

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,  
9<sup>ème</sup> CHAMBRE,

N°: 214

N°Rép.: 2005/1041

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N°. 2005/AR/296

EN CAUSE DE :

- ✓ La société anonyme BELGACOM MOBILE, 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,

*partie appelante,*

représentée par Maîtres Ludo CORNELIS, Jeanine WINDEY et Thomas HURNER, avocats à 1000 BRUXELLES, Rue de la Bonté 5-7 ;

CONTRE :

- ✓ L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, (en abrégé IBPT), personne morale de droit public, dont le siège social est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21,

*partie intimée,*

- ✓ représentée par Maître Sébastien DEPRÉ, avocat à 1060 BRUXELLES, Rue de Suisse 24 ;

EN PRÉSENCE DE :

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

9<sup>ème</sup> Chambre

15 -02- 2005

Arrêt interlocutoire  
(R.D.D. 18 mars 2005 à  
12 heures)

*intervenante volontaire,*

- représentée par Maître Margareta  
✓ BRESSELEERS, avocat à 2000 ANTWERPEN,  
Amerikalei 92 et par Maître Pascal BOUCQUEY,  
✓ avocat à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand  
Whitlock 30 ;

### **I. La procédure**

1. Par requête déposée au greffe de la cour le 1er février 2005, notifiée à l'IBPT à la même date, Belgacom Mobile a formé un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT du 21 janvier 2005 intitulée : « Acces de The Phone Company au réseau de Belgacom Mobile- Mesures provisoires ».

En vertu d'une ordonnance en abréviation du délai de comparution du 1<sup>er</sup> février 2005, la requête contient invitation de l'IBPT à comparaître à l'audience du 4 février 2005.

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

Les parties ont été entendues à l'audience du 4 février 2005 au cours de laquelle la cause a été prise en délibéré.

### **II. L'acte attaqué**

2. La décision du Conseil de l'IBPT du 21 janvier 2005 est libellée comme suit :

*« Vu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, notamment l'article 20.*

*Vu la copie transmise par Belgacom Mobile à l'Institut du courrier du 19 janvier 2005 adressé par les conseils de Belgacom Mobile à ceux de The Phone Company, duquel il ressort que Belgacom Mobile a l'intention de mettre fin à*

15 -02- 2005

*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 » ;*

*Vu le courrier des conseils de The Phone Company en date du 21 janvier 2005 demandant à l'Institut de prendre des mesures provisoires ;*

*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 d'appels téléphoniques pour une durée indéterminée ;*

*Le Conseil fait défense à Belgacom Mobile de ne plus permettre à The Phone Company l'accès à son réseau.*

*Cette mesure provisoire est prise pour une durée d'un mois. »*

3. Cette décision a été notifiée à Belgacom Mobile ainsi qu'à The Phone Company le jour même.

Dans sa lettre d'accompagnement, le Conseil de l'IBPT indique qu'il examinera dans les meilleurs délais l'offre de Belgacom Mobile « Special Access Offer » (infra, point 11), spécialement sous l'aspect du caractère raisonnable des coûts.

Il expose par ailleurs qu'il 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.

15 -02- 2005

### III. Conclusions des parties

4. Belgacom Mobile conclut qu'il plaise à la cour :

- dire le recours recevable ;
- le déclarer fondé et, partant, dire pour droit que la décision attaquée est suspendue et, le cas échéant, par une décision ultérieure, nulle en raison des illégalités qui l'entachent, la suspension ayant ses effets jusqu'au jour où la cour est en mesure de se prononcer sur le bien-fondé du recours en annulation ;
- condamner l'IBPT aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

5. L'IBPT conclut qu'il plaise à la cour :

- à titre principal, déclarer le recours irrecevable ;
- à titre subsidiaire, remettre l'affaire à une date ultérieure ;
- à titre infiniment subsidiaire, rejeter la demande de suspension ;
- en tout état de cause, condamner Belgacom Mobile aux dépens ;

6. The Phone Company invoque la nullité de la requête déposée par Belgacom Mobile.

Elle conteste tant la recevabilité que le bien-fondé du recours.

### IV. Les faits à l'origine de l'intervention de l'IBPT

7. Les Simbox ou GSM Gateway sont des équipements de télécommunication destinés à être connectés à un réseau de télécommunication et qui permettent le routage direct des appels au départ d'une ligne fixe vers un poste mobile, vers le réseau mobile concerné et donc la conversion d'un appel 'poste fixe à GSM' en un appel 'GSM à GSM'.

Ils sont munis d'une ou de plusieurs cartes 'SIM' (Subscriber Identify Module), lesquelles permettent notamment d'identifier l'utilisateur des services téléphoniques mobiles.

15 -02- 2005

La conversion de l'appel 'poste fixe à GSM' en un appel 'GSM à GSM' entraîne l'application des tarifs prévus pour ces derniers appels. Il s'agit des tarifs applicables aux appels 'on net' lorsque le GSM Gateway est muni d'une carte sim du réseau mobile auquel le poste destinataire de l'appel est connecté.

L'usage d'un GSM Gateway a ainsi pour effet que, pour chaque appel routé, l'opérateur mobile concerné ne peut réclamer les redevances d'interconnexion (*Mobile Termination Rate*, ci-après 'MTR') qui lui seraient dues par l'opérateur du réseau de l'appelant pour la terminaison de l'appel sur son réseau si l'appel n'avait pas été converti par le GSM Gateway.

Les Simbox sont soit utilisés pour un usage propre (Private GSM Gateway), soit exploités pour les besoins de tiers (Public GSM Gateway).

Dans sa communication du 4 août 2004 concernant les GSM Gateway, l'IBPT indique que « *la communication ne se termine pas sur le réseau mobile concerné via un point d'interconnexion entre le réseau fixe et le réseau 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. L'institut déduit de cette constatation qu'il s'agit d'une forme d'accès spécial au sens de l'article 106 § 1<sup>er</sup> de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.*

Il est indiqué, dans cette même communication, qu'un appel d'un réseau fixe vers un réseau mobile via un GSM Gateway se déroule comme suit :

- a) sur la partie fixe de l'appelant jusqu'au GSM Gateway (avec la carte sim) où a lieu un reroutage ;
- b) du GSM Gateway (avec carte sim) vers l'appareil GSM (carte sim) de l'appelé, ce qui est reconnu par l'opérateur mobile comme une communication mobile.

8. Par sa communication précitée du 4 août 2004, établie après une consultation publique lancée en septembre 2003 et publiée le 18 août 2004, l'IBPT a fait savoir qu'il estimait que l'usage d'un GSM Gateway pour les besoins de tiers était soumis à deux conditions.

15 -02- 2005

L'exploitant doit avoir obtenu l'autorisation préalable de l'opérateur mobile concerné pour pouvoir offrir ses services via le réseau de ce dernier. Cette exigence résulterait des dispositions de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM (ci-après, point 23).

Il doit en outre notifier son activité en faisant une déclaration à l'attention de l'Institut conformément à l'article 90 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (ci-après, point 24).

9. The Phone Company exploite des Simbox à des fins commerciales.

Ces Simbox sont munies de cartes Sim Proximus, dénomination du réseau de téléphonie mobile exploité par Belgacom Mobile.

Pour l'utilisation de ces cartes sim, The Phone Company a conclu avec Belgacom Mobile des contrats d'abonnement.

Elle bénéficiait des tarifs applicables à tout utilisateur final ainsi que d'une ristourne en fonction du volume de trafic.

Il ressort des pièces versées au dossier qu'au cours des années 2001 et 2002, The Phone Company a bénéficié d'une assistance des services techniques de Belgacom Mobile pour installer des Simbox et que cette assistance a été fournie dans le but de préserver le bon fonctionnement du réseau Proximus.

Les conditions générales relatives aux contrats d'abonnement contiennent les clauses suivantes :

*Article 3.4 Seuls les terminaux agréés et en parfait état de fonctionnement peuvent être reliés au réseau. Belgacom Mobile se réserve le droit de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de son réseau s'il s'avère que le terminal utilisé par le client a une origine douteuse.*

*Article 3.6.*

- 1. En ce qui concerne le service Proximus, 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 ou son bon fonctionnement.*

15 -02- 2005

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 télécommunications en son nom propre et pour son compte.*
3. *Il est interdit d'utiliser le service Proximus :*
  - a. (...)
  - 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.*

Suivant l'article 1.6 de ces mêmes conditions générales, Belgacom Mobile se réserve le droit de modifier les plans tarifaires. En cas d'une majoration des tarifs, le client qui n'accepte pas la modification imposée, *'peut immédiatement mettre un terme au contrat par courrier recommandé adressé à Belgacom Mobile au plus tard 8 jours après publicité de l'information'*.

15 -02- 2005

10. En date du 24 septembre 2004, suite à la communication de l'IBPT du 4 août 2004 concernant les GSM Gateway, The Phone Company a fait une déclaration auprès de l'IBPT en qualité de « GSM Gateway provider ».

Elle a été enregistrée par l'IBPT le 30 septembre 2004.

11. Le 15 octobre 2004, Belgacom Mobile a communiqué à l'IBPT, sous la dénomination « Special Acces Offer for Termination of voice calls on Belgacom Mobile network via GSM Gateway », les nouvelles conditions tarifaires qu'elle entendait appliquer à partir du 19 octobre 2004, pour le trafic en provenance des Simbox, aux utilisateurs de GSM Gateway.

Dans sa lettre à l'IBPT accompagnant la communication de la dite offre, Belgacom indique que ces tarifs seraient appliqués *'aux utilisateurs de GSM Gateway qui ont demandé de pouvoir continuer à livrer du trafic sur (son) réseau après le 18 octobre 2004'* (*'.. voor deze GSM-Gatewaygebruikers die gevraagd hebben om het afleveren van verkeer op ons netwerk verder te zetten na 18 oktober 2004'*).

Elle précisait qu'il s'agissait d'une offre provisoire au motif qu'elle ne disposait pas encore '*pour cet accès spécial au réseau Proximus d'un modèle de coût approprié*', et elle indiquait que :

- les tarifs proposés étaient basés sur ses tarifs MTR qui étaient approuvés ;
- pour les communications vers des postes connectés à d'autres réseaux, elle reprenait les tarifs de transit qui étaient pratiqués par Belgacom Mobile et Mobistar dans le cadre de la portabilité des numéros mobiles.

Ces tarifs sont nettement supérieurs aux tarifs 'on net' dont The Phone Company bénéficiait, et varient selon le réseau mobile sur lequel l'appel se termine (Proximus, Mobistar et Base).

L'offre prévoit en outre un montant forfaitaire destiné à couvrir les frais d'activation et une rémunération mensuelle fixée en fonction du taux d'occupation des cellules utilisées.

Cette offre est considérée par The Phone Company comme inacceptable en ce qu'elle met en péril la continuité de ses activités.

L'IBPT n'a pas encore pris position sur cette offre nonobstant le fait qu'il considère qu'il lui appartient d'examiner si les tarifs proposés par Belgacom Mobile - opérateur notifié en qualité d'organisme puissant au sens de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 (directive « ONP ») et de l'article 105 undecies de la loi du 21 mars 1991-, respectent le principe de l'orientation en fonction des coûts.

12. Ces nouvelles conditions tarifaires ont été communiquées à The Phone Company à la même date, et une nouvelle fois le 3 novembre 2004, avec la précision qu'il s'agissait d'une offre intermédiaire, en attendant une offre définitive.

Il ressort toutefois d'un mail du 4 novembre 2004 que Belgacom Mobile acceptait de maintenir au profit de The Phone Company les conditions tarifaires dont elle bénéficiait jusqu'alors, du moins à titre provisoire.

15 -02- 2005

13. Par lettre du 9 décembre 2004, The Phone Company a saisi le conseil de l'IBPT d'une demande d'intervention sur pied de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 qui confère à l'IBPT le pouvoir d'adopter des mesures provisoires.

Elle faisait valoir en substance qu'il n'existait aucune raison objective justifiant sur le plan tarifaire, une différence de traitement entre l'utilisateur final et le « GSM Gateway Operator », qui aurait également la qualité d'utilisateur final au sens de la réglementation applicable, les services rendus étant identiques.

Elle invoquait à l'appui de sa demande d'intervention le fait que Belgacom Mobile avait annoncé son intention de désactiver les lignes mises à sa disposition.

Aux termes de cette lettre, The Phone Company demandait à l'IBPT :

- à titre principal, de mettre Belgacom Mobile en demeure de retirer sa décision d'appliquer de nouvelles conditions tarifaires et ce en application de l'article 21 § 1 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur ;
- à titre subsidiaire, faisant usage de son pouvoir d'adopter des mesures provisoires, d'imposer à Belgacom Mobile de fournir ses services aux conditions existantes et ce, durant un délai de deux mois
- d'entendre les parties et de formuler des propositions de nature à les concilier.

Le 10 décembre 2004, Belgacom Mobile mettait sa menace à exécution. A la demande de l'IBPT, Belgacom Mobile a cependant réactivé les cartes Sim dans la soirée du même jour, ce qui aux dires de The Phone Company aurait entraîné de facto une rupture de services pendant tout le week-end et une perte de l'ordre de € 60.000.

Le 14 décembre 2004, l'IBPT écrivait à Belgacom Mobile qu'il considérait que dans la situation actuelle, Belgacom Mobile ne pouvait désactiver les cartes sim dont les installations de The Phone Company sont munies. Belgacom Mobile a contesté l'intervention de l'IBPT, notamment en indiquant que le litige entre elle et The Phone Company était d'ordre purement contractuel (sa lettre du 17 décembre 2004).

15 -02- 2005

Le 10 janvier 2004, à la requête de l'IBPT, Belgacom Mobile soumettait à The Phone Company une nouvelle offre relative aux conditions tarifaires de l'exploitation de GSM Gateway munis d'une carte sim Proximus.

Par lettre du 19 janvier 2004, Belgacom Mobile informait The Phone Company qu'à défaut d'acceptation par elle des conditions prévues dans le document « Special Access Offer » précité, au plus tard le 24 janvier, elle lui refuserait l'accès à son réseau.

Le 21 décembre 2004, The Phone Company priait le conseil de l'IBPT de prendre toutes les mesures provisoires qui s'imposaient.

#### **V. Sur la recevabilité de l'intervention de The Phone Company**

14. La recevabilité de l'intervention de The Phone Company n'est pas contestée. Elle ne saurait être mise en doute puisque l'acte attaqué lui confère un avantage en faisant injonction à Belgacom Mobile de maintenir à son profit l'accès à son réseau.

The Phone Company justifie dès lors d'un intérêt à la solution du litige.

#### **VI. Sur les moyens de procédure relatifs au recours de Belgacom Mobile**

a) sur le moyen présenté par l'IBPT, tiré du non respect du délai de comparution

15. Vu l'ordonnance abrégative du délai pour comparaître, le moyen manque en fait.

b) sur le moyen d'irrecevabilité du recours présenté par l'IBPT, tiré du caractère provisoire des mesures adoptées par lui.

16. Les articles 19 et 20, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, ci-après « la loi relative au statut de l'IBPT », sont libellés comme suit :

15 -02- 2005

*« Article 19*

*Le Conseil offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision l'occasion d'être entendue au préalable.*

*Les décisions du Conseil sont notifiées aux personnes directement et personnellement concernées et au Ministre »*

*« Article 20*

*§ 1<sup>er</sup>. 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 celles-ci puissent excéder deux mois ».*

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 du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, ci-après « loi concernant les recours et les litiges », prévoit en son article 2 :

*Article 2*

*« § 1<sup>er</sup>. Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.*

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

*§ 2. Le recours visé au § 1<sup>er</sup> 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 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges ou une décision prise en vertu de l'article 144 duodecies, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 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.*

*Article 3*

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

17. L'IBPT déduit de ces dispositions que l'adoption par le Conseil de l'IBPT de mesures provisoires ne constitue pas une décision susceptible d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles. Il se fonde à cet égard sur le fait que le législateur a consacré deux articles distincts aux conditions dans lesquelles

15 -02- 2005

les décisions de l'IBPT et les mesures provisoires peuvent être adoptées, à savoir les articles 19 et 20 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT.

Le moyen doit être rejeté.

L'article 2 de la loi du 17 janvier 2003, concernant les recours et les litiges, qui ouvre un recours contre les décisions de l'IBPT, ne fait pas de distinction selon la nature des décisions ou en fonction de leur caractère provisoire ou définitif.

L'acte par lequel l'IBPT adopte des mesures provisoires est une décision au sens de cette disposition, qui fait grief à Belgacom Mobile puisqu'elle lui enjoint de maintenir actives les cartes sim utilisées par The Phone Company dans le cadre de son activité de « GSM Gateway provider ».

**c) sur le moyen tiré du principe du respect des droits de la défense, présenté par l'IBPT**

18. L'IBPT sollicite une remise de l'affaire de manière à lui permettre de préparer sereinement sa défense, en faisant valoir qu'il n'a pas disposé du temps nécessaire pour constituer son dossier et préparer sa défense.

Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande.

La demande en suspension de l'acte ne présenterait pour Belgacom Mobile plus aucun intérêt si la cause n'était pas traitée en urgence.

Le respect des droits de la défense n'est en outre pas automatiquement fonction du temps dont disposent les parties pour présenter leur défense. Ce temps est nécessairement réduit dans les affaires qui doivent être traitées en référé, ou comme en l'espèce, comme en référé.

Par ailleurs, l'IBPT a eu l'occasion de présenter sa défense : elle a déposé des conclusions et un dossier et ses explications orales ont été entendues.

- d) sur le moyen d'irrecevabilité du recours tiré par The Phone Company de la circonstance que le recours est dirigé exclusivement contre l'IBPT**

19. Selon The Phone Company, la requête déposée par Belgacom Mobile est entachée de nullité au motif que le recours n'est pas dirigé contre elle, mais exclusivement contre l'IBPT.

Elle soutient qu'ayant saisi le Conseil de l'IBPT d'une demande d'intervention dans le litige qui l'oppose à Belgacom Mobile, elle a la qualité de partie à la cause devant l'IBPT et estime dès lors qu'il serait inconcevable que le recours puisse être admis alors qu'il n'est pas dirigé contre la partie à la requête de laquelle la décision attaquée a été prise.

En outre, selon The Phone Company, il y a lieu de faire application de l'article 1053 du Code judiciaire qui prévoit que lorsque le litige est indivisible, l'appel doit être dirigé contre toutes les parties dont l'intérêt est opposé à celui de l'appelant.

20. Ces moyens ne sont pas fondés.

Contrairement à ce que The Phone Company soutient, elle n'a pas, devant le Conseil de l'IBPT, la qualité de demandeur au sens qu'a cette notion en droit judiciaire privé.

S'il est exact que le Conseil de l'IBPT est intervenu à la suite d'une demande d'intervention émanant de The Phone Company et sur la base des informations fournies par cette entreprise, il n'empêche que The Phone Company n'a pas pu lui soumettre une prétention et que c'est sur la base de sa mission générale de surveillance que l'IBPT, qui n'a pas la compétence de trancher des litiges, a pris la décision attaquée.

Par ailleurs, les articles 31 et 1053 alinéa 3, du Code judiciaire ne trouvent pas à s'appliquer puisque l'annulation éventuelle de la décision attaquée priverait The Phone Company du bénéfice de la décision attaquée. Il ne se conçoit pas que celle-ci puisse se prévaloir à l'égard de Belgacom Mobile d'un acte administratif que la cour aurait annulé, ou dont elle aurait suspendu les effets.

Il y a lieu de souligner à cet égard que le litige dont la cour est saisie a pour origine l'acte attaqué lui-même et non les agissements de Belgacom Mobile dont The Phone Company s'est plainte auprès de l'IBPT.

21. A défaut de dispositions plus précises dans la loi en ce qui concerne l'introduction des recours contre les décisions de l'IBPT devant la cour d'appel de Bruxelles, il n'existe aucun motif d'exiger du destinataire de l'acte attaqué qui introduit un

15 -02- 2005

recours contre l'IBPT, auteur de l'acte, qu'il dirige son recours également contre toute entreprise dont les intérêts pourraient être affectés par la décision de la cour, et en particulier, contre le tiers qui aurait provoqué l'intervention du régulateur.

22. The Phone Company est intervenue volontairement à la cause et elle a eu accès au dossier. Elle a donc eu l'occasion de faire connaître utilement son point de vue devant la cour sur les moyens présentés par Belgacom Mobile à l'appui de son recours et celle de présenter elle-même des moyens tendant au rejet du recours.

Eu égard à cette intervention volontaire, la cour ne doit pas s'interroger, dans le cadre de la présente affaire, sur la question de savoir si en l'absence d'intervention volontaire ou d'appel à la cause des tiers qui tirent un avantage direct de l'acte attaqué, il lui appartiendrait d'ordonner la communication de la requête aux fins d'intervention éventuelle afin de sauvegarder au maximum leurs intérêts.

#### **VII. Sur le recours en ce qu'il tend à la suspension de la décision attaquée**

##### **A. Les dispositions légales invoquées**

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

23. A l'appui de son recours, Belgacom Mobile invoque les dispositions de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 10 octobre 2002.

L'article 1, 26° de cet arrêté royal, tel que modifié par l'arrêté royal du 24 octobre 1997, définit comme suit la 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'article 13, § 1 de cet arrêté royal est libellé comme suit :

*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.*

15 -02- 2005

*Lors de la conclusion de ces contrats avec des sociétés de commercialisation des services, l'opérateur s'engage à ce que son cocontractant 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.*

*L'article 13, § 2 du même arrêté prévoit l'obligation pour tout opérateur de réseau GSM, de communiquer à l'Institut toute adaptation des prix des services qu'il offre aux abonnés. Il prévoit que 'en l'absence d'objections de la part de l'Institut dans un délai d'un mois à compter de la communication par l'opérateur de l'adaptation tarifaire en question, celle-ci est considérée comme acceptée tacitement'.*

*L'article 16 du même arrêté met à charge de l'opérateur l'obligation de prendre 'toutes les mesures requises pour éviter toute utilisation illicite de son réseau'.*

*L'article 18, § 5, de l'arrêté royal dispose : '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 dans un délai d'un mois après avoir entendu les deux parties.*

*The Phone Company invoque de son côté l'article 4, § 5 du même arrêté, libellé comme suit :*

15 -02- 2005

*Le service (offert par l'opérateur du réseau de mobilophonie GSM) doit être accessible à tous sans discrimination.*

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

- a) les tarifs et ristournes éventuels*
- 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 applicables 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.*
- (...) »*

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

24. L'article 90 de la loi du 21 mars 1991 dispose en son paragraphe 1<sup>er</sup> : 'La personne qui désire exploiter un autre service de communications 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'.

La loi ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par 'autre service de communications' au sens de cette disposition.

Selon l'IBPT, il s'agit de tous les services de télécommunications autres que :

- les services de téléphonie vocale, visé à l'article 87
- les lignes louées visées à l'article 88
- les services de télécommunications mobiles visés à l'article 89

(Communication de l'IBPT concernant les conditions d'accès aux marchés belges des services de télécommunications visés aux articles 88 et 90 de la loi du 21 mars 1991- juillet 1999).

Le service de télécommunication est défini comme suit à l'article 68, 19° de la loi: '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'.

En vertu de l'article 106, § 1, de cette loi, les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation en fonction des coûts en ce qui concerne le service de téléphonie vocale, les lignes louées, l'interconnexion, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale. Préalablement à chaque augmentation des tarifs applicables à ces services pour lesquels ces opérateurs sont puissants, les organismes puissants doivent communiquer 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.

Aux termes du paragraphe 2 de cette disposition : *' l'obligation d'orientation sur les coûts mentionnée au § 1<sup>er</sup> ne s'impose aux opérateurs de réseaux publics de téléphonie mobile que s'ils sont puissants sur le marché de l'interconnexion'.*

L'article 109 ter, § 3, alinéa 1, de la loi, inséré par la loi du 20 décembre 1995 et modifié par l'arrêté royal du 4 mars 1999, dispose :

*« Tout organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes ou des réseaux publics de téléphonie mobile ou des 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. »*

- la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur

25. L'article 14, § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur énonce les compétences de l'IBPT, au nombre desquelles figurent:

- la prise de décisions administratives
- le contrôle du respect du titre 1<sup>er</sup>, chapitre X et des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991, citée plus haut, et de ses arrêtés d'exécution ;
- en cas de litige entre des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois.

L'article 20, § 1<sup>er</sup>, de la loi, reproduit plus haut (point 15), sur le fondement duquel l'IBPT a adopté la décision attaquée, habilite l'Institut à prendre des mesures provisoires en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

L'article 21 de la loi donne à l'Institut le pouvoir, lorsqu'il constate une infraction à la législation ou à la réglementation dont il contrôle le respect, ou à une décision prise, en application de celle-ci, d'adresser au contrevenant une mise en demeure motivée, et en un second temps, s'il n'a pas été porté remède à la situation dans le délai imparti, de lui infliger une amende.

### **B. La position des parties dans le cadre de la demande en suspension**

#### **- position de Belgacom Mobile**

26. Belgacom Mobile reproche à l'IBPT de s'être immiscé dans le litige qui l'oppose à The Phone Company, qu'elle qualifie de litige d'ordre purement contractuel, alors que les dispositions légales applicables ne doteraient pas l'IBPT d'un tel pouvoir.
27. S'agissant des aspects contractuels, Belgacom Mobile expose que les contrats d'abonnement souscrits par The Phone Company ont été régulièrement résiliés.

Ce serait au mépris des dispositions contractuelles fixant les conditions d'utilisation des lignes (supra, point 9), que The Phone Company a fait usage des cartes Sim dans des Simbox en vue d'offrir des services au public.

En outre, The Phone Company ayant refusé la modification tarifaire imposée, il serait incontestable selon Belgacom que The Phone Company doit être considérée comme ayant dénoncé les contrats.

Dès lors que la relation contractuelle a pris fin, The Phone Company n'aurait aucun titre pour accéder au réseau Proximus.

28. Belgacom Mobile reproche en ordre principal à l'IBPT d'avoir méconnu les effets de la résiliation intervenue et la force obligatoire des conditions générales des contrats en lui faisant injonction de poursuivre la relation contractuelle.

15 -02- 2005

Selon Belgacom Mobile, l'IBPT ne saurait fonder sa décision sur l'article 20, § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 janvier 2003 qui ne lui donne pas la compétence de se prononcer sur l'existence et la portée de liens contractuels, quelle que soit la qualité dont TPC peut se prévaloir (utilisateur final ou fournisseur de services de communications électroniques).

Ces liens étant rompus, la décision attaquée serait dépourvue d'objet, et donc illégale.

29. En ordre subsidiaire, Belgacom Mobile fait grief à l'IBPT d'avoir méconnu les dispositions de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, reproduites plus haut (point 23).

Il est incontestable, selon Belgacom, que The Phone Company est un fournisseur de services au sens de l'article 1<sup>er</sup>, 26<sup>o</sup> de cet arrêté royal, et que fournissant un service de télécommunication, il est tenu en vertu de l'article 90 de la loi du 21 mars 1991 de notifier son activité à l'IBPT.

Belgacom Mobile déduit de ces prémisses qu'elle est libre d'organiser la commercialisation des services offerts par son réseau comme elle l'entend, en application de l'article 13 du même arrêté royal.

Elle fait en outre valoir qu'en cas de litige entre un opérateur et un fournisseur de services, à l'occasion de la négociation d'un contrat ou de son exécution, l'IBPT n'a, conformément à l'article 18 de cet arrêté royal, pas d'autres compétences que celle de formuler un avis non contraignant après avoir entendu les parties.

La décision attaquée serait dès lors entachée d'un abus de pouvoir.

30. Sur la base de ces moyens, et tout en se réservant le droit de les compléter en cours d'instance, Belgacom demande la suspension de la décision, dans l'attente d'une décision définitive.

Belgacom Mobile expose que la décision attaquée a pour effet qu'elle doit supporter sur son réseau un fournisseur de services qui l'utilise sans titre ni droit, de manière intensive et sauvage, et sans qu'elle ait la moindre garantie de pouvoir

15 -02- 2005

recupérer les coûts réels de cette utilisation. Elle invoque 'une perte journalière entre € 95.000 et € 120.000 par mois' sans toutefois préciser l'origine de ladite perte.

L'exploitation de GSM Gateway pour les besoins de tiers serait en outre de nature à entraîner sur de nombreuses cellules une surcharge mettant en péril la qualité de ses services.

Elle aurait enfin pour effet de déséquilibrer son activité commerciale eu égard au fait que le trafic généré via les GSM-gateways ne correspond pas au profil d'utilisation du réseau par un utilisateur final, le seul qui aurait été pris en compte pour établir les plans tarifaires destinés aux utilisateurs finals.

#### - position de l'IBPT

31. L'IBPT fait valoir que Belgacom Mobile n'invoque aucune circonstance particulière qui justifierait la suspension de la décision attaquée et qu'elle ne démontre pas que celle-ci entraîne pour elle un préjudice grave dont elle ne pourrait pas obtenir réparation après son annulation.

Selon l'IBPT, le préjudice d'ordre financier ne saurait être pris en considération car il serait par nature toujours susceptible d'être réparé, et la preuve d'une perturbation du réseau Proximus imposant la coupure immédiate des lignes n'est pas rapportée. En revanche, la suspension de la décision attaquée causerait à The Phone Company et à ses clients un préjudice considérable.

Il souligne que la mesure incriminée ne vaut que pour un mois et que Belgacom Mobile a attendu dix jours pour introduire le recours.

32. S'agissant de son pouvoir d'intervention, l'IBPT soutient que l'article 20, § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur ne subordonne l'adoption de mesures provisoires qu'à deux conditions, qui sont réunies en l'espèce, à savoir la menace d'une désactivation imminente des lignes, et l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable dans le chef de The Phone Company et de ses clients.

Dès lors, la question de savoir si la relation contractuelle entre Belgacom Mobile et The Phone Company avait pris fin au jour de la décision attaquée importe peu.

15 -02- 2005

33. L'IBPT conteste avoir pris position sur le litige qui oppose, sur le plan contractuel, Belgacom Mobile et The Phone Company ou être intervenu dans ce litige en adoptant la mesure incriminée.

Aux dires de l'IBPT, ceci ne ressortit pas de sa compétence.

Il expose que la décision attaquée a pour seul objet l'aménagement d'une situation d'attente vu la brutalité de la décision de Belgacom Mobile de procéder à la coupure de l'accès à son réseau dans des délais extrêmement brefs.

Comme indiqué dans les motifs de la décision, l'aménagement de cette situation d'attente aurait pour but de permettre à The Phone Company de mettre en place une solution alternative à la rupture des services de Belgacom Mobile. Il ajoute que la mesure prise peut également permettre aux parties de dégager un arrangement à l'amiable.

34. L'IBPT considère que l'accès à un réseau à l'aide de GSM Gateway est une forme d'accès spécial et que la fourniture d'un tel accès constitue un service de télécommunication.

Cette qualification entraîne dans le chef de l'opérateur puissant l'obligation de respecter le principe d'orientation sur les coûts, et suivant l'IBPT, l'obligation de lui communiquer toute adaptation des tarifs conformément à l'article 13, § 2, de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

Il ajoute qu'il résulte du texte de cette disposition que les modifications tarifaires doivent en outre être acceptées par l'IBPT, lequel doit vérifier le respect du principe de l'orientation des tarifs en fonction des coûts.

Se fondant sur le fait que la modification de la tarification proposée par Belgacom Mobile, communiquée à l'IBPT le 15 octobre 2004, et l'offre alternative qui a été adressée à The Phone Company le 10 janvier 2005 seraient toujours à l'examen, l'IBPT soutient que Belgacom Mobile n'est pas libre d'imposer unilatéralement à The Phone Company les nouveaux tarifs.

35. Il n'est nullement établi, selon l'IBPT, que The Phone Company répond à la notion de « société de commercialisation de services » au sens de l'article 1, 26° de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

15 -02- 2005

Il indique à cet égard que le service offert au public grâce aux Simbox, constitue un service spécifique, distinct des services offerts par l'opérateur d'un réseau mobile et que dès lors, l'activité de The Phone Company n'est pas de commercialiser les services offerts par le réseau Proximus.

La procédure prévue à l'article 18, § 5 de cet arrêté royal ne serait dès lors pas applicable.

#### - Position de The Phone Company

36. The Phone Company, qui soutient l'IBPT en ses moyens, souligne que le dossier démontre que Belgacom Mobile a autorisé l'activité qu'elle mène puisqu'une coopération s'est installée entre ces parties jusque fin 2000 de manière à éviter que le trafic généré par les simbox perturbe le fonctionnement du réseau Proximus et à permettre que celui-ci soit pris en compte pour déterminer sa capacité.

Belgacom Mobile a donc nécessairement été en mesure de tenir compte des caractéristiques de ce trafic pour fixer la capacité de son réseau comme pour établir sa tarification.

The Phone Company souligne que la tarification établie par Belgacom Mobile pour les appels au départ des GSM-Gateways rend la poursuite de son activité impossible.

37. S'agissant de la législation applicable, The Phone Company soutient que pour autant qu'on puisse considérer l'accès au réseau via un GSM-Gateway comme une forme d'accès spécial- ce qu'elle conteste-, l'argumentation de Belgacom Mobile fondée sur les dispositions de l'arrêté royal du 7 mars 1995 doit être rejetée à la lumière des dispositions nouvelles introduites par la loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991, visant à transposer en droit national les dispositions de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 (directive ONP).

Elle invoque à son profit les articles 69 et 109 ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991 pour conclure que Belgacom Mobile ne peut lui refuser l'accès au réseau Proximus.

Belgacom Mobile serait en outre tenue, conformément à l'article 9.2 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de

15 -02- 2005

communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), de publier une offre de référence.

38. Selon The Phone Company, l'accès au réseau mobile via un GSM-Gateway ne constitue pas une forme d'accès spécial.

Le service fourni par l'opérateur du réseau mobile concerné à l'exploitant de GSM-Gateway muni d'une carte sim dudit réseau, ne se distinguerait pas du service que l'opérateur fournit aux utilisateurs finals. Un traitement différent sur le plan tarifaire de celui de l'utilisateur final serait dès lors discriminatoire.

En outre, elle conteste l'argument selon lequel elle commercialiserait les services offerts par le réseau Proximus et se prévaut de la qualité d'utilisateur final du réseau Proximus.

Selon The Phone Company, en application de l'article 4, § 5, 2<sup>ème</sup> alinéa de l'arrêté royal du 7 mars 1995, Belgacom Mobile ne pourrait refuser l'accès à son service ou le suspendre sauf à démontrer l'existence de l'une des causes de justification énoncées dans cette disposition.

Aucune de ces causes ne serait présente en l'espèce. Belgacom Mobile n'ayant pas obtenu l'accord de l'IBPT sur les nouveaux tarifs, elle ne saurait se prévaloir de l'absence d'acceptation de ces tarifs pour prétendre que les contrats ont pris fin.

En outre, Belgacom Mobile ne saurait appliquer des prix égaux ou supérieurs aux tarifs d'interconnexion alors qu'elle ne fournit pas l'interconnexion.

39. S'agissant de la perte financière dont Belgacom Mobile fait état, The Phone Company fait valoir qu'il ne s'agit que d'un manque à gagner qui consiste dans le fait que les tarifs d'interconnexion que pratique Belgacom Mobile sont évités, ce qui ne serait que la conséquence de la concurrence licite qu'elle livre à cet opérateur.

15 -02- 2005

### **C. Appréciation de la cour**

#### **1. A titre liminaire, sur la portée de la décision attaquée**

40. Il ressort des moyens invoqués par Belgacom Mobile à l'appui de son recours, que la requérante considère que la décision attaquée a pour effet de la contraindre à offrir ses services téléphoniques à The Phone Company en respectant les tarifs pratiqués vis-à-vis des utilisateurs finals, et ce durant un mois.

Ce faisant, elle donne de la décision une interprétation qui paraît inconciliable avec ses termes.

En effet, l'IBPT s'est borné à interdire à Belgacom Mobile de désactiver les lignes utilisées par The Phone Company pendant une période fixée à un mois, sans préjuger des conditions financières applicables à l'usage des lignes durant cette même période.

#### **2. Sur le moyen d'incompétence de l'IBPT**

41. L'article 18, § 5 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie concerne uniquement, aux termes de cette disposition, *'les litiges devant être soumis à l'Institut en vertu des dispositions du présent cahier des charges'*.

Au nombre de ces litiges figurent les litiges au sujet des contrats portant sur la commercialisation des services offerts par le réseau par une société dite « société de fourniture de services », visés par l'article 13, § 1<sup>er</sup>.

La décision attaquée ne fait pas référence à un contrat de commercialisation des services offerts par le réseau Proximus entre Belgacom Mobile et The Phone Company. Elle ne qualifie pas la relation juridique entre ces parties telle qu'elle résulte des contrats d'abonnements ou de la résiliation éventuelle de ces contrats. Elle ne détermine pas la qualité qu'il convient de reconnaître à The Phone Company.

The Phone Company conteste quant à elle que son activité consiste à commercialiser des services offerts par le réseau Proximus.

15 -02- 2005

Il résulte enfin clairement des moyens de Belgacom Mobile que celle-ci considère qu'elle n'a jamais conclu avec The Phone Company un contrat de commercialisation des services offerts par son réseau.

Il y a dès lors lieu de constater, prima facie, que Belgacom Mobile ne peut, sans se contredire, à la fois affirmer qu'un tel contrat n'existe pas et n'a jamais existé, et prétendre -sur la base de la disposition précitée-, que l'IBPT ne pouvait intervenir que par voie d'avis non contraignant.

Le moyen n'est donc pas manifestement fondé. Cette conclusion s'impose indépendamment de la question de savoir si les dispositions de cet arrêté royal, notamment celles relatives au traitement des litiges visés aux articles 7 § 3, 11 § 6, 13 § 1<sup>er</sup> et 16 § 4 - qui renvoient à l'article 75, § 8 de la loi du 21 mars 1991 alors que cette disposition a été abrogée -, sont devenues obsolètes.

42. La loi du 17 janvier 2003 donne à l'IBPT le pouvoir d'adopter des mesures provisoires.

Il ressort des travaux préparatoires que les dispositions de la loi relatives aux compétences de l'IBPT et aux modalités de procédure ont été établies dans le but de transposer en droit national les dispositions du cadre réglementaire européen se composant des directives du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, à savoir la directive 2002/20/CE (directive « autorisation »), la directive 2002/19/CE (directive « accès »), la directive 2002/22/CE (directive « service universel »), la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») (voir notamment, exposé des motifs, Doc.50 1937/001, page 20).

Le délai de transposition de ces directives étant expiré, les dispositions nationales doivent en outre être interprétées à la lumière des directives.

Selon ces directives, les autorités réglementaires nationales doivent se voir confier des compétences de décision, et non simplement des compétences d'avis, dans les domaines qu'elles couvrent.

En outre, certaines dispositions de ces directives prévoient de manière expresse que l'autorité nationale réglementaire doit être habilitée à adopter des mesures urgentes et provisoires (ex : article 10 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation »)).

15 -02- 2005

Rien ne permet dès lors de constater, *prima facie*, qu'en dotant l'IBPT du pouvoir de prendre les mesures provisoires appropriées en cas d'urgence et lorsqu'il existe un préjudice grave et difficilement réparable, sans énoncer de manière exhaustive les circonstances, événements ou agissements qui pourraient donner lieu à ce type d'intervention, le législateur aurait méconnu les dispositions de ces directives.

Il y a en revanche lieu de se demander si l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 qui précise que la durée des mesures provisoires ne peut excéder deux mois, quelle que soit le temps nécessaire à l'adoption d'une décision définitive, est sur ce point conforme aux vœux du législateur européen.

43. Belgacom Mobile ne soutient pas, au stade actuel de la procédure, que la compétence de prendre des mesures d'urgence dans le cadre du litige qui l'oppose à The Phone Company, a été réservée à une autre autorité que l'IBPT, ou à une juridiction déterminée.

La loi du 17 janvier 2003 donne au Conseil de la concurrence la compétence de statuer 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 spécial dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées et précise que la procédure est suspendue en cas de recours à la procédure de conciliation qui serait entamée par l'IBPT. Cette loi ne contient aucune disposition permettant d'en déduire que le Conseil de la concurrence serait également habilité à adopter des mesures d'urgence dans le cadre des litiges qui peuvent lui être soumis.

Dès lors, à supposer même que le litige entre Belgacom Mobile et The Phone Company constitue un litige relevant de la compétence de décision du Conseil de la concurrence, il n'en résulterait pas une cause d'incompétence de l'IBPT à prendre les mesures provisoires que dicte l'urgence.

44. Il n'apparaît enfin nullement manifeste que l'IBPT, en adoptant des mesures urgentes, serait sorti du cadre des compétences qui lui ont été assignées dans le domaine des communications électroniques.

Il suffit au stade actuel de la procédure, de constater que la mesure prise a pour objet d'éviter qu'un opérateur de téléphonie mobile notifié puissant adopte un comportement qui

15-02-2005

a pour effet de priver, de manière brutale, un grand nombre d'utilisateurs finals de la possibilité d'accéder aux services offerts par The Phone Company et donc de limiter de manière sensible leur choix des moyens d'accéder aux services offerts par le réseau Proximus ;

**3. Sur les moyens relatifs au caractère manifestement illégal de la décision attaquée**

45. Contrairement à ce que prétend Belgacom Mobile qui reproche à la décision attaquée une violation des dispositions légales de droit privé en matière contractuelle, il n'apparaît nullement manifestement établi que la solution du litige entre elle et The Phone Company dépend exclusivement de l'application du droit commun des contrats.

The Phone Company conteste que Belgacom Mobile puisse lui imposer, sous la menace d'une désactivation des cartes SIM mises à sa disposition, des nouveaux tarifs pour les services qu'elle lui offre depuis l'année 2001, quand bien même ce droit lui serait contractuellement reconnu.

L'IBPT a de son côté fait savoir à Belgacom Mobile par lettre du 14 décembre 2004 qu'il estimait que Belgacom Mobile ne pouvait se prévaloir d'un tel droit dès lors que l'Institut ne s'était pas encore prononcé sur le respect par Belgacom Mobile du principe de l'orientation en fonction des coûts en ce qui concerne les nouveaux tarifs.

Il n'apparaît pas à suffisance de droit, au stade actuel de la procédure, que Belgacom puisse librement exercer les droits contractuels qu'elle invoque.

46. Eu égard à la hauteur des tarifs que Belgacom Mobile entend imposer comme à la manière dont ces tarifs ont été établis, les arguments tendant à démontrer que le comportement de Belgacom Mobile a pour objet ou pour effet d'empêcher The Phone Company d'être active sur un marché de détail séparé paraissent sérieux. Ce marché peut être défini provisoirement comme le marché de l'offre et de la demande de services permettant à un utilisateur final disposant de l'accès direct aux services d'un réseau de télécommunication, de bénéficier de manière indirecte, à l'intervention d'entreprises telles que The Phone Company qui exploitent des équipements permettant d'éviter les points d'interconnexion contrôlés par les opérateurs de réseaux, des services offerts par un autre réseau.

D'après les explications fournies par les parties, un tel appareil constitue de prime abord un *'équipement terminal de télécommunications'*, au sens de l'article 2, b) de la directive 1999/5/CE du Parlement et du Conseil du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité.

Il résulte *prima facie* de ces explications que l'usage de GSM Gateway permet aux utilisateurs finals – qui sont en l'espèce les clients de The Phone Company-, d'éviter l'incidence, sur le prix de leurs appels, des conditions commerciales de l'interconnexion entre les réseaux et donc des redevances d'interconnexion qui seraient dues à l'opérateur sur le réseau duquel la communication se déroule 'on net', si cet appel était pris en charge par ce dernier à un point d'interconnexion entre les deux réseaux, ce qui d'après l'IBPT, n'est pas le cas.

Or, Belgacom Mobile ne prétend pas que l'usage de GSM Gateway est illicite, ce qui serait d'ailleurs incompatible avec le fait qu'elle a établi une offre portant sur les appels générés par des GSM Gateway.

Elle ne prétend pas non plus devoir supporter, pour le trafic en provenance de GSM Gateway muni d'une carte Sim Proximus, des coûts d'interconnexion ou des coûts équivalents à ceux qu'engendrent l'interconnexion alors que les tarifs qu'elle entend imposer sont basés sur les tarifs MTR qu'elle pratique.

Il résulte par ailleurs de sa lettre du 15 octobre 2004 à l'IBPT que son offre n'a pas été établie en fonction des coûts spécifiques qui résulteraient du caractère intensif de l'usage des cartes Sim placées dans des GSM Gateway. Or les seuls coûts qu'elle invoque sont ceux qui résulteraient de la nécessité d'augmenter la capacité du réseau en raison de l'usage d'une carte sim dans un GSM Gateway, lequel serait atypique.

47. Belgacom Mobile soutient encore, sans l'établir à suffisance de droit au stade actuel de la procédure, que des entreprises telles que The Phone Company fournissent aux tiers les services offerts par son réseau, de sorte qu'elles ne pourraient se prévaloir de la qualité d'utilisateur final.

L'article 2 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») définit l'utilisateur final comme suit : *'un utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communication publics ou de services de*

15 -02- 2005

*communications électroniques accessibles au public*, l'utilisateur étant *'une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessibles au public'*. Le consommateur est quant à lui défini comme étant *'toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles'*.

S'il apparaît évident que The Phone Company est *'utilisateur'* puisqu'elle demande en son nom et pour son compte un service de communications électroniques, il n'est nullement certain qu'en exploitant des GSM Gateway aux fins d'offrir aux utilisateurs finals, contre rémunération, la possibilité de réduire leurs coûts de communication, elle ne puisse elle-même être considérée comme *'utilisateur final'*.

Dans cette hypothèse, la distinction qu'opère Belgacom Mobile sur le plan tarifaire entre ses clients selon le type de terminal d'équipement utilisé, paraît de prime abord discriminatoire et contraire aux obligations légales qui pèsent encore sur elle en tant qu'organisme notifié puissant.

En outre, à supposer même que l'usage d'une carte Sim dans un GSM Gateway ne réponde pas au profil de l'utilisateur final moyen d'un GSM et qu'il entraîne des coûts spécifiques liés à la nécessité d'adapter la capacité du réseau, l'augmentation sensible des tarifs que Belgacom Mobile entend imposer pour tout appel en provenance d'un GSM Gateway, paraît une mesure disproportionnée. Les nouveaux tarifs s'appliqueraient en effet dès la première minute d'appel quel que soit le seuil d'utilisation jugé atypique.

48. Il n'est pas contesté que les intérêts économiques de The Phone Company sont gravement menacés par la décision de Belgacom Mobile de procéder à la désactivation des lignes.

Il est en outre incontestable que cette décision prive également les utilisateurs finals, qu'ils soient ou non clients actuels ou potentiels de The Phone Company, de la possibilité de tirer profit en termes de prix de l'émergence du marché sur lequel cette entreprise opère et de la pression concurrentielle que cette entreprise exerce sur le prix des services de télécommunications.

Belgacom Mobile ne prétend pas que la décision attaquée serait, de manière manifeste, inconciliable avec les objectifs que doivent poursuivre les autorités réglementaires nationales, énoncés à l'article 8 de la directive « cadre ».

Elle n'établit pas non plus l'existence dans son chef d'un préjudice d'une gravité telle qu'il justifierait la suspension de la mesure ordonnée par l'IBPT.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de suspendre les effets de la décision attaquée.

**VIII. Sur le recours en ce qu'il tend à l'annulation de la décision attaquée**

49. Vu les délais très courts dont les parties ont disposé pour mettre l'affaire en état, la réouverture des débats s'impose pour répondre à leur souhait de conclure plus avant sur la demande en ce qu'elle tend à l'annulation de la décision attaquée.

**PAR CES MOTIFS,**

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Dit le recours de Belgacom Mobile et la demande en intervention de The Phone Company recevables ;

Dit qu'il n'y a pas lieu de suspendre les effets de la décision attaquée ;

Avant de statuer sur le recours en annulation, ordonne la réouverture des débats ;

Fixe la cause au **18 mars 2005** à **12 heures** (date relais pour aménager le calendrier) ;

Réserve les dépens

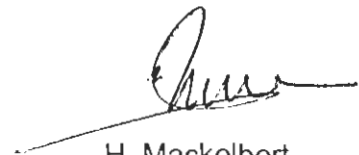
Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile  
de la 9<sup>ème</sup> chambre de la Cour d'appel de Bruxelles le 15-02-2005

Où étaient présents :

- |                           |                                     |
|---------------------------|-------------------------------------|
| - Madame M. Regout,       | Conseiller ff Président de chambre, |
| - Madame C. Schurmans,    | Conseiller,                         |
| - Monsieur H. Mackelbert, | Conseiller,                         |
| - Madame Chr. De Rook,    | Greffier-chef de service.           |



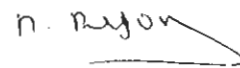
Chr. De Rook



H. Mackelbert



C. Schurmans



M. Regout