 7 : La Décision ne conduit pas à un changement d'opérateur sélectionné (le troisième moyen de Viasat, deuxième branche, n'est pas fondé) ;
- Moyen 8 : La Décision est adéquatement motivée (le quatrième moyen de Viasat n'est pas fondé).

19.

**Inmarsat** intervient conservatoirement pour soutenir la position de l'IBPT et la Décision.

Elle demande à la cour de :

- « Dire son intervention recevable et fondée ;
- A titre principal, de déclarer le recours de Viasat irrecevable et, pour le surplus, infondé ;
- Condamner Viasat aux entiers dépens, en ce compris l'indemnité de procédure évaluée à 1.440 € ».

### III. RECEVABILITE

#### III.1.- Recevabilité du recours de Viasat

- *Délai*

20.

Le recours de Viasat contre la Décision du conseil de l'IBPT du 29 juin 2016 est fondé sur l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (ci-après « loi IBPT-recours »).

Le recours a été formé par requête déposée au greffe le 27 juillet 2017, endéans le délai légal de 60 jours à partir de la publication de la Décision. Selon les dires concordants des parties, la Décision n'a en effet été publiée par l'IBPT sur son site internet que le 29 mai 2017.

- *Régularité de l'acte introductif d'instance*

21.

Inmarsat invoque l'irrecevabilité du recours et la nullité de la requête, au motif que celle-ci indique une adresse erronée pour le siège social de Viasat UK, et n'indique pas de numéro d'entreprise pour Viasat Inc. Les éléments factuels ne sont pas contestés par Viasat qui conteste par contre les conséquences juridiques qu'en tire Inmarsat.

22.

En vertu de l'article 2 § 2 de la Loi IBPT-recours, le recours formé contre une décision de l'IBPT doit être formé par une requête qui contient, à peine de nullité :

« (...) »

*2° si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile, ainsi que, le cas échéant, son numéro d'entreprise; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme juridique, son siège social et la qualité de la personne ou de l'organe qui la représente, ainsi que, le cas échéant, son numéro d'entreprise ; (...). »*

En vertu de l'article 3 de la même loi : *«Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la Cour des marchés qui ne sont pas traités par ce chapitre, les dispositions du Code judiciaire relatives à l'appel sont d'application ».*

22bis.

Ni l'erreur matérielle dans l'adresse de Viasat UK ni l'absence d'indication du numéro d'entreprise américain de Viasat Inc n'entraînent la nullité du recours. Cette nullité n'est pas commandée par l'article 2, § 2 de la Loi IBPT-recours, outre qu'en tout état de cause, l'erreur commise et l'omission du numéro d'entreprise de Viasat Inc n'ont causé préjudice à aucune partie (article 861 du Code judiciaire, applicable en vertu de l'article 3 de la Loi IBPT-recours).

- *Intérêt à agir*

23.

L'IBPT et Inmarsat invoquent aussi que la requête ne serait pas recevable parce que Viasat ne justifierait pas d'un intérêt au recours. Dès lors que le présent recours se place dans le cadre d'un contentieux objectif, l'intérêt est à apprécier conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat : il faut que l'acte attaqué cause au requérant un inconvénient personnel, direct, certain, actuel et légitime, et d'autre part que l'annulation lui procure un avantage personnel et direct, même minime. En l'espèce, ces conditions ne sont pas remplies par Viasat. L'intérêt dont se revendique Viasat n'est qu'un intérêt à l'échec commercial d'Inmarsat, dont elle se considère le concurrent ; cela ne constitue pas un intérêt suffisant au sens procédural du terme. Viasat ne dispose pas de la capacité technique nécessaire pour exploiter la bande S et n'a d'ailleurs pas participé à l'époque à l'appel à candidatures de la Commission européenne ; l'annulation de la Décision ne lui permettrait pas d'obtenir un droit d'utilisation des fréquences de la bande S.

Viasat conteste. Elle soutient qu'elle est un concurrent d'Inmarsat pour la fourniture de services de connectivité en vol à bord d'avions survolant le continent européen et qu'à ce titre, elle dispose de l'intérêt requis pour demander l'annulation de la Décision, dans la mesure où celle-ci permet illégalement à Inmarsat d'utiliser la bande S pour un usage très différent de celui pour lequel cette bande a été destinée, ce qui crée une distorsion de concurrence au détriment des autres opérateurs actifs sur le marché naissant de la connectivité en vol en Europe.

24.

En vertu de l'article 2 § 1, alinéa 2 de la Loi IBPT-recours : « Toute personne ayant un intérêt pour agir peut introduire le recours visé à l'alinéa 1 ».

Cette disposition est à interpréter en tenant compte de l'article 4.1. de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), qui prévoit que :

« Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. (...) »

L'article 8 de la directive « cadre », intitulé « Objectifs généraux et principes réglementaires », énonce par ailleurs à son paragraphe 2 :

« Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment :  
(...)  
b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques;  
(...) ».

25.

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé comme suit par rapport aux termes repris à l'article 4.1. de la directive « cadre », d' « entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affectée par la décision » (cfr son arrêt

arrêt du 21 février 2008, dans l'affaire C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH c. Telekom-Control-Kommission*) :

*«26. Il est (...) de jurisprudence constante qu'il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (...).*

*27. Partant, la portée que le législateur communautaire a voulu conférer à la notion d'utilisateur ou d'entreprise «affecté(e)» par une décision d'une autorité réglementaire nationale, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive «cadre», doit être appréciée au regard de l'objectif poursuivi par ledit article 4 dans le contexte de cette directive.*

*(...)*

*30. (...)l'article 4 de la directive «cadre» constitue une émanation du principe de protection juridictionnelle effective, lequel constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré aux articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (arrêt du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37 et jurisprudence citée), en vertu duquel il incombe aux juridictions des États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (arrêt *Unibet*, précité, point 38 et jurisprudence citée).*

*31. Dans l'hypothèse visée à l'article 4 de la directive «cadre», les États membres sont obligés de prévoir un recours devant un organisme juridictionnel afin de protéger les droits que les utilisateurs et les entreprises tirent de l'ordre juridique communautaire.*

*32. Il s'ensuit que l'impératif de conférer une protection juridictionnelle effective, dont procède l'article 4 de la directive «cadre», doit s'appliquer également aux utilisateurs et aux entreprises qui peuvent tirer des droits de l'ordre juridique communautaire, notamment des directives sur les télécommunications, et qui sont atteints dans ces droits par une décision d'une autorité réglementaire nationale.*

(...)

37. Il convient ensuite de relever que, conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la directive «cadre», les autorités réglementaires nationales doivent promouvoir la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques ainsi que des ressources et des services associés, notamment en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques.

38. Or, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 24 de ses conclusions et comme le fait valoir le gouvernement danois, une interprétation stricte de l'article 4, paragraphe 1, de la directive «cadre», selon laquelle cette disposition ne conférerait pas un droit de recours à des personnes autres que les destinataires des décisions des autorités réglementaires nationales, serait difficilement compatible avec les objectifs généraux et les principes réglementaires découlant, pour ces autorités, de l'article 8 de ladite directive, particulièrement avec l'objectif de promotion de la concurrence.

39. Il en résulte que l'article 4, paragraphe 1, de la directive «cadre» doit être interprété en ce sens qu'il vise à octroyer un droit de recours également à des personnes autres que les destinataires d'une décision prise par une autorité réglementaire nationale dans le cadre d'une analyse de marché. Ainsi, il y a lieu de considérer comme «affectés» au sens de cette disposition les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise (précédemment) puissante sur le marché concerné lorsque les droits de ceux-ci sont potentiellement affectés par une telle décision. »

26.

Dans son arrêt précité (affaire C-426/05), la Cour de justice, faisant application de ces principes, a conclu qu'une entreprise concurrente était « affectée » au sens de l'article 4.1. de la directive « cadre » par une décision prise par une autorité réglementaire nationale dans le cadre d'une analyse de marché.

Dans son arrêt du 23 avril 2009<sup>13</sup>, la Cour de cassation fait application de l'enseignement de l'arrêt du 21 février 2008 de la Cour de justice dans l'affaire C-426/05 et casse l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui lui était soumis, lequel avait refusé à Mobistar le droit d'intervenir dans une procédure relative au recours introduit par Belgacom contre une décision de l'IBPT, pour les motifs suivants :

---

<sup>13</sup> N° C.06.0296.F, inédit, pièce 13 du dossier législation et jurisprudence d'Inmarsat.

*« le recours prévu par l'article 4.1. de la directive « cadre » est ouvert non seulement à l'opérateur puissant mais également à l'opérateur alternatif et (...) le juge national doit vérifier que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que puise, dans l'ordre juridique communautaire, cette entreprise concurrente de la première. L'opérateur alternatif peut dès lors intervenir devant la cour d'appel saisie du recours introduit par l'opérateur puissant. Contrairement à ce que l'arrêt attaqué décide, la recevabilité de cette intervention n'est pas subordonnée à la démonstration, par le requérant, qu'il est concerné directement et individuellement par la décision (...) »*

27.

Plus récemment, dans un arrêt du 22 janvier 2015 (affaire C-282/13, T-Mobile Austria GmbH c. Telekom-Control-Kommission), la Cour de justice a, en appliquant les mêmes principes, dit qu'une entreprise concurrente était « affectée » au sens de l'article 4.1. de la directive « cadre » par la décision prise par l'autorité nationale dans le cadre d'une procédure de cession de droits d'utilisation de radiofréquence prévue à l'article 5, § 6 de la directive « autorisation », et que cette décision est susceptible d'avoir une incidence sur la position de cette entreprise sur le marché.

Au considérant 39 de cet arrêt, la Cour fait apparaître le triple test qu'elle applique pour déterminer si une entreprise est « affectée » au sens de l'article 4.1. de la directive « cadre » par une décision d'une ARN. Les conditions sont que : (i) l'entreprise, qui fournit des réseaux ou des services de communications électroniques, est un concurrent de l'entreprise ou des entreprises destinataires de la décision de l'ARN, (ii) l'ARN se prononce dans le cadre d'une procédure qui vise à sauvegarder la concurrence et (iii) la décision en cause est susceptible d'avoir une incidence sur la position de cette première entreprise sur le marché.

28.

En l'espèce, Viasat soutient fournir des services de communications électroniques, à savoir des services de communications électroniques dédiés aux compagnies aériennes, pour des communications en vol, et être de ce fait un concurrent d'Inmarsat, dès lors que celle-ci se lance, via ses services EAN, dans le secteur des communications en vol. Cette qualité de concurrent n'est pas sérieusement contestée, ni par l'IBPT ni par Inmarsat.

Le fait que Viasat n'ait pas posé sa candidature pour l'attribution de la bande S ne permet pas de lui dénier cette qualité de concurrent, pas plus que le fait qu'elle n'ait pas participé à la procédure de consultation organisée par l'IBPT en juin 2016. Viasat est d'ailleurs

125

intervenue dans les procédures de consultation publique organisées par d'autres ARN, comme BNetzA (Autriche) et ComReg (Irlande).

La Décision critiquée a d'autre part été prise dans le cadre de l'arrêté royal MSS du 11 février 2013, lequel s'inscrit dans le cadre réglementaire européen MSS et dans le cadre réglementaire général relatif aux communications électroniques. Comme indiqué à l'article 8 de la directive « cadre », il ressort de la mission générale des ARN de promouvoir la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans ce secteur. Le cadre réglementaire MSS comporte également des références à cet objectif général, notamment en ce qu'il indique qu'il vise à sauvegarder et même à intensifier la concurrence « en augmentant l'offre et la disponibilité de services paneuropéens » (considérant (3), in fine, de la Décision harmonisation ; cfr également considérant (5) de la Décision MSS).

Dès lors que, dans la thèse de Viasat, la Décision est illégale et, de ce fait, offre à Inmarsat un avantage concurrentiel illicite sur le marché mondial des communications aéronautiques, il faut en conclure que la condition selon laquelle la Décision est susceptible d'avoir une incidence sur la position de Viasat est également remplie. Dans la thèse de Viasat en effet, toute l'architecture des ETC du système EAN est illégale, et dès lors ce système ne pourrait pas être développé comme l'entend Inmarsat.

29.

Comme jugé précédemment également par la Cour de justice, il ne faut pas donner à l'article 4.1. de la directive « cadre » - et par répercussion en droit belge à l'article 2. § 1, alinéa 2 de la Loi IBPT-recours - une interprétation restrictive, vu l'objectif général de promotion de la concurrence du cadre réglementaire.

Ainsi, en l'espèce, restreindre le droit d'action à une entreprise disposant de droits sur la bande S n'aurait pas de sens, car cela reviendrait, en pratique, à ne pas permettre que soit dénoncées de potentielles illégalités de la Décision, dès lors que seules deux entreprises se sont vues allouer de tels droits, et que ni celles-ci ni l'IBPT n'a intérêt à exercer un recours contre une décision de l'IBPT qui autorise des ETC pour exploiter cette bande de fréquence.

Il n'est donc pas requis que Viasat puisse invoquer des droits sur la bande S, ou que la Décision lui cause un inconvénient direct et son annulation un avantage personnel et direct. Sa qualité de concurrent par rapport aux services offerts par Inmarsat et sa prétention que la

Décision est illégale et aboutit à fausser la concurrence à son détriment, suffit à lui conférer l'intérêt requis.

30.

Il ressort de ce qui précède que Viasat dispose de l'intérêt à agir requis au sens de l'article 26 § 1, alinéa 2 de la Loi IBPT-recours.

### III.2.- Recevabilité de l'intervention volontaire d'Inmarsat

31.

La recevabilité de l'intervention volontaire conservatoire d'Inmarsat n'est pas contestée. Inmarsat est la bénéficiaire directe de la Décision, et elle indique qu'en cas d'annulation de la Décision elle risquerait de perdre le droit d'installer et d'exploiter sur le territoire belge des établissements terrestres complémentaires pour son système de services mobiles par satellite, « ce qui rendrait sans valeur des investissements importants déjà consentis et porterait gravement préjudice à sa capacité à offrir des services et donc à poursuivre ses activités commerciales » (p. 7 de ses conclusions).

## IV. DISCUSSION

### IV.1. Examen combiné de la première branche du premier moyen d'annulation - l'IBPT a mal interprété et appliqué ses compétences en adoptant la Décision – et du quatrième moyen d'annulation – défaut de motivation

#### IV.1.1. Position des parties

##### A. Position de Viasat

32.

Dans la première branche de son premier moyen, Viasat soutient qu'en considérant que, lorsqu'il autorise des (prétendus) éléments terrestres complémentaires, il ne dispose que d'une compétence restreinte et limitée, l'IBPT a violé les articles 3, 8 et 9 de l'arrêté royal MSS et l'article 8 de la Décision MSS.

Cette première branche du moyen a été développée au vu de la position affichée par l'IBPT dans le présent litige, qui consiste à soutenir que sa compétence relative à l'autorisation des ETC proposés par Inmarsat était très limitée, et qu'en particulier il ne pouvait examiner si ces ETC respectent ou non le cadre réglementaire européen et belge.

33.

Il résulte du cadre réglementaire européen que les compétences des autorités nationales de régulation, lorsqu'elles sont appelées à autoriser ou non les éléments terrestres proposés par un opérateur sélectionné, sont bien plus larges que ce que prétend l'IBPT.

En vertu de l'article 8 de la Décision MSS, les autorités nationales de régulation ne peuvent autoriser des éléments terrestres que (i) s'ils sont des « *éléments terrestres complémentaires* » au sens de la Décision MSS, (ii) s'ils font partie intégrante d'un « *système mobile par satellite* » au sens de la Décision MSS et (iii) si le cadre réglementaire européen et national en matière de services mobiles par satellite au sens large est respecté.

Lorsqu'elles autorisent les éléments terrestres proposés par un opérateur sélectionné, les autorités nationales de régulation (en ce compris l'IBPT) doivent, à tout le moins, vérifier que :

- les éléments terrestres proposés satisfont à la définition d'éléments terrestres complémentaires et font partie intégrante d'un système mobile par satellite au sens du droit européen (*i.e.* la Décision MSS) ;
- les conditions communes énumérées à l'article 8, paragraphe 3, de la Décision MSS sont respectées ;
- il est nécessaire/approprié d'installer les éléments terrestres proposés pour améliorer la disponibilité du service mobile par satellite au vu des circonstances (principalement) locales;
- les autorisations sont octroyées dans le respect du cadre réglementaire européen relatif aux systèmes mobiles par satellite (par exemple, l'obligation de disponibilité minimale du service ainsi que les étapes décrites dans l'annexe de la Décision MSS - voir *infra*).

La compétence de l'IBPT, concernant l'autorisation d'éléments terrestres complémentaires, n'est, par conséquent, pas « *étroite* », « *purement technique* » ou « *formelle* », comme le prétendent erronément l'IBPT et Inmarsat.

Cette conclusion est également partagée par la Commission européenne dans l'affaire T-245/17. En effet, en réponse au moyen de Viasat selon lequel la Commission européenne a illégalement manqué de décider que l'utilisation de la bande 2 GHz dans le cadre d'un réseau principalement terrestre constitue une modification fondamentale de l'utilisation de la bande 2 GHz, cette dernière répond que « [...] la tâche consistant à garantir la conformité

avec les conditions communes en vertu de la décision [« MSS »] est confiée par les législateurs aux États membres et non à la Commission » (pièce 11 de Viasat, § 85).

Aussi, dans plusieurs Etats membres où Inmarsat a fait une demande d'autorisation de stations terrestres air-sol en tant qu'éléments terrestres complémentaires, la plupart des autorités nationales de régulation ont exercé les pouvoirs mentionnés ci-avant (bien que dans la plupart des cas elles aient adopté une décision erronée). Aucune de ces autorités nationales de régulation n'a considéré que sa compétence était « étroite » et/ou « purement technique ». Bien au contraire, chacune d'elles a, dans le cadre de l'adoption d'une décision formelle, évalué si les stations terrestres air-sol proposées par Inmarsat pouvaient être qualifiées d'éléments terrestres complémentaires et faisaient partie d'un système mobile par satellite et satisfaisaient aux conditions communes listées dans l'article 8, par. 3, de la Décision MSS.

34.

l'IBPT n'a pas tenu compte du cadre réglementaire belge et européen mentionné ci-dessus en adoptant la Décision attaquée, ce qu'il confirme d'ailleurs expressément dans ses premières conclusions<sup>14</sup>. Les seuls éléments vérifiés par l'IBPT sont les suivants :

- Les obligations formelles reprises à l'article 8 de l'arrêté royal MSS ; et
- L'existence d'éventuelles interférences avec des systèmes utilisant des bandes de fréquences adjacentes (en particulier avec les réseaux 3G utilisant des bandes de fréquences voisines).

Or, il résulte du cadre réglementaire européen et belge qu'il incombait à l'IBPT, dans le cadre de l'autorisation des stations terrestres air-sol proposées par Inmarsat, de vérifier à tout le moins les éléments suivants : si ces stations peuvent être qualifiées d'éléments terrestres complémentaires, si elles constituent une partie intégrante d'un système mobile par satellite, si elles sont requises pour améliorer la disponibilité des services mobiles par satellite au vu des circonstances locales, et si les autres conditions prévues dans le cadre réglementaire sont respectées.

L'IBPT ne pouvait simplement autoriser les stations terrestres air-sol proposées par Inmarsat sans aucune vérification de ces éléments. Sinon, cela transformerait toute autorisation d'éléments terrestres complémentaires par l'autorité nationale de régulation, dans le contexte d'un système mobile par satellite, en une simple formalité sans aucun impact sur la réalisation des objectifs fixés par les législateurs européens et belge. Cela permettrait par conséquent à l'opérateur sélectionné d'installer des infrastructures terrestres sans lien avec ces objectifs. Le fait que les autorités nationales de régulation ont des compétences étendues pour assurer l'exécution *a posteriori* du cadre réglementaire relatif aux systèmes mobiles par satellite ne justifie pas la conclusion que leur compétence d'autoriser des

<sup>14</sup> Point 16 des premières conclusions de l'IBPT.

éléments terrestres complémentaires serait réduite à avaliser sans le moindre contrôle les propositions soumises par les opérateurs sélectionnés.

35.

A titre subsidiaire si la cour devait avoir un doute quant à l'interprétation du cadre réglementaire européen, Viasat sollicite que la cour pose à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

- 1) « L'article 8 de la Décision MSS doit-il être interprété en ce sens que, lorsqu'elles octroient l'autorisation nécessaire à la fourniture d'éléments terrestres complémentaires sur leur territoire, les autorités de régulation nationales doivent également vérifier que :
  - (i) les stations terrestres proposées font effectivement partie intégrante d'un système mobile par satellite au sens de l'article 2, paragraphe 2, point a) de la Décision MSS ;
  - (ii) les éléments terrestres proposés sont effectivement des « éléments terrestres complémentaires » au sens de l'article 2, paragraphe 2, point c) de la Décision MSS et de l'article 8, paragraphe 3, point b) de la même décision ;
  - (iii) les conditions communes visées à l'article 8, paragraphe 3, de la Décision MSS sont remplies ;
  - (iv) il est nécessaire d'installer les éléments terrestres complémentaires proposés dans le but améliorer la disponibilité des services par satellite utilisant la bande 2 GHz ; et
  - (v) les autorisations sont octroyées dans le respect du cadre réglementaire européen relatif aux services mobiles par satellite et, en particulier, de l'obligation de disponibilité minimale du service et des étapes énumérées dans l'annexe de la Décision MSS ?
- 2) L'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point c), (ii) de la Décision MSS doit-il être interprété en ce sens que les autorités de régulation nationales ne sont plus compétentes pour octroyer les autorisations nécessaires à la fourniture d'éléments terrestres complémentaires sur leur territoire si, au moment de leur décision, l'obligation de disponibilité du service prévue à cet article n'est pas remplie par l'opérateur sélectionné et/ou si le délai de 7 ans visé dans cette disposition a expiré ? »

36.

Dans son quatrième moyen, Viasat invoque, en première branche du moyen, un défaut de motivation matérielle, en ce que la Décision est basée sur la prémisse erronée que les éléments terrestres litigieux proposés par Inmarsat :

- font partie intégrante d'un système mobile par satellite au sens du cadre légal applicable ;
- constituent des ETC au sens du même cadre ;

- améliorent la disponibilité des services mobiles par satellite proposés ;
- sont installés, exploités et gérés par Inmarsat.

Etant basée sur des motifs erronés, la Décision viole l'obligation de motivation matérielle.

37.

Dans la deuxième branche du quatrième moyen, Viasat invoque un défaut de motivation formelle, en ce que l'IBPT aurait dû indiquer dans la Décision (ou à tout le moins dans le dossier administratif) les motifs soutenant les éléments énumérés ci-avant, de même que :

- le fait que les étapes 6 à 9 ont effectivement été respectées par Inmarsat et, en particulier, le satellite avait été lancé dans l'espace et Inmarsat fournissait en continu les services mobiles par satellite commerciaux sur le territoire de la Belgique au moment de l'adoption de la décision attaquée ;
- conformément à l'article 3 de l'arrêté royal MSS, les services mobiles par satellite étaient effectivement fournis à 50% de la population belge et sur 60% du territoire belge à la date du 13 juin 2016, notamment grâce à la disponibilité des stations terriennes mobiles appropriées nécessaires pour effectivement fournir de tels services ;
- les « conditions communes » prévues à l'article 8, paragraphe 3, de la Décision MSS et à l'article 9 de l'arrêté royal MSS étaient satisfaites au moment de l'adoption de la décision attaquée.

#### B. Position de l'IBPT et d'Inmarsat

38.

L'IBPT considère que l'article 2 de l'arrêté royal MSS donne à Inmarsat l'autorisation d'exploiter un système mobile par satellite dans les bandes de fréquences spécifiées, et que l'article 8 du même arrêté royal crée un véritable droit subjectif dans le chef des opérateurs sélectionnés, d'installer des ETC si les trois conditions mentionnées sont réunies, à savoir : une notification, une approbation des ETC et une communication à l'IBPT des caractéristiques et du lieu d'installation des ETC.

L'IBPT ne pouvait exercer qu'un contrôle technique, tiré de l'article 4 de l'arrêté royal, pour vérifier l'absence de brouillage préjudiciable aux réseaux 3G utilisant les bandes de fréquence voisines.

Lorsqu'il a été saisi de la demande d'autorisation, l'IBPT ne disposait pas d'un pouvoir plus large que la vérification des trois conditions mentionnées ci-avant (qui étaient réunies, ce qui n'est pas contesté), et son contrôle technique.

39.

S'il devait s'avérer qu'Inmarsat ne respecte pas le cadre réglementaire, l'IBPT pourrait la sanctionner, mais cette fois dans le cadre de l'article 21 de la loi IBPT-statut, qui organise la procédure d'infraction.

Seule une utilisation effective des ETC permet un tel contrôle. Avant qu'ils ne soient effectivement mis en service, le régulateur n'a pas la possibilité de contrôler que l'opérateur va respecter les conditions d'utilisation des ETC.

L'autorité britannique (Ofcom) raisonne de la même manière dans sa décision du 10 octobre 2017.

40.

A titre subsidiaire, l'IBPT n'est pas opposé à ce que soient posées à la Cour de justice les questions suggérées par Viasat.

41.

Selon Inmarsat, aucune disposition du cadre réglementaire pour les MSS ne subordonne l'octroi d'autorisations pour les ETC à un contrôle global de la conformité avec ce cadre réglementaire du système MSS dont ces ETC ont vocation à faire partie.

Elle considère qu'il serait illogique de refuser l'autorisation des ETC sur la base d'une présomption que ceux-ci ne seraient pas utilisés en conformité avec les exigences réglementaires applicables, et ce avant leur mise en service. La seule approche sensée est, comme l'a fait Ofcom, le régulateur britannique, d'autoriser d'abord les ETC pour surveiller ensuite s'ils sont utilisés en conformité avec les exigences réglementaires.

42.

Pour le surplus, Inmarsat considère de manière générale que les moyens en annulation de Viasat ne visent pas réellement la Décision mais sont constitutifs d'un recours en carence contre l'IBPT, à qui Viasat reproche de ne pas avoir contrôlé le respect par Inmarsat du cadre réglementaire applicable. Pour cette raison, tous les moyens sont irrecevables.

43.

S'ils sont recevables, les moyens sont non fondés.

44.

Lorsqu'il autorise des ETC en vertu de l'article 8 de l'arrêté royal MSS, il n'appartient pas à l'IBPT de contrôler le respect des conditions de couverture édictées à l'article 3 du même arrêté. L'IBPT n'a aucun pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des autorisations ETC et ne peut pas les refuser lorsque l'opérateur est déjà autorisé sur la base de l'article 7 de la Décision MSS.

45.

En toute état de cause, Inmarsat remplit pleinement les paramètres de couverture prévus à l'article 3 de l'arrêté MSS.

Le satellite EAN d'Inmarsat couvre pratiquement tout le territoire des Etats membres de l'Union européenne (cfr figure 1 dans ses conclusions). Dès lors que quasi 100 % du territoire est couvert, cela correspond aussi à une couverture de quasi 100 % de la population.

L'obligation de couverture (capacité d'un satellite à desservir une zone particulière) ne doit pas être confondue avec la capacité satellitaire (quantité de trafic pouvant être acheminée vers la zone), qui est forcément limitée.

L'obligation de couverture n'implique pas non plus la mise en service commerciale. Il serait paradoxal de subordonner l'autorisation d'ETC à la disponibilité commerciale du service, dès lors que, précisément, les ETC font partie du système de MSS.

Il est aussi paradoxal pour Viasat de critiquer les retards dans l'exploitation commerciale de l'EAN alors que c'est elle, par ses multiples recours dans différents pays européen, qui est la cause de ce retard.

46.

Inmarsat considère enfin qu'il n'est ni nécessaire ni utile de poser à la Cour de justice les questions sollicitées par Viasat ; celles-ci ne feraient que retarder inutilement la résolution du contentieux.

47.

L'IBPT et Inmarsat contestent également le quatrième moyen d'annulation. Ils considèrent que celui-ci ne tend qu'à répéter les arguments développés par Viasat à l'appui de ses moyens précédents, et qu'il n'y a en réalité aucune violation de l'obligation de motivation. Ils renvoient dès lors essentiellement à leur défense concernant les précédents moyens.

#### **IV.1.2 Décision de la Cour**

48.

Les « éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite » sont définis à l'article 1<sup>er</sup>, 2° de l'arrêté royal MSS comme : « *les stations au sol utilisées en des points déterminés afin d'augmenter la disponibilité du service mobile par satellite dans les zones géographiques, situées à l'intérieur de l'empreinte du ou des satellites du système, où les communications avec une ou plusieurs stations spatiales ne peuvent être assurées avec la*

qualité requise ». Cette définition est une reprise de celle qui figure à l'article 2.2. (b) de la Décision MSS.

L'article 8 de la Décision MSS prévoit comme suit le rôle des Etats membres concernant les ETC sur leur territoire :

« 1. Les États membres veillent, **conformément aux dispositions du droit national et du droit communautaire**, à ce que leurs autorités compétentes accordent aux candidats sélectionnés conformément au titre II et autorisés à utiliser le spectre en vertu de l'article 7 les autorisations nécessaires à la fourniture d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite sur leur territoire.

2. Les États membres ne sélectionnent ni n'autorisent aucun opérateur d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite avant que la procédure de sélection prévue au titre II ne se soit achevée par une décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 5, paragraphe 2, ou de l'article 6, paragraphe 3. Cela est sans préjudice de l'utilisation de la bande de fréquences de 2 GHz par des systèmes autres que ceux fournissant des MSS conformément à la décision 2007/98/CE.

3. **Toutes les autorisations nationales** délivrées pour l'exploitation d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite dans la bande de fréquences de 2 GHz **sont soumises aux conditions communes suivantes:**

a) les opérateurs utilisent les radiofréquences assignées pour la fourniture d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite;

b) **les éléments terrestres complémentaires font partie intégrante du système mobile par satellite** et sont contrôlés par le mécanisme de gestion des ressources et des réseaux satellitaires; ils utilisent le même sens de transmission et les mêmes portions de bande de fréquences que les éléments satellitaires associés, et ne doivent pas nécessiter d'autres fréquences que celles du système mobile par satellite associé;

c) le fonctionnement autonome des éléments terrestres complémentaires, en cas de panne de l'élément satellitaire du système mobile par satellite associé, ne doit pas dépasser dix-huit mois;

d) les droits d'utilisation et les autorisations sont accordés pour une durée venant à échéance au plus tard à l'expiration de l'autorisation du système mobile par satellite qui y est associé. » (mises en évidence ajoutées).

L'article 8 de l'arrêté royal MSS prévoit que :

« Les opérateurs sélectionnés ont l'autorisation d'installer un ou plusieurs éléments terrestres complémentaires en Belgique sous les conditions suivantes :

1° ils ont fait une notification pour la fourniture de réseaux de communications électroniques conformément à l'article 9 de la loi ;

2° chaque élément terrestre complémentaire est approuvé par l'Institut avant sa mise en service ;

*3° les caractéristiques techniques et le lieu d'installation de chaque élément terrestre complémentaire sont transmis à l'Institut au minimum un mois avant la date souhaitée de mise en service. »*

49.

Il résulte de l'article 8 de l'arrête royal MSS que l'Institut doit approuver chaque ETC avant sa mise en service.

Ceci implique nécessairement, tenant compte de l'article 8 de la Décision MSS et afin de donner du sens à la condition prévue à l'article 8, 2° de l'arrête royal MSS, que l'Institut vérifie que les ETC qui lui sont soumis pour approbation correspondent à la définition de l'ETC reprise à l'article 1<sup>er</sup>, 2° de l'arrête royal MSS et fassent partie intégrante du système mobile par satellite développé par l'opérateur sélectionné par la Commission, et plus généralement que les ETC correspondent aux conditions communes fixées à l'article 8.3. de la Décision MSS et sont utilisés dans le cadre d'un réseau qui respecte le cadre législatif européen.

Une telle vérification a d'ailleurs notamment été effectuée par le régulateur du Royaume-Uni, OFCOM, dans sa décision publiée en octobre 2017 autorisant les stations terrestres d'Inmarsat (pièce 9 du dossier de Viasat). Sur la base des informations fournies par Inmarsat et au terme de son examen de la question, OFCOM a conclu que les stations terrestres d'Inmarsat pouvaient être autorisées mais que, vu l'importance de la composante terrestre du système et le fait que le service EAN peut, techniquement, être fourni sans que le terminal satellite soit installé par les compagnies aériennes, OFCOM allait contrôler attentivement le déploiement du réseau EAN, afin de garantir que les stations terrestres seraient effectivement utilisées comme des éléments terrestres complémentaires du réseau EAN (décision précitée, § 4.9. et 4.10).

De même, dans son projet de décision d'autorisation soumis à consultation publique, l'Arcep, le régulateur français, conditionne l'autorisation qu'il donnerait au respect par Inmarsat des conditions communes fixées à l'articles 8.3. de la Décision MSS.

Le régulateur irlandais, ComReg, considère aussi qu'il lui appartient, dans le cadre de sa compétence pour autoriser des ETC, de vérifier le respect par l'opérateur du cadre réglementaire européen (cfr pièce 7 du dossier de Viasat, Extraits de la décision 17/97 de la ComReg, publié le 27 novembre 2017).

50.

L'IBPT reconnaît qu'il n'a, dans sa courte Décision, pas vérifié si les éléments terrestres qui lui étaient soumis pour approbation correspondaient à la définition de l'ETC reprise à l'article 1<sup>er</sup>, 2° de l'arrête royal MSS et faisaient partie intégrante du système mobile par satellite développé par l'opérateur sélectionné par la Commission, et plus généralement si les éléments terrestres soumis correspondaient aux conditions communes fixées à l'article 8.3.

de la Décision MSS et étaient utilisés dans le cadre d'un réseau respectant le cadre législatif européen.

N'ayant pas opéré cette vérification, la Décision de l'IBPT n'est pas régulièrement motivée.

Dans sa réponse au moyen, l'IBPT ne propose pas de compléter sa motivation sur ce point. Aucune des parties ne demande à la cour d'user de son pouvoir de pleine juridiction. La cour ne peut user d'office de son pouvoir de pleine juridiction pour compléter la motivation de la Décision.

Le quatrième moyen est dès lors fondé, ce qui justifie l'annulation de la Décision.

Il n'est pas besoin de procéder à l'examen des autres moyens d'annulation.

## **V. LES DÉPENS**

51.

Conformément à l'article 1017, alinéa 1, du Code judiciaire, l'IBPT, qui succombe, est condamné aux dépens, liquidés par Viasat à 1.440 € (indemnité de procédure), outre 420 € (droit de mise au rôle) et 40 € (contribution au fonds budgétaire de deuxième ligne), soit 1.900 €.

Inmarsat, en sa qualité d'intervenante volontaire, ne peut prétendre à une indemnité de procédure (Cass. 25 janvier 2013, Pas. 2013, liv. 1, 23 ), outre qu'en tout état de cause son intervention volontaire est non-fondée.

**PAR CES MOTIFS,**

## **Section Cour des marchés**

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours et le dit fondé,

130

Annule la décision du conseil de l'IBPT du 29 juin 2016 « concernant les droits d'utilisation de Inmarsat Ventures Ltd pour éléments terrestres complémentaires »,

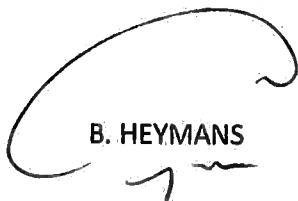
Condamne l'IBPT aux dépens, liquidés dans le chef de Viasat UK Ltd. et de Viasat Inc. à 1.900 €,

Dit l'intervention volontaire d'Inmarsat Ventures Ltd. recevable mais non-fondée.

\*\*\*\*\*

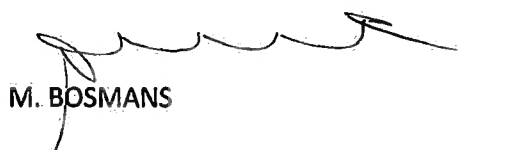
Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 14 mars 2018 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
K. PITEUS	Conseiller
C. VERBRUGGEN	Conseiller
B. HEYMANS	Greffier

  
B. HEYMANS

  
C. VERBRUGGEN

  
K. PITEUS

  
M. BOSMANS