

# Cour d'appel de Bruxelles

Greffe civil & fiscal - service des requêtes d'appel (étage 01)

Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Notification – art. 1056 C.J.

2017/AR/1109, Chambre Vacl, 27 juillet 2017 09:00

**INSTITUT BELGE DES POSTES ET  
TELECOMMUNICATIONS**

**Boulevard du Roi Albert II 35  
1030 BRUXELLES**

votre référence/avocat  
Me

notre référence 2017/AR/1109  
en cause de : NETHYS S.A./INSTITUT BELGE

Bruxelles  
04 juillet 2017

annexe  
1

Madame, Monsieur,  
Maître,

J'ai l'honneur de vous notifier ci-joint la requête, déposée au greffe de la Cour de ce siège.

Recevez, Madame, Monsieur, Maître, l'assurance de ma considération distinguée.

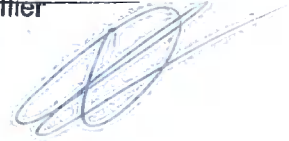


I. DE DECKER  
Greffier

03-07-2017

REQUETE D'APPEL

Le greffier



**A Monsieur le Premier Président  
et Mesdames et Messieurs les Présidents et Conseillers  
formant la Cour d'Appel de Bruxelles, Chambre des marchés, section Cour des  
marchés,**

1A

**A L'HONNEUR D'EXPOSER :**

La société anonyme NETHYS, dont le siège social est situé 95, rue Louvrex à 4000 Liège et portant le numéro d'entreprise 0204.245.277.

**appelante,**

**(ci-après, « la requérante », ou «Nethys »)**

Ayant pour conseil Me Johanne Ligot, avocat, rue Jules Cockx, 8-10 à 1160 Bruxelles;

Qu'elle interjette appel de la décision du conseil de l'Office belge des postes et télécommunications (ci-après l'IBPT) du 27 avril 2017 concernant l'imposition d'une amende administrative à Nethys pour le non-respect de l'article 4/1 de l'arrêté ministériel du 12 novembre 2009 fixant le niveau de détail de la facture de base en matière de communications électroniques

Que, dans cette procédure, la requérante est opposée à l'Institut Belge des Postes et Télécommunications, dont le siège est établi Ellipse Building – Bâtiment C, Boulevard du Roi Albert II, 35 à 1030 Bruxelles, et portant le numéro d'entreprise 0243.405.860

**Partie adverse,**

**Ci-après, « l'IBPT ».**

1.	FAITS ET ANTECEDENTS.....	2
2.	LA DECISION DONT APPEL .....	7
3.	GRIEFS A L'ENCONTRE DE LA DECISION ENTREPRISE .....	9
3.1.	QUANT A LA MESURE D'IMPOSITION D'UNE AMENDE.....	9
3.1.1.	ATTEINTE A L'INTERET DES UTILISATEURS .....	12
3.1.2.	PROBLEMES TECHNIQUES RENCONTRES PAR NETHYS .....	18
3.1.3.	ENGAGEMENT OFFICIEL DE NETHYS DE REMEDIER AU MANQUEMENT QUI LUI EST IMPUTE .....	19
3.1.4.	RESPECT DE L'ARTICLE 4/1 DE L'AM FACTURE DE BASE PAR LES AUTRES OPERATEURS .....	19
3.1.5.	CARACTERE JUSTIFIE ET APPROPRIE DE L'IMPOSITION D'UNE AMENDE .....	19
3.2.	QUANT AU MONTANT DE L'AMENDE INFLIGEE.....	20
3.2.1.	GRAVITE DE L'INFRACTION.....	21
3.2.2.	EVALUATION CHIFFREE DE LA GRAVITE ET DE LA DUREE DE L'INFRACTION .....	23
3.2.3.	QUANT AUX CIRCONSTANCES ATTENUANTES.....	25
3.2.4.	NECESSITE DE DONNER A L'AMENDE UN CARACTERE DISSUASIF .....	26

## 1. FAITS ET ANTECEDENTS

---

1.

L'article 4/1 de l'arrêté ministériel du 12 novembre 2009 fixant le niveau de détail de la facture de base en matière de communications électroniques tel que modifié par l'arrêté ministériel du 08 octobre 2013 (ci-après « article 4/1 de l'AM facture de base ») prévoit que :

*« Pour tout contrat portant en tout ou en partie sur l'accès à Internet, la facture de base indique pendant la période de référence le volume de données consommées en Mégaoctet (Mo) ».*

Cette disposition, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2014, a pour objectif, selon les considérants précédant l'arrêté ministériel du 08 octobre 2013, de permettre à un consommateur d'avoir connaissance de sa consommation réelle de données de manière à pouvoir ainsi opter en connaissance de cause pour le plan tarifaire le plus approprié.

2.

Lors d'un contrôle effectué dans le courant de l'année 2016, l'Institut Belge des Postes et Télécommunications (ci-après « l'IBPT ») a constaté que certaines factures émises par Nethys à l'intention de ses clients bénéficiant du service internet en position déterminée ne mentionnent pas le volume de données utilisées sur la période de référence de la facture.

En date du 04 octobre 2016, l'IBPT a interpellé Nethys sur ce point et lui a demandé des informations complémentaires. Nethys a donné suite à cette demande et a transmis à l'IBPT, en date des 25 octobre, 28 octobre et 19 novembre 2016, toutes les informations requises.

Il est apparu alors que seules les factures des abonnés de Nethys dont la consommation de données dépasse leur forfait mensuel mentionnent leur consommation réelle de données. Cette consommation est indiquée comme suit :

### Votre facture en détail

Le saviez-vous?  
 Retrouvez le détail de vos consommations et options sur votre espace myvoo.  
 Consultez le site [www.myvoo.be](http://www.myvoo.be)



Abonnement(s) et Option(s)		Période	Montant
Abonnement(s)	<b>Pack à la carte</b> Internet Un peu (75Mbps, 100Go)	01/10 - 31/10	26,95 €
	Réduction pour paiement par domiciliation	01/09 - 30/09	-1,00 €
<b>Total abonnement(s) et option(s)</b>			<b>25,95 €</b>
Internet		Unité	Période
Consommation(s)	Surconsommation	46730 MO	01/09 - 30/09
	<b>Total</b>		<b>50,00 €</b>
<b>Total consommation(s)</b>			<b>50,00 €</b>

Pour les autres clients, soit la majorité des clients, un idéogramme coloré est présent sur la facture en face de l'indication du contenu de l'abonnement et informe les clients qu'ils peuvent retrouver le détail de leurs consommations sur leur espace myvoo.

Cet idéogramme se présente comme suit :

### Vos références

Numéro du client	Numéro de facture	Date de facture	Date limite de paiement	Période d'abonnement
<b>0021793050</b>	931600336055	21/11/2016	<b>09/12/2016</b>	01/11/2016 au 30/11/2016

### Votre facture en détail

Le saviez-vous?  
 Retrouvez le détail de vos consommations et options sur votre espace myvoo.  
 Consultez le site [www.myvoo.be](http://www.myvoo.be)



Abonnement(s) et Option(s)		Période	Montant
Abonnement(s)	<b>TRIO tatoo</b>	01/11 - 30/11	66,94 €
	TV numérique interactive via la box évasion		
	Option: Bouquet Panorama (gratuit)	01/11 - 30/11	0,00 €
	NET tatoo (200Mbps, illimité)		
	TEL Blabla 24h/24		
Option: Fixe à Mobile (gratuite)	01/11 - 30/11	0,00 €	
Option: Option internationale (gratuite)	01/11 - 30/11	0,00 €	
<b>Total abonnement(s) et option(s)</b>			<b>66,95 €</b>



Cette facture ne tient pas compte des frais d'abonnement à la télédistribution qui feront l'objet d'une facture distincte.

Sur son espace myvoo, dès que le client se connecte, apparaît une page sur laquelle figure, en son plein milieu, un graphique indiquant la consommation de données exprimées en gigaoctets.

Particulier Business Contactez-nous Nos points de ventes

**VOO** Nos produits VOOassistance myVOO se connecter

Accueil Facturation Consommation Options Numéro client : 002179300

Bonjour, comment pouvons-nous vous aider aujourd'hui ?

Facturation

Le montant suivant reste à payer:

18€

[voir toutes les factures](#)

Consommation internet

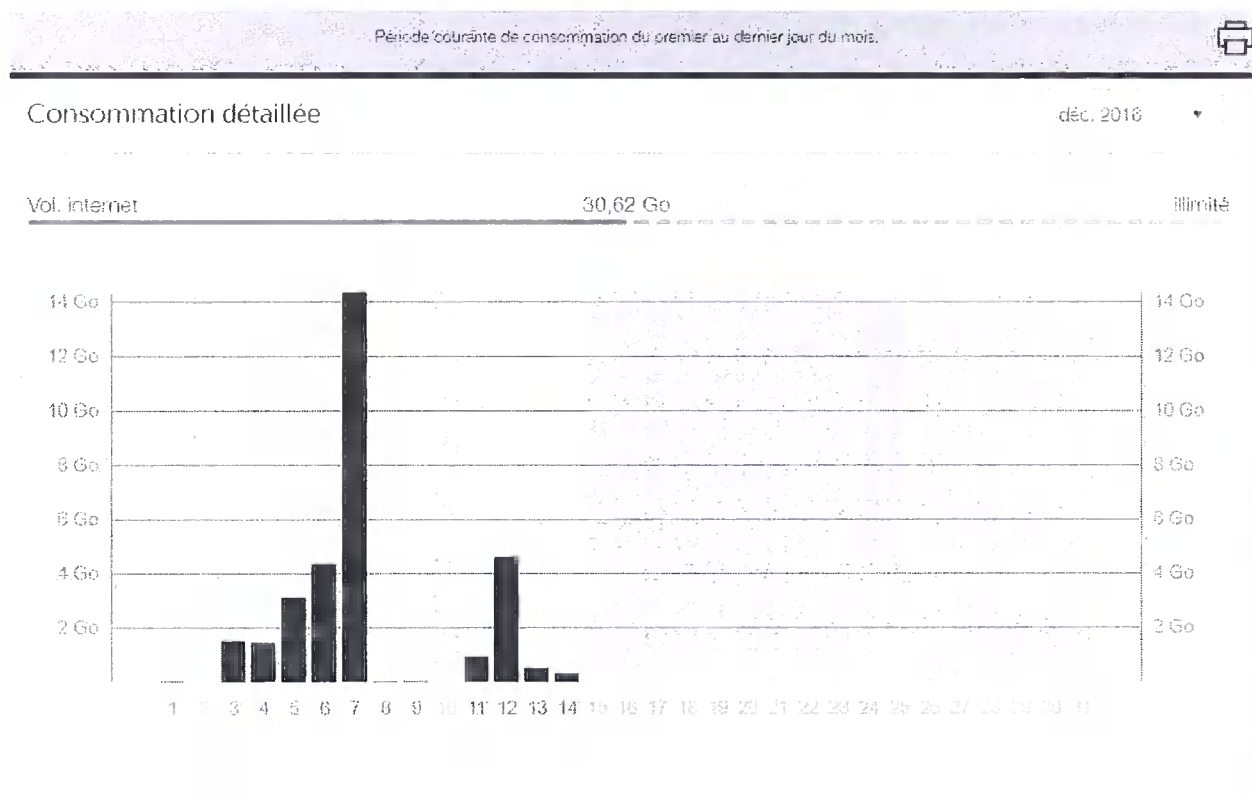
Vol. Internet 30,62 Go Illimité

Tout va bien !

[voir le détail](#)

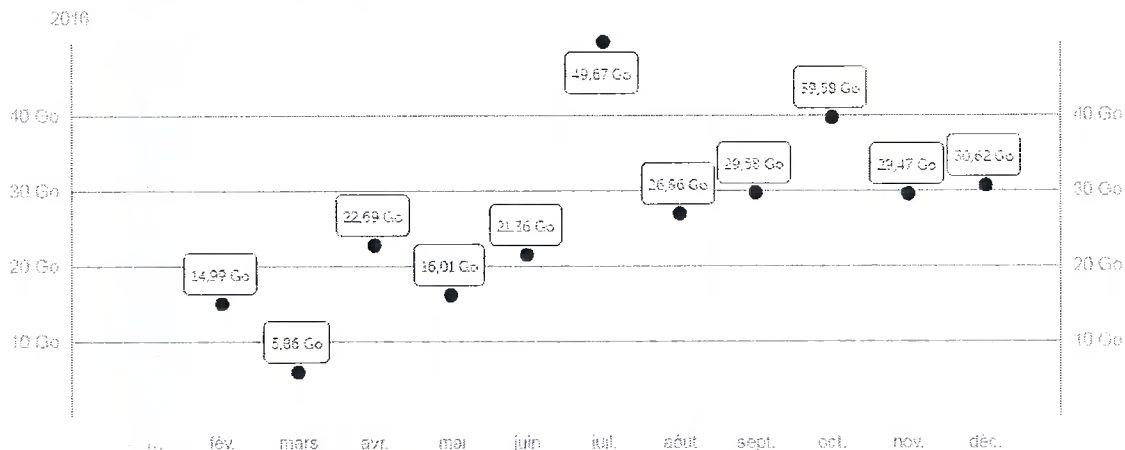
Période courante de consommation du 1/12/2016 au 31/12/2016

Si le client se rend sur cette case et clique pour voir le détail, il a alors accès au détail de sa consommation, jour par jour durant les douze derniers mois.



Il peut par ailleurs aussi, sur la même page, voir l'historique de sa consommation sur les douze derniers mois, présenté sous forme de graphique.

### Historique de consommation



Les clients sont donc parfaitement informés non seulement de leur consommation mais également de l'évolution de celle-ci au fur et à mesure des jours.

3.

Le 09 décembre 2016, l'IBPT a communiqué à Nethys ses griefs ainsi que les mesures envisagées conformément à l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

4.

L'IBPT fait grief à Nethys de violer l'article 4/1 de l'AM facture de base pour ce qui concerne les services internet fournis en position déterminée.

Dans sa communication des griefs, elle précise qu'il y a lieu de distinguer le cas du client qui est demeuré dans les limites du volume de données mensuel prévu par son contrat de celui qui a dépassé ces limites.

Dans le premier cas, l'IBPT constate tout simplement que l'information requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base est absente.

Pour le second cas, l'IBPT constate que, ainsi que requis par l'article 4/1 de l'AM facture de base, le dépassement est indiqué sur la facture et ce, en mégaoctets.

L'IBPT remarque par ailleurs que l'indication du volume compris dans l'abonnement du client est, quant à elle, exprimée en gigaoctets et s'interroge sur la conformité de cette pratique avec l'AM facture de base.

Tenant compte des usages du marché belge où le volume internet est pratiquement toujours exprimé en gigaoctet, du fait que « 1 gigaoctet est égal à 1.24 mégaoctets, ce que le consommateur moyen n'est pas censé savoir de façon spontanée » (page 9, 5<sup>ème</sup> note de bas de page de la décision querellée) et de l'objectif poursuivi par l'article 4/1 de l'AM facture de base, à savoir permettre au consommateur de connaître sa consommation réelle de données afin de

pouvoir opter en connaissance de cause pour le plan tarifaire le plus approprié, l'IBPT estime que « *si la consommation réelle de données n'était pas présentée dans une unité reconnaissable par le consommateur moyen, la mention sur la facture de base manquerait l'objectif poursuivi par l'arrêté ministériel* » (page 10 alinéa 2 de la décision querellée).

Ce faisant, elle en déduit la conformité de la pratique de Nethys à l'AM facture de base.

Sur base de cette analyse, elle conclut que le manquement à l'article 4/1 de l'AM facture de base est établi uniquement :

- (i) pour chaque contrat ayant entièrement ou partiellement pour objet l'accès à l'internet fourni en position déterminée
- (ii) pour autant que le volume mensuel compris dans le contrat ne soit pas dépassé.

5.

L'IBPT considère qu'étant donné le grief retenu et l'impact de celui-ci sur les intérêts des utilisateurs, une amende se justifie. L'IBPT examine ensuite sa décision quant à l'imposition d'une amende à Nethys.

Examinant ensuite les arguments que Nethys a fait valoir dans son courrier du 25 octobre 2016 et principalement les problèmes techniques rencontrés, l'IBPT fait valoir les éléments suivants :

- les intérêts des consommateurs auraient été lésés en ce que leur accès à l'information relative au volume de données qu'ils ont utilisées au cours du mois précédent a été rendu plus difficile car cette information – qualifiée d'essentielle- ne peut être trouvée sur la facture de base mais nécessite, pour être obtenue par l'utilisateur, que celui-ci recopie l'url de myvoo dans son navigateur ;
- le nombre d'abonnés et de factures concernés est important ;
- les problèmes techniques rencontrés par Nethys ne sont pas de nature à écarter l'imposition d'une amende car entre-autres ces problèmes perdureraient depuis 2008,
- Nethys n'avance aucun engagement de résoudre ces problèmes,
- d'après les contrôles qu'elle a effectués, les autres opérateurs indiqueraient les informations requises sur leurs factures ;

et en conclut que « *compte tenu des circonstances, l'imposition d'une sanction effective [et donc d'une amende] est jugée appropriée* ».

6.

Concernant le montant de l'amende à administrer, l'IBPT va déterminer le montant de chiffre d'affaires à prendre en compte puis apprécier la gravité de l'infraction et sa durée.

Concernant la gravité de l'infraction, répétant une partie de sa motivation relative à la nécessité d'imposer une amende, l'IBPT considère que la présence des informations requises sur l'espace myvoo des abonnés n'a aucune incidence sur l'existence ou non d'une infraction à l'article 4/1 de l'AM facture de base, ni sur l'application de cette disposition.

Elle observe néanmoins que, grâce à ces informations, les abonnés ne sont pas « *dépourvus de toute information relative à leur consommation réelle de données* ».

Sur base de ces éléments, l'IBPT estime que l'infraction commise par Nethys est d'un niveau de gravité moyen.

7.

Dans un deuxième temps, l'IBPT examine l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes.

Elle ne retient aucune circonstance aggravante.

A titre de circonstances atténuantes, l'IBPT précise que Nethys n'a jamais été interpellée pour non-respect de l'article 4/1 de l'AM facture de base et qu'elle a collaboré promptement avec l'IBPT dans le cadre de l'instruction du dossier.

8.

L'IBPT fait ensuite valoir la nécessité de donner un caractère dissuasif à l'amende et, de ce fait, fixe le montant de celle-ci à 240.000 €.

9.

Dans la dernière partie de son document, l'IBPT motive l'ordre qu'elle donne de mettre fin à l'infraction. Consciente de ce que, pour des raisons techniques, il ne peut être imposé à Nethys de mettre fin à l'infraction avec effet immédiat, elle estime qu'il est approprié d'ordonner à Nethys de régulariser sa situation pour le 1<sup>er</sup> juillet 2017, date pour laquelle d'autres importantes modifications nécessitant des adaptations IT doivent aussi être effectuées.

10.

Le 23 décembre 2016, Nethys a fait valoir ses observations sur la lettre de griefs et le 27 avril 2017, après avoir entendu le conseil de Nethys, l'IBPT a rendu la décision dont appel, décision notifiée à Nethys par courrier du 28 avril 2017, délivré le 02 mai 2017.

## **2. LA DECISION DONT APPEL**

---

11.

La décision dont appel considère que Nethys n'a pas respecté l'article 4/1 de l'AM facture de base et elle condamne Nethys à mettre fin à ce manquement au plus tard pour le 1<sup>er</sup> juillet 2017, date à laquelle une « release It » est prévue chez Nethys.

12.

En sus, considérant que l'intérêt des utilisateurs aurait été lésé en ce que leur accès à l'information relative au volume de données qu'ils ont utilisées au cours du mois précédent a été rendu plus difficile par le fait que les utilisateurs n'étaient pas en mesure de lire cette information, qualifiée d'essentielle, sur la facture de base mais devaient pour ce faire recopier l'url de myvoo dans leur navigateur et faisant valoir la compétence discrétionnaire dont elle dispose pour infliger une amende, l'IBPT pour infliger une amende, elle estime qu'il y a lieu d'infliger une amende à Nethys.

13.

Concernant ensuite le montant de l'amende à infliger, l'IBPT fait à nouveau valoir la compétence discrétionnaire dont elle dispose pour apprécier le caractère « approprié et proportionné » de l'amende à infliger.

Elle détermine ensuite le montant de base à prendre en considération sur base du nombre d'abonnés impactés, de la durée de l'infraction, de sa gravité ainsi que d'une « évaluation chiffrée de la gravité et de la durée de l'infraction ».

La durée de l'infraction est de 39 mois soit depuis l'entrée en vigueur de l'article 4/1 de l'arrêté ministériel facture de base jusqu'à la date à laquelle l'IBPT se prononce.

Concernant la gravité de l'infraction, L'IBPT précise que celle-ci est établie en fonction de la nature de l'infraction et de l'impact qu'elle a eu sur l'objectif poursuivi par le législateur. Elle affirme alors que l'article 4/1 de l'arrêté ministériel susdit formule une obligation claire et en déduit que Nethys, en n'indiquant pas sur sa facture l'utilisation du volume mensuel de données, commet une infraction évidente à la réglementation en vigueur.

Elle précise ensuite que la décision du Conseil de l'IBPT du 16 août 2016 relative aux informations que les opérateurs fournissent aux consommateurs concernant leur profil de consommation et invoquée par Nethys n'est pas de nature à remettre en cause l'existence de l'infraction. L'IBPT ajoute qu'elle ne peut décider que les mesures d'information des utilisateurs prises par Nethys, et qui visent à rencontrer l'objectif de transparence du législateur, remplaceraient l'exécution de l'obligation prévue par l'article 4/1 de l'arrêté ministériel facture de base.

L'IBPT en déduit que la réglementation du 16 août 2016 relative au profil de consommation n'a aucune influence et ne modifie en rien la manière dont il convient d'appliquer l'arrêté ministériel facture de base. Elle ajoute qu'en outre, la décision du conseil de l'IBPT de 2016 ne peut pas non plus expliquer pourquoi Nethys ne s'est pas conformée, à partir du 1<sup>er</sup> février 2014, au prescrit de l'article 4/1 de l'arrêté ministériel facture de base.

Répétant que « l'intérêt des utilisateurs aurait été lésés en ce que leur accès à l'information relative au volume de données qu'ils ont utilisé au cours du mois précédent a été rendu plus difficile par le fait que les utilisateurs n'étaient pas en mesure de lire cette information, qualifiée d'essentielle, sur la facture de base mais devaient pour ce faire recopier l'url de myvoo dans leur navigateur » elle conclut que Nethys a lésé de manière injustifiée les intérêts des utilisateurs finaux et que cela ne concerne pas qu'un petit nombre d'utilisateurs.

L'IBPT précise néanmoins que les utilisateurs n'étaient pas dépourvus de toute information du fait des informations reprises sur leur page personnelle VOO.

Finalement, sur cette seule base, l'IBPT qualifie l'infraction commise d'infraction d'un niveau de gravité « moyen ».

14.

Au vu de ce qu'elle a précédemment exposé, l'IBPT estime raisonnable et proportionné de fixer le montant de base de l'amende dans une fourchette comprise entre 0,5% et 1% du chiffre d'affaires de niche.

Ajoutant que l'ensemble des abonnés de Nethys ayant souscrit à un service internet n'ont pas été touché par l'infraction commise, il est, selon l'IBPT, justifié d'opter pour un pourcentage du chiffre d'affaires se situant dans la partie inférieure de la fourchette fixée. Ce faisant, elle fixe ce pourcentage à 0,5% ce qui équivaut à un montant arrondi de 460.000 €. Elle multiplie ensuite ce montant par trois pour tenir compte de la durée de l'infraction ce qui porte le montant de l'amende à une somme de 1.380.000 €.

15.

Ce chiffre est ensuite soumis aux facteurs susceptibles de faire augmenter ou diminuer le montant de l'amende et qui consistent en d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes. L'IBPT retient ainsi à titre de circonstances atténuantes, le fait que Nethys n'a jamais été interpellée pour violation de cette même disposition, sa collaboration plus que complète à l'enquête, l'absence d'intention dolosive, son engagement de remédier à l'infraction et sa bonne foi. Aucune circonstance aggravante n'est retenue.

16.

Enfin, l'IBPT prend en compte la nécessité de donner un caractère dissuasif à l'amende. Ce faisant, elle précise qu'une des finalités de l'imposition d'une amende consiste à inciter le contrevenant à mettre fin à une infraction ou à l'inciter à ne pas récidiver, de même qu'à décourager d'autres personnes à adopter le même comportement.

Considérant que Nethys est un opérateur important avec un chiffre d'affaires important, elle estime que, pour être dissuasif, le montant de l'amende doit présenter une certaine ampleur. Cela étant précisé, l'IBPT annonce ensuite qu'elle opte pour une amende qualifiée de « plutôt limitée » par laquelle elle affirme souhaiter davantage donner à Nethys un signal clair pour l'avenir. Le montant de l'amende infligée est alors fixé à 96.800 €.

### **3. GRIEFS A L'ENCONTRE DE LA DECISION ENTREPRISE**

---

#### **3.1. QUANT A LA MESURE D'IMPOSITION D'UNE AMENDE**

##### **Principes juridiques applicables**

17.

L'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges transpose l'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques.

L'article 10.1 de cette même directive confère aux autorités réglementaires nationales le pouvoir de contrôler et de superviser le respect des conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation ainsi que des obligations spécifiques qui peuvent être imposées aux fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques, au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2 de la directive 2002/20/CE, des articles 6 et 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), ainsi que de l'article 17 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel»), de même qu'aux fournisseurs désignés pour fournir un service universel au titre de ladite directive.

L'article 10.3 alinéa 1 de la directive 2002/20/CE prévoit que, dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir:

*« l'autorité compétente a le pouvoir d'exiger qu'il soit mis fin au manquement visé au paragraphe 2, soit immédiatement soit dans un délai raisonnable, et prend des mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions ».*

Il est ensuite prévu que :

« À cet égard, les États membres habilite les autorités compétentes à imposer:

- a) des sanctions financières dissuasives s'il y a lieu, pouvant comporter des astreintes avec effet rétroactif (...) » (c'est la requérante qui souligne) et
- b) des injonctions de cesser ou de retarder la fourniture d'un service ou d'un ensemble de services qui, s'ils se poursuivaient, seraient de nature à entraver la concurrence de manière significative, jusqu'au respect des obligations imposées en matière d'accès à la suite d'une analyse du marché réalisée en application de l'article 16 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»).

*Les mesures, accompagnées des raisons les justifiant, sont communiquées sans retard à l'entreprise concernée et fixent à l'entreprise un délai raisonnable pour s'y conformer.*

Il ressort de cette disposition, et cela est logique, que le but à poursuivre par l'autorité régulatrice est qu'il soit mis fin aux infractions constatées. Les mesures appropriées et proportionnées qui peuvent être prises ne sont que des moyens pour arriver à cette fin et c'est à ce seul dessin que l'autorité compétente est autorisée à prendre de telles mesures. (« prend des mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions »).

Concernant les sanctions financières qui peuvent être imposées, l'ajout express dans la directive des termes « *s'il y a lieu* » a pour conséquence que ces sanctions financières ne doivent pas être automatiques mais prononcées uniquement lorsque la situation le requiert.

Cela est d'ailleurs expressément confirmé dans la synthèse de la directive disponible sur le site du parlement européen et qui prévoit ce qui suit :

« *Respect des conditions*

*Les ARN sont chargées d'opérer le suivi et de superviser le respect des conditions relatives à l'autorisation générale ou aux droits d'utilisation ou d'autres obligations spécifiques. Si une entreprise ne respecte pas une ou plusieurs des conditions et ne remédie pas aux manquements dans le délai imparti, les autorités compétentes peuvent être habilitées à ordonner l'arrêt des manquements ou à imposer des sanctions financières. En cas de manquements graves et répétés, elles peuvent empêcher une entreprise de continuer à fournir des réseaux ou des services, suspendre ou lui retirer les droits d'utilisation. » (c'est la requérante qui souligne)*

Partant, il ressort des éléments ci-dessus que l'imposition d'une amende est une mesure complémentaire, subsidiaire, et qui doit être justifiée afin de garantir qu'il soit mis fin à l'infraction.

18.

Conformément à la directive, rien dans les termes de la loi, ni dans ses travaux préparatoires ne donne d'ailleurs à penser que l'application d'une amende serait une nécessité et devrait être automatique.

Au contraire, les travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques et amendant la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges sont rédigés comme suit :

«Le paragraphe 5 du nouvel article 21 part, conformément à l'article 10.3 nouveau de la directive « autorisation », du principe selon lequel, lorsque le régulateur constate une infraction, il ordonne au moins d'y mettre fin. Pour déterminer le « délai raisonnable » pour mettre fin à l'infraction, il convient de se baser sur (la nature de) l'infraction à laquelle le régulateur doit mettre fin et non sur la complexité pour le contrevenant de mettre fin à l'infraction.

Le paragraphe 5 permet ensuite à l'IBPT d'y coupler des mesures complémentaires, selon ce qui semble approprié, comme le paiement d'une amende administrative » (DOC 53 2143/001, p.17 ; c'est la requérante qui souligne)

19.

Toutefois, ledit paragraphe 5 de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges énonce que :

« Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il peut adopter, en une ou plusieurs décisions, une ou plusieurs des mesures suivantes :

1° l'ordre de remédier à l'infraction, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit, pour autant que cette infraction n'ait pas cessé;

1°/1. des prescriptions relatives à la manière dont il faut remédier à l'infraction;

2° le paiement dans le délai imparti par le Conseil d'une amende administrative au profit du Trésor public d'un montant (..) de 5 % au maximum du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques (...) »

En rédigeant de la sorte, l'état belge a outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la directive 2002/20.

En effet, d'après la directive, l'autorité compétente, en l'espèce l'IBPT, a le « pouvoir d'exiger qu'il soit mis fin au manquement visé au paragraphe 2, soit immédiatement soit dans un délai raisonnable » et de prendre « des mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions ». Les états membres sont ainsi autorisés à « habiliter les autorités compétentes à imposer:

a) des sanctions financières dissuasives s'il y a lieu, pouvant comporter des astreintes avec effet rétroactif (...) » (c'est la requérante qui souligne)

Si la directive a laissé aux états membres une marge d'appréciation quant au choix des mesures nationales, c'est à la condition qu'elles soient « appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions ».

Il ne peut donc pas s'agir de mesures réparatrices ou punitives.

L'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 ne respecte donc pas cette condition puisque d'une part, il autorise l'IBPT à prononcer une condamnation au paiement d'une amende, dans tous les cas, et non seulement pour garantir « s'il y a lieu » qu'il soit mis fin à un manquement et que, d'autre part, il permet à l'IBPT d'adopter uniquement une mesure d'amende sans qu'elle ne doive nécessairement prononcer un ordre de remédier à l'infraction.

Une directive européenne primant sur une législation nationale, et le juge national devant écarter l'application de la législation nationale lorsqu'elle est contraire à une directive, l'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 ne peut être appliqué.

La décision querellée ayant fait application de cette disposition cette décision manque en droit et doit être réformée.

20.

Si nonobstant ce qui précède, la Cour avait encore des doutes sur la compatibilité de l'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 avec la Directive 2002/20/CE, Nethys demande qu'elle pose les questions préjudicielles suivantes à la Cour de Justice de l'Union européenne:

*« a. L'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition qui permet d'imposer à un contrevenant une sanction financière sans qu'il soit exigé de ce contrevenant de mettre fin au manquement visé au paragraphe 2?*

*b. L'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition qui permet d'imposer une sanction financière sans que celle-ci ait pour objet de garantir le respect d'un ordre de remédier à un manquement au sens de l'article 10.2 et qui pourrait donc aboutir à ce qu'une sanction financière soit infligée alors que le contrevenant n'a pas manqué de se conformer à l'ordre qu'il a reçu de remédier au dit manquement ?»*

21.

A titre infiniment subsidiaire, si la Cour considère que l'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 est conforme à la directive, cette disposition doit être interprétée conformément à celle-ci et à la lumière de ses travaux préparatoires.

Or, il ressort des éléments ci-dessus que l'imposition d'une amende est une mesure complémentaire, subsidiaire, et qui doit être justifiée afin de garantir qu'il soit mis fin à l'infraction.

### ***Application au cas d'espèce***

Afin de justifier l'imposition d'une amende à Nethys, l'IBPT invoque différents motifs dont il va être démontré ci-dessous qu'ils manquent non seulement en fait mais également en droit.

#### **3.1.1. ATTEINTE À L'INTÉRÊT DES UTILISATEURS**

22.

Pour justifier l'imposition d'une amende, l'IBPT fait principalement valoir le fait que l'intérêt des utilisateurs finaux serait lésé en ce que leur accès à l'information relative au volume de données qu'ils ont utilisées au cours du mois précédent a été rendu plus difficile car cette information – qualifiée par l'IBPT d'essentielle - ne peut être trouvée sur la facture de base mais nécessite, pour être obtenue, par l'utilisateur qu'il recopie l'url de myvoo dans son navigateur.

Cette motivation manque en fait et en droit.

En droit car, ainsi qu'il a été vu, le fait qu'il soit porté atteinte à l'intérêt des utilisateurs ne justifie pas en soi qu'une amende soit prononcée. Ce n'est pas une motivation suffisante au regard de la directive.

Au contraire, si la prononciation d'un ordre de cessation a pour conséquence qu'il soit mis fin à l'atteinte qui serait portée à l'intérêt des utilisateurs, l'imposition d'une amende telle que celle infligée par l'IBPT est sans aucun impact à cet égard. Nethys pourrait ainsi poursuivre l'infraction et il faudrait, dans une 2<sup>ème</sup> décision, la sanctionner à nouveau.

Une amende qui ne serait due que s'il n'est pas mis fin à l'infraction dans le délai prescrit serait une amende contribuant à ce qu'il soit mis fin à l'infraction et donc conforme à la directive mais tel n'est pas le cas de l'amende prononcée en l'espèce.

A cet égard, il est piquant de remarquer que, dans la lettre de griefs communiquée à Nethys dans le cadre de la présente procédure, l'IBPT, avant même d'imposer un ordre de cessation à Nethys, proposait d'emblée de lui infliger d'une amende et, constatait même par la suite que : « *Par l'imposition d'une amende à Nethys, il n'est pas encore remédié à l'infraction* » (point 6.3 alinéa 4 de la lettre de griefs).

L'IBPT reconnaissait de ce fait que, ainsi que l'affirme la requérante, l'imposition d'une amende ne met pas fin à l'infraction.

23.

En sus de manquer en droit, la motivation de l'IBPT manque également en fait, pour les raisons suivantes :

- Caractère compréhensible de l'information requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base du point de vue de l'utilisateur

24.

Ainsi que le souligne, à juste titre, l'IBPT dans sa décision (page 9), le mégaoctet n'est pratiquement jamais utilisé en Belgique par les opérateurs, ni dans leurs communications publicitaires, ni dans leurs contrats.

Ceux-ci privilégient l'utilisation du gigaoctet de sorte que, pour le consommateur belge moyen, le gigaoctet est la mesure de référence en matière de consommation internet. L'IBPT précise d'ailleurs à cet égard que « *1 gigaoctet est égal à 1.024 mégaoctets, ce que le consommateur moyen n'est pas censé savoir de façon spontanée* ». (Page 9 de la décision, note de bas de page n°5. C'est Nethys qui souligne).

L'on peut donc raisonnablement en déduire que le consommateur qui prendra connaissance de l'information fournie sur sa facture, conformément au prescrit de l'article 4/1 de l'AM facture de base, ne comprendra pas spontanément l'information reçue. Pour comprendre celle-ci, il devra se renseigner sur la valeur d'un mégaoctet et procéder à la conversion de sa consommation en gigaoctets.

Le fait de devoir procéder à ces recherches et à ce calcul de conversion est indéniablement une démarche plus longue et plus difficile pour l'utilisateur que de recopier l'url de myvoo dans son navigateur. Cette page peut d'ailleurs être ajoutée à ses favoris ce qui le dispense de taper l'url dans google ou dans son navigateur.

Il peut d'ailleurs être remarqué que certains opérateurs, afin de remplir effectivement le but d'information du consommateur, ont spontanément fait le choix d'indiquer directement sur la facture la consommation en gigaoctets et non pas en mégaoctets.

L'IBPT précise d'ailleurs que « *si la consommation réelle de données n'était pas présentée dans une unité reconnaissable par le consommateur moyen, la mention sur la facture de base manquerait l'objectif poursuivi par l'arrêté ministériel* ». (page 10 alinéa 2 de la décision querellée).

Partant, en privant le consommateur d'une information qui serait de toute façon incompréhensible pour lui si elle était présente sur sa facture, VOO ne nuit pas aux intérêts des consommateurs.

- Caractère « essentiel » de l'information requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base

25.

Quand bien même l'information requise sur la facture de base serait formulée dans une unité compréhensible pour le consommateur – *quod non-*, on peut fortement douter du caractère essentiel de cette information.

En effet, le consommateur ne peut prendre une décision d'opter pour le plan tarifaire le plus approprié pour lui, en connaissance de cause, (ce qui est l'objectif du législateur, ainsi que le souligne l'IBPT en page 10 alinéa 1 de la décision querellée), sur base de sa seule consommation internet du dernier mois.

Au contraire, si le consommateur devait prendre une telle décision, sur base d'un seul mois de consommation (qui pourrait être particulièrement basse ou particulièrement haute ce mois-là), il risquerait de prendre une mauvaise décision. Par conséquent, si l'information requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base, dans la mesure où elle serait exprimée dans une unité compréhensible pour le consommateur –*quod non-*, peut être utile si elle est comparée de mois en mois, prise isolément, elle ne lui permet pas de prendre une décision en connaissance de cause.

Dans sa récente décision du 16 août 2016 relative aux informations que les opérateurs doivent fournir aux consommateurs concernant leur profil de consommation, le conseil de l'IBPT choisit d'ailleurs, à juste titre, d'imposer une période de référence continue de trois mois.

L'information à fournir aux termes de l'article 4/1 de l'arrêté ministériel facture de base ne constitue donc pas une information essentielle pour les utilisateurs.

26.

A cet égard, les informations fournies par Nethys à ses abonnés sur leur espace personnel – informations que l'IBPT salue et qualifie de complément très intéressant (page 13 de la lettre de communication de griefs, note de bas de page 13)- sont bien plus pertinentes et utiles au consommateur. En effet, grâce à celles-ci, le consommateur pourra réellement et aisément connaître sa consommation moyenne au cours des derniers mois et, de ce fait, si la consommation est un critère pertinent à ses yeux, choisir, en connaissance de cause, le plan tarifaire le plus approprié pour lui.

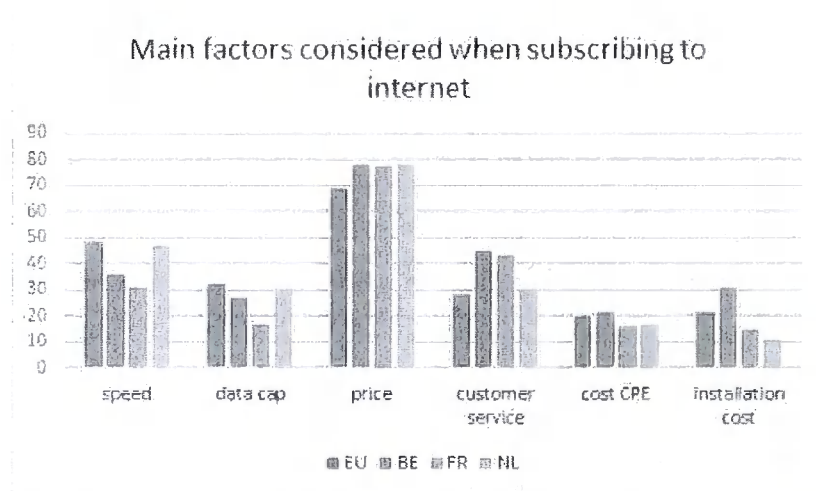
La fourniture de l'information sur la consommation réelle mentionnée sur les factures mensuelles telle que requise par l'article 4/1 de l'AM permettrait aussi, dans l'absolu, à l'utilisateur de connaître la consommation moyenne. Toutefois, l'obtention de cette information impliquerait de la part du consommateur d'entreprendre des démarches bien plus compliquées (rassemblement des factures, conversion des megaoctets en gigaoctets,

comparaison des consommations consécutives et calcul de sa consommation moyenne) que la simple consultation de son espace personnel tel qu'offert par VOO.

Le grief qui était fait à Nethys de porter atteinte aux intérêts des utilisateurs en rendant plus difficile l'accès de ceux-ci à l'information relative au volume de données qu'ils ont utilisées au cours du mois précédent n'est donc pas fondé.

27.

Surabondamment, il apparaît en outre d'une enquête indépendante que seuls 27 % des consommateurs belges considèrent le volume comme une donnée déterminante pour le choix de leur service internet.

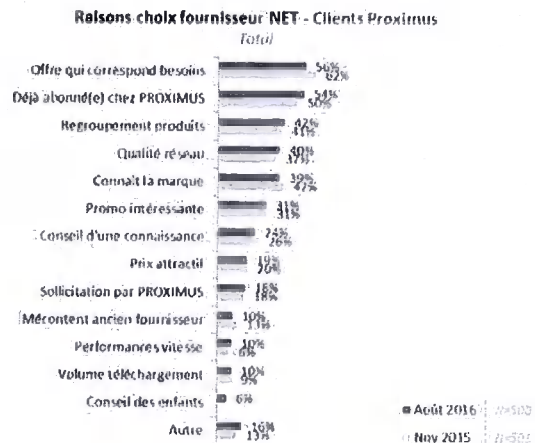
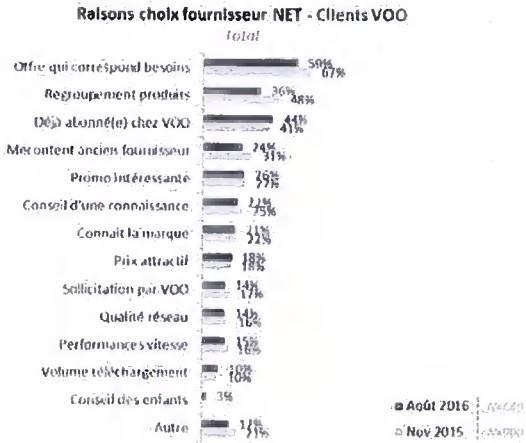


Source: Eurobarometer 438, question QA3T - When subscribing to an Internet connection what are the main factors you consider?

En effet, les critères principaux cités par les consommateurs belges pour le choix d'un abonnement internet sont les prix (78%), la vitesse (36%), le service après-vente (45%) et les frais d'installation (31%).

Une enquête globale consacrée à l'internet et réalisée par Nethys l'été 2016, soit *in tempore non suspecto*, faisait apparaître des résultats similaires. (annexe1)

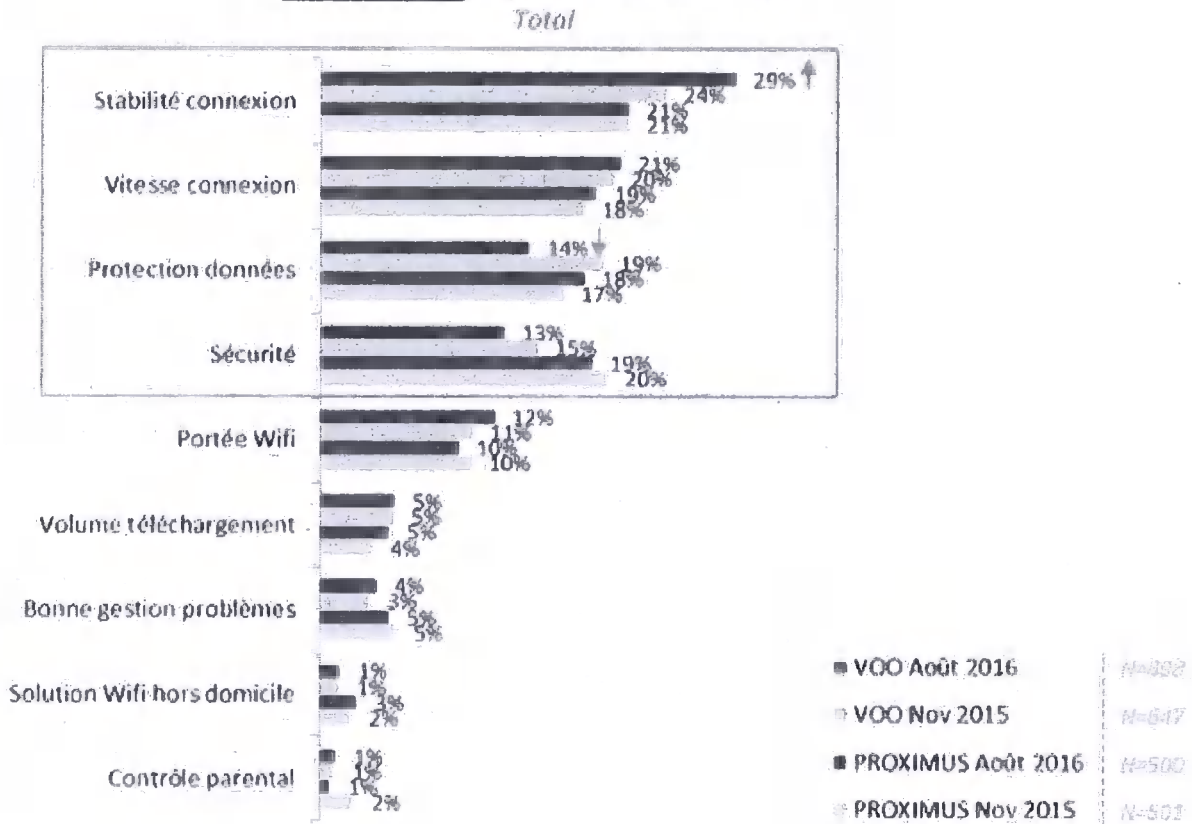
La question de la raison déterminant le choix d'un fournisseur avait été posée à des clients de VOO et de Proximus. Chez les clients de ces 2 opérateurs, le volume de téléchargement entre en compte pour 10% de ceux-ci seulement et ce, de manière stable, entre 2015 et 2016.



Une autre question posée concernait la qualité la plus importante de la connexion internet.

Le critère du volume de téléchargement est seulement arrivé en 6<sup>ème</sup> position.

**Critère le plus important utilisation NET**



Ces enquêtes révèlent que le critère du volume de données disponibles dans un abonnement n'a que peu d'importance pour les consommateurs dans le choix de leur abonnement.

Il apparaît donc que la fourniture aux utilisateurs de l'information relative à leur consommation réelle de données telle que requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base, n'a que peu, voire pas, d'influence sur le choix de leur abonnement.

C'est donc à tort que l'IBPT qualifie d'essentielle l'information relative au volume de données utilisées par un consommateur au cours du mois précédent sa facture.

- Accessibilité de l'information fournie

28.

Enfin, il faut remarquer que, lorsque l'information requise par l'article 4/1 de l'AM facture de base est fournie par les opérateurs, elle est fournie, parmi d'autres informations, en page 2 ou 3 de la facture soit après l'indication des montants à payer et des instructions de paiement de sorte que le consommateur n'y fera certainement pas attention, voire ne la verra même pas.

Ainsi à titre d'exemple :

- extrait d'une facture de Scarlet

*(5) Il s'agit du nom de l'intervention que notre technicien effectue à domicile en vue d'installer la Scarlet Box. le(s) décodeur(s) Proximus TV et tout équipement périphérique éventuel.*

*(6) Les frais de télécommunications sont les frais que Scarlet peut facturer en tant que facilitateur de services premium et de paiements mobiles.*

**Information additionnelle:**

---

- Le volume de téléchargement de votre abonnement internet fixe (mahihis1) du mois passé s'élève à 350811 MB.

**Vos données client**

---

- extrait d'une facture de Proximus :

Proximus TV - 027336735				€ 0,00
Nationales	Consommation internet fixe (MB)	1 novembre	71.364.000	0,00
<b>Montant total à payer TVA comprise</b>				<b>€ 46,95</b>

Pour les abonnés Nethys qui se rendent sur leur espace myvoo, l'information apparaît automatiquement sur la page d'accueil, de manière parfaitement claire et compréhensible, sans même qu'ils n'aient un seul clic à faire. L'indication sur la facture de l'endroit où ils peuvent trouver cette information est par ailleurs, grâce à l'idéogramme utilisé, particulièrement visible (cfr page 3 point 2).

Par conséquent, pour ces diverses raisons, l'on peut raisonnablement conclure que, dans les circonstances de l'espèce, même si Nethys ne respecte pas *stricto sensu* le prescrit de l'article 4/1 de l'AM facture de base, elle ne lèse aucunement les intérêts des consommateurs. En outre, grâce aux informations fournies aux clients sur leur espace personnel, elle rencontre l'objectif poursuivi par les rédacteurs de l'arrêté ministériel du 08 octobre 2013, qui a inséré l'article 4/1 de l'AM facture de base, à savoir fournir au consommateur sa consommation de données réelles de sorte qu'il puisse en connaissance de cause opter pour le plan tarifaire le plus approprié pour lui.

29.

Pour ces différentes raisons, on peut conclure que contrairement à ce qu'affirme l'IBPT dans sa décision, l'infraction reprochée à Nethys n'a pas d'impact sur les utilisateurs et les intérêts de ceux-ci ne sont aucunement lésés.

30.

Nethys estime par ailleurs que les efforts qu'elle a spontanément fournis pour compenser l'absence d'informations sur ces factures en communiquant sur l'espace personnel du client davantage d'informations que ce qui est prévu dans la loi et qu'elle se soit spontanément engagé à remédier au manquement, constituent une circonstance justifiant qu'une amende ne lui soit pas imposée.

### 3.1.2. PROBLÈMES TECHNIQUES RENCONTRÉS PAR NETHYS

31.

L'IBPT estime que les problèmes techniques rencontrés par Nethys ne sont pas des circonstances de nature à écarter l'imposition d'une amende.

Tout d'abord, à nouveau, cette considération ne constitue aucunement une motivation qui justifierait qu'il y ait lieu d'imposer une amende.

Au contraire, cette circonstance, indépendante de la volonté de Nethys et qui démontre sa bonne foi, bonne foi que l'IBPT reconnaît, justifie qu'une amende ne lui soit, à ce stade, pas imposée.

Ainsi qu'en prend acte l'IBPT dans sa décision, Nethys rencontre depuis 2008 des difficultés de facturation. Celles-ci sont dues à un problème de synchronisation entre les systèmes de facturation et les systèmes comptabilisant la consommation internet utilisés par Nethys et avaient entraîné de gros retards dans les facturations. De nombreux abonnés s'étaient alors vus facturer plusieurs mois sur une seule facture ce qui avait généré de nombreuses difficultés de paiement. Ne pouvant résoudre ce problème de synchronisation à court terme et étant confronté à des taux de non facturation ingérables, Nethys a été contrainte en 2012 de limiter la communication entre le système de facturation et celui qui comptabilise la consommation internet des abonnés (le système de rating) de sorte que l'information n'était communiquée qu'aux abonnés ne disposant pas d'un abonnement avec une consommation illimitée et dont le forfait était dépassé. Comme espéré par Nethys, cela eut pour conséquence de permettre de rétablir la fréquence mensuelle de facturation.

En parallèle, Nethys a, dès 2013, entrepris le renforcement de ses systèmes IT pour finalement être en mesure de fournir l'information requise.

Consciente néanmoins de ce que, de ce fait, les abonnés ne disposaient pas de l'information relative à leur consommation réelle de données et sans avoir reçu aucune interpellation de l'IBPT à ce sujet, Nethys a spontanément développé sur sa plateforme le système décrit ci-dessus qui offre à ses abonnés une information plus complète et plus compréhensible que celle strictement imposée par la loi.

D'ailleurs, pour ce qui concerne ses services de téléphonie mobile lancés plus récemment et bénéficiant d'un système IT de facturation plus modernisé, Nethys respecte le prescrit de l'article 4/1 de l'AM facture de base comme l'IBPT l'a constaté.

### **3.1.3. ENGAGEMENT OFFICIEL DE NETHYS DE REMÉDIER AU MANQUEMENT QUI LUI EST IMPUTÉ** 32.

En toutes hypothèses, après avoir été interpellée par l'IBPT dans sa lettre de communication des griefs, Nethys a fourni dans l'urgence les derniers efforts IT requis et s'est engagée à régulariser sa situation pour le 1er juillet 2017 ce que relève l'IBPT au point 99 de la décision querellée.

Cet engagement officiel de Nethys pris avant qu'une amende ne lui ait été infligée confirme pour autant que de besoin qu'il n'était aucunement nécessaire d'imposer à Nethys une telle amende pour qu'elle remédie au manquement qui lui était imputé.

### **3.1.4. RESPECT DE L'ARTICLE 4/1 DE L'AM FACTURE DE BASE PAR LES AUTRES OPÉRATEURS** 33.

Dans sa lettre de griefs, à titre de circonstances justifiant le caractère approprié de l'imposition d'une amende, l'IBPT faisait valoir le fait que, d'après les contrôles effectués par elle, les autres opérateurs indiqueraient bel et bien sur leurs factures les informations requises par l'article 4/1 de l'AM facture de base.

Dans ses observations en réponse à la lettre de griefs, Nethys a pourtant démontré, pièces à l'appui, que ni SFR, ni Orange n'indique le volume de consommation réelle de données sur leurs factures émises dans le cadre de contrats ayant pour objet l'accès à l'internet fourni en position déterminée.

Contrairement à Nethys, ces opérateurs n'indiquent nullement à leurs abonnés sur leurs factures si des informations sur leur consommation sont disponibles et le cas échéant où elles le seraient.

Quant aux trois opérateurs (Proximus, Scarlet, Telenet) qui fournissent cette information sur leurs factures, la mesure dans laquelle cette consommation est exprimée varie. Deux d'entre-deux respectent formellement le texte de la loi et donne l'information en mégaoctets de sorte que le consommateur ne comprend pas l'information alors que le troisième, de manière plus pragmatique, a choisi de communiquer l'information en gigaoctets de sorte que le consommateur comprend l'information fournie.

L'IBPT n'a aucunement pris en compte cet élément dans sa décision.

### **3.1.5 CARACTÈRE JUSTIFIÉ ET APPROPRIÉ DE L'IMPOSITION D'UNE AMENDE** 34.

Ainsi qu'il a été exposé, non seulement la légalité de l'article 21 §5 de la loi du 17 janvier 2003 au regard de la directive directive 2002/20/CE est contestée par Nethys mais tous les éléments mis en avant par l'IBPT pour justifier l'imposition d'une amende ont été réfutés.

Par conséquent, en l'espèce, l'imposition d'une amende n'est pas un moyen justifié et approprié afin de remédier au manquement constaté.

En agissant de la sorte, l'IBPT viole non seulement le texte de la loi et celui de la directive mais également leur esprit.

### 3. 2. QUANT AU MONTANT DE L'AMENDE INFLIGEE

35.

Si par impossible, malgré les éléments développés ci-dessus, la Cour devait considérer que l'imposition d'une amende administrative est une sanction appropriée –*quod non*– alors elle devra constater que le montant de l'amende soit 96.800 € n'est pas « *approprié et proportionné* » comme requis par l'article 10 de la directive 2002/20 CE, au regard de la gravité de l'infraction.

A cet égard, il faut d'emblée observer que l'IBPT fait valoir qu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Elle fonde celui-ci « par analogie sur les lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2, sous a) du règlement CE N° 1/2003 » (point 65 de la décision de l'IBPT et note de bas de page n°16)

Le règlement CE N° 1/2003 auquel se réfère l'IBPT est le règlement du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

L'article 23 § 2 de celui-ci prévoit que :

*« La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence: a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9. Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association ».*

La requérante ne comprend pas comment l'IBPT peut en l'espèce se fonder sur les lignes directrices relatives à l'imposition d'amendes punitives en raison de violation des règles de concurrence pour déterminer le montant des amendes qu'elle inflige dans un tout autre cadre, soit le cadre de la vérification du respect des conditions de l'autorisation générale visée par la directive 2002/20 CE.

Les atteintes aux dispositions relatives à la protection de la concurrence au sein du marché de l'Union sont sans commune mesure avec l'absence d'une mention sur une facture !

Pour infliger de telles amendes, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation dont l'IBPT, qui est uniquement habilitée à prendre des « *mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions* » et ainsi « *imposer des sanctions dissuasives s'il y a lieu* » ne dispose pas. La référence aux lignes directrices de la Commission européennes pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2, sous a) du règlement CE N° 1/2003 est donc totalement non fondée.

Le seul critère que l'IBPT doit prendre en compte pour infliger une sanction financière au regard de la directive 2002/20 CE est « cette amende est-elle appropriée et proportionnée pour dissuader le titulaire de l'autorisation de poursuivre le manquement constaté » ?

En l'espèce, Nethys s'étant engagée à remédier au manquement, il n'est nul besoin de la dissuader de poursuivre celui-ci.

36.

Surabondamment, il va être démontré ci-dessous que l'appréciation faite par l'IBPT des critères qu'elle a érigés pour déterminer le montant de l'amende est erronée.

### 3.2.1. GRAVITÉ DE L'INFRACTION

37.

Concernant la gravité de l'infraction, l'IBPT estime que « *la gravité de l'infraction peut être établie en fonction de la nature de l'infraction et de l'impact qu'elle a eue sur l'objectif principalement poursuivi par le législateur dans l'article 4/1 de l'AM facture de base, à savoir : la protection des intérêts des utilisateurs* ».

Elle indique par ailleurs que l'article 4/1 de l'Arrêté ministériel formule une obligation claire et que donc l'infraction de Nethys est évidente. Tel n'est pas le point discuté pourtant ici puisque ce qui est examiné n'est pas l'existence de l'infraction mais sa gravité.

Or ce n'est pas parce qu'une infraction est évidente, qu'elle est grave. Ainsi un véhicule qui roule à 121 km heure alors que la limite est fixée à 120 commet une infraction évidente. Cette infraction ne sera pourtant pas grave.

38.

L'IBPT indique alors, à juste titre cette fois, que la décision du Conseil de l'IBPT du 16 août 2016 relative aux informations que les opérateurs fournissent aux consommateurs concernant leur profil de consommation n'est pas de nature à remettre en cause l'existence de l'infraction, ni la manière d'appliquer l'arrêté réglementaire pris par le ministre le 08 octobre 2013 et que ni Nethys, ni l'IBPT ne peut décider qu'une mise à disposition d'informations telle que celle que fait Nethys via les espaces personnels myvoo des clients remplacerait l'exécution de l'obligation prévue par l'article 4/1 de l'AM facture de base.

Nethys n'avait jamais formulé pareille allégation. A nouveau l'IBPT confond l'appréciation de l'existence de l'infraction – qui n'est pas contestée- et sa gravité qui, elle, est contestée.

Ce que Nethys soutient, c'est que la décision du Conseil de l'IBPT du 16 août 2016 relative aux informations que les opérateurs fournissent aux consommateurs concernant leur profil de consommation est tout à fait pertinente et peut parfaitement être utilisée pour apprécier non pas l'existence de l'infraction mais sa gravité.

Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a dit pour droit que :

« *L'IBPT dispose d'une marge d'appréciation dans le cadre de la constatation de la gravité d'une infraction, pour autant que la décision sur ce point soit suffisamment motivée et justifiée à la lumière des éléments juridiques et factuels invoqués* » (traduction libre, Bruxelles, 2012/AR/273, Telenet c. IBPT, 17 avril 2013, p. 25).

En l'espèce, au regard des éléments qui vont suivre, l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation en jugeant l'infraction comme étant de gravité moyenne et en imposant à Nethys une amende d'une telle ampleur :

- Atteinte aux intérêts des utilisateurs

39.

Afin de justifier de la gravité de l'infraction, l'IBPT se contente de répéter la motivation exposée par elle pour justifier de l'imposition d'une amende sans aucunement prendre en compte les éléments développés par Nethys dans ses observations.

Nethys se réfère ici à l'argumentation développée par elle ci-dessus au point 3.1.1. de laquelle il ressort que l'intérêt des consommateurs n'est pas lésé par l'infraction commise par Nethys.

40.

Dans sa motivation relative à la gravité de l'infraction, l'IBPT prend en compte les informations fournies par Nethys à ses abonnés sur myvoo, leur espace personnel. Toutefois elle en conclut uniquement que « *les abonnés de Nethys ne sont pas dépourvus de toute information* ».

Ce faisant, l'IBPT commet une erreur d'appréciation.

En effet, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, les informations fournies par Nethys sont non seulement particulièrement complètes et adéquates mais en outre elles sont très facilement accessibles et leur présentation est extrêmement claire.

Partant, il peut être considéré que les abonnés de Nethys sont mieux informés que si celle-ci s'était contentée de respecter simplement le prescrit de l'article 4/1 de l'arrêté ministériel facture de base.

Par conséquent, l'infraction commise par Nethys ne porte donc pas atteinte à l'objectif de l'AM facture de base : la possibilité pour les abonnés d'être informés de leur consommation réelle et de prendre sur cette base, les décisions découlant de cette information n'a pas été limitée par Nethys. Partant, leurs intérêts n'ont pas été atteints (Bruxelles, 2010/AR/2356, Belgacom c. I.B.P.T., 14 septembre 2011, p. 25, n°69).

41.

Nethys tient par ailleurs à souligner que les considérants précédant l'AM facture de base précisent que la facture est « un » moyen approprié pour informer le consommateur. Cela signifie donc que la facture n'est pas l'unique moyen approprié et qu'il y a donc d'autres moyens appropriés pour informer le consommateur que celui choisi par le Ministre. C'est d'un de ces autres moyens dont Nethys fait usage, répondant ainsi, si pas à la lettre de la loi, à son esprit.

C'est donc à tort que l'IBPT affirme que Nethys aurait « lésé de manière injustifiée » les intérêts des utilisateurs finaux et a considéré de ce fait que l'infraction commise par Nethys serait de gravité moyenne.

- Absence d'impact sur la concurrence sur le marché

42.

Dans deux décisions, l'IBPT a considéré que la gravité de l'infraction devait être jugée compte tenu de la promotion de la concurrence et de la protection des intérêts des consommateurs<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Décision du conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications

Constatant que les infractions visées dans les deux décisions susdites n'avaient qu'un impact réduit sur la concurrence sur le marché, l'IBPT a estimé que la gravité de l'infraction commise d'une part par Mobistar et d'autre part par Telenet était limitée.

Ce raisonnement a été approuvé par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 17 avril 2013<sup>2</sup>.

En l'espèce, il faut relever que l'infraction reprochée à Nethys n'a aucun impact sur la concurrence sur le marché et l'IBPT ne formule d'ailleurs aucun grief à Nethys à cet égard. Toutefois, si elle relève que Nethys a fait part de cet argument (point 40 de la décision) elle ne prend pas ce facteur pourtant particulièrement important en compte pour apprécier la gravité de l'infraction.

La décision doit également être critiquée pour ce motif.

43.

Au regard des différents éléments avancés ci-dessus, la gravité de l'infraction commise par Nethys doit être qualifiée de extrêmement faible ou de très limitée.

En considérant que la gravité de l'infraction commise était de niveau moyen, et, partant, en imposant une amende d'un montant de 96.800 €, l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation.

### **3.2.2. EVALUATION CHIFFRÉE DE LA GRAVITÉ ET DE LA DURÉE DE L'INFRACTION**

44.

Ainsi qu'il a été exposé, l'amende infligée doit, en sus d'être nécessaire pour faire cesser l'infraction, être « appropriée et proportionnelle ».

On peut raisonnablement déduire de cette exigence que l'IBPT doit traiter de manière équitable les différents titulaires d'autorisation et donc appliquer, dans ses différentes décisions, des règles identiques afin de déterminer le montant des amendes qu'elle inflige.

45.

Sur base de la gravité qu'elle a attribuée à l'infraction, sa durée, et le fait qu'elle n'ait pas touché tous les abonnés de Nethys, l'IBPT fixe le pourcentage du chiffre d'affaires niche à prendre en considération à 0,5% soit un montant de 460.000 € et le multiplie ensuite par 3 pour tenir compte de la durée de l'infraction.

Or, on peut remarquer que l'IBPT ne justifie aucunement le choix de l'application d'un pourcentage, ni le choix du pourcentage choisi. Elle ne se fonde pour ce faire sur aucune précédente décision, ni sur aucune grille officielle ou autre élément objectif.

En effet, lorsqu'on observe les décisions rendues par l'IBPT, on peut remarquer que, dans de nombreux cas, l'IBPT ne se réfère à aucun pourcentage (ainsi notamment les Décisions du

---

électroniques, point 74 ; Décision du conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, point 100.

<sup>2</sup> Bruxelles, 2012/AR/273, Telenet c. IBPT, 17 avril 2013, p. 25.

conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques; la Décision du conseil de l'IBPT du 30 mai 2016 concernant l'imposition d'une amende administrative pour non-respect de l'article 9, §1 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques,...). L'on peut donc légitimement s'interroger sur le caractère équitable de l'application en l'espèce d'un pourcentage et *a fortiori* du pourcentage choisi.

46.

De plus, dans le calcul de l'amende, l'IBPT multiplie le montant de base précédemment obtenu sur base du chiffre d'affaires qu'elle a estimé pertinent et du pourcentage choisi, par un coefficient de 3 afin de tenir compte de la durée de l'infraction. Force est pourtant de constater que dans des cas similaires, aucune majoration du montant de base n'a été effectuée pour ce motif.

A titre d'exemple, dans la décision du conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'IBPT constate au point 109 de sa décision que « *l'infraction dure depuis 3 ans au moins* ». Nulle part pourtant dans ladite décision, l'IBPT n'indique prendre en compte cette durée pour adapter le montant de base de l'amende.

Cette dernière décision est d'ailleurs interpellante à plus d'un titre. Il s'agit du même type d'infraction que celle reprochée à Nethys (absence d'une mention sur une facture), le chiffre d'affaires annuel de Telenet pour les services couverts par l'infraction est certainement bien supérieur à celui de Nethys pour l'infraction qui lui est reprochée, il s'agit de la 3<sup>ème</sup> fois au moins que Telenet est condamnée par l'IBPT et pourtant, le montant de base initialement proposé avant la prise en compte d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes est de 40.000 € pour Telenet alors qu'il est de 1.380.000 € pour Nethys.

De plus, l'amende infligée à Telenet est finalement réduite à 30.000 € (point 91 de la décision) alors que celle infligée à Nethys est de 96.800 € !

47.

De manière générale, l'examen des diverses décisions rendues par l'IBPT démontre une totale disparité dans le montant des amendes prononcées.

Ainsi, à titre d'illustrations, dans sa décision du 30 mai 2016 relative à l'imposition d'une amende administrative à Skype Communications SARL pour le non-respect de l'article 9, § 1er de la loi du 13 juin 2005, soit une infraction qualifiée de grave par l'IBPT, accompagnée de plus de circonstances aggravantes, le conseil de l'IBPT impose à Skype une amende de 223.454,00 €.

Dans une autre décision en cause de Telenet<sup>3</sup>, pour une infraction qualifiée de sérieuse par l'IBPT – on ignore ce que vaut sérieuse par rapport à grave ou moyennement grave mais cela semble « plus grave » avec, de la part de Telenet, un comportement « qui ne peut être toléré » selon les propres termes de l'IBPT et alors que le chiffre d'affaires pertinent pris en

<sup>3</sup> Décision du conseil de l'IBPT du 14 septembre 2010 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour le non-respect de l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et de l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

compte pour la détermination du montant de base de l'amende (402 millions d'euros) peut engendrer une amende maximale de plus de 20.000.000 €, une amende de 12.500 € seulement a été imposée, soit 0.06 % de l'amende maximale sur base du montant pertinent.

Dans sa lettre de griefs à Nethys, pour un chiffre d'affaires pertinent de 88.333.000 € qui peut donc engendrer une amende maximale de 4.416 650 € (5% de 88.333.000 €), c'est une amende de 240.000 €, soit 5.4 % de l'amende maximale sur base du montant pertinent, qui est proposée et ce, alors que l'infraction est qualifiée par l'IBPT de gravité moyenne.

Cela ne relève manifestement pas d'un traitement équitable mais au contraire d'une appréciation purement arbitraire et imprévisible pour les titulaires d'autorisations.

### 3.2.3. QUANT AUX CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES

- Pas d'antécédents dans le chef de Nethys

48.

L'IBPT relève, à juste titre, que Nethys n'a jamais été interpellée pour non-respect de l'article 4/1 de l'AM facture de base et indique qu'il n'y a pas de « précédent du même ordre ».

Elle ne prend toutefois pas en compte le fait que, alors que contrairement à la plupart des autres « grands opérateurs », qui ont déjà fait l'objet de multiples condamnations par l'IBPT, Nethys n'a jamais été ni interpellée, ni condamnée pour violation d'aucune disposition. Il n'y a donc de précédent d'aucun ordre.

- Attitude de Nethys

49.

L'IBPT retient par ailleurs à titre de circonstance atténuante, le fait que Nethys aurait collaboré de manière plus que complète à l'enquête.

Elle ne prend toutefois pas en compte à titre de circonstance atténuante, le fait que Nethys n'a pas contesté l'infraction qui lui était reprochée, facteur qu'elle avait pourtant pris en considération dans d'autres décisions<sup>4</sup>.

- Efforts déployés par Nethys

50.

Nethys a mis au point sur sa plateforme réservée aux espaces personnels des abonnés, un système innovant donnant accès à ses clients à une panoplie d'informations vraiment complètes allant jusqu'à la possibilité pour l'utilisateur de connaître sa consommation journalière. Nethys a fourni ces efforts spontanément alors que rien ne lui était demandé afin que les utilisateurs disposent d'une information optimale et claire et que l'objectif poursuivi par le législateur soit rencontré.

Cette solution alternative mise en place par Nethys constitue indéniablement une circonstance atténuante qui n'a pas été pris en considération par l'IBPT.

- Absence de tout avertissement aux opérateurs relativement à la question du respect de l'article 4/1 AM facture de base

51.

---

<sup>4</sup>Voy. notamment décision du conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques

Dans ses 2 décisions du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar et Telenet pour non-respect de l'article 110§4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'IBPT a considéré ce qui suit :

*« l'IBPT n'avait pas abordé avec les opérateurs la question du respect de l'article 110 § 4 bien que cette disposition soit en vigueur depuis 2005 déjà. La lettre de l'IBPT du 12 juillet 2011 a constitué le premier signal envoyé aux opérateurs les avertissant que l'IBPT allait mener une enquête consacrée au respect de l'article 110 § 4 LCE. Ces circonstances peuvent également être considérées comme une circonstance atténuante »<sup>5</sup>.*

En l'espèce, les circonstances sont identiques. L'IBPT n'a pas abordé avec les opérateurs la question du respect de l'article 4/1 de l'AM facture de base bien que cette disposition soit en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2014. La lettre de griefs de l'IBPT du 04 octobre 2016 était le premier courrier envoyé à Nethys et Brutélé pour les informer du constat fait par l'IBPT que les factures de base, sous format digital, dont elle disposait ne mentionnaient pas la consommation internet. Aucun signal préalable n'a donc été envoyé à Nethys.

Par conséquent, cette circonstance doit également être considérée comme une circonstance atténuante dans le chef de Nethys ce que l'IBPT n'a pas pris en considération.

#### **3.2.4. NÉCESSITÉ DE DONNER À L'AMENDE UN CARACTÈRE DISSUASIF**

52.

Dans sa motivation, l'IBPT fait valoir qu'une des finalités de l'imposition de l'amende consisterait à inciter le contrevenant à mettre fin à une infraction ou à l'inciter à ne pas récidiver, de même qu'à décourager d'autres personnes à adopter le même comportement.

Si la directive dit pour droit que l'autorité compétente peut imposer des sanctions financières s'il y a lieu, c'est aux fins de garantir le respect des conditions de l'autorisation et donc qu'il soit remédié à l'infraction. Elle ne parle nullement d'imposer des amendes afin d'inciter le titulaire de l'autorisation à ne pas récidiver ou pour décourager d'autres personnes à adopter le même comportement.

L'article 10 § 5 de la directive vise par ailleurs spécifiquement les mesures qui peuvent être prises en cas de manquement répétés aux conditions de l'autorisation. L'autorité peut dans ce cas empêcher une entreprise de continuer à fournir des réseaux ou services de télécommunications électroniques ou suspendre ou lui retirer les droits d'utilisation. Elle peut aussi dans ce cas infliger des sanctions qui soient effectives, proportionnées et dissuasives afin de couvrir la durée du manquement même si celui-ci a été ultérieurement corrigé.

L'IBPT omet en outre de préciser la nécessité que la mesure prise et donc ici l'amende soit « appropriée et proportionnée » comme le requiert expressément l'article 10 § 2 de la directive 2002/20.

Ce faisant la motivation de l'IBPT manque en droit.

Concernant le caractère « dissuasif » de l'amende, force est de constater qu'une amende infligée uniquement au cas où il ne serait pas mis fin au manquement dans le délai prescrit

---

<sup>5</sup> Point 93 de la décision Mobistar et point 112 de la décision Telenet.

permettra très efficacement d'inciter le contrevenant à mettre fin à une infraction ou, le cas échéant, de l'inciter à ne pas récidiver.

L'adoption d'une telle mesure dans une décision publique aurait sans nul doute également pour effet de décourager les autres opérateurs de commettre la même infraction.

Concernant le caractère « approprié » de l'amende, celui-ci n'est pas rencontré puisqu'il n'est pas approprié d'infliger une amende à une entreprise qui s'est engagée à remédier au manquement qui lui est imputé.

Cela est d'autant plus vrai que Nethys n'a aucun antécédent de condamnation par l'IBPT, ni ne s'est vue adresser en l'espèce aucun avertissement ou mise en demeure la sommant de remédier à la situation.

Elle s'est en outre formellement engagée à régulariser sa situation de sorte qu'une amende dissuasive est devenue sans objet.

53.

Afin de justifier du montant de l'amende envisagée, l'IBPT fait valoir que Nethys est un opérateur important avec un chiffre d'affaires important et que, pour être dissuasif, le montant de l'amende doit présenter une certaine ampleur.

Or, en déterminant le montant de l'amende sur base du seul chiffre d'affaires de Nethys, l'IBPT omet de prendre en compte la situation financière réelle de Nethys. Qu'en effet, depuis le lancement de ses activités de télécommunications, chaque année, Nethys a essuyé des pertes. Ce n'est qu'en 2015 que, pour la première fois, elle a atteint l'équilibre.

Par ailleurs, si Nethys est un opérateur important comme le dit l'IBPT, force est de constater qu'ainsi qu'illustré ci-dessous, au regard des chiffres d'affaires annuels des autres « grands opérateurs », Nethys est un tout petit.

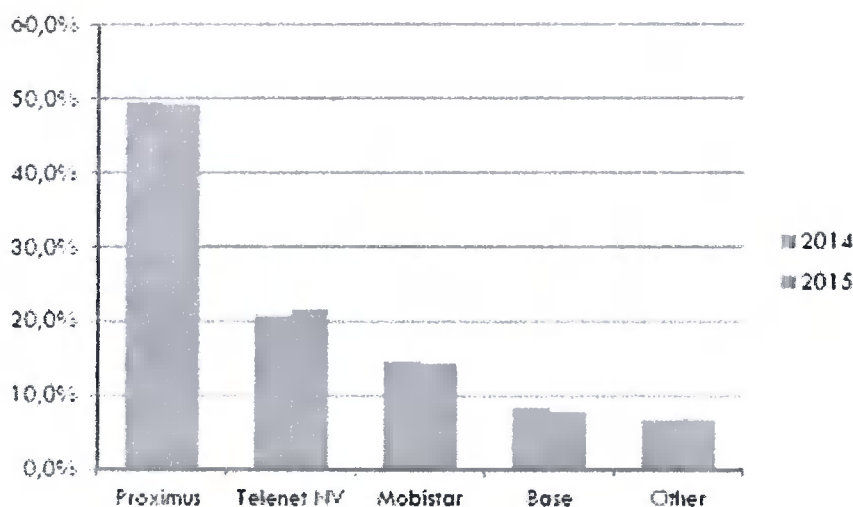


FIGURE 8 : PART DANS LE CHIFFRE D'AFFAIRES BELGE GLOBAL GENERE PAR LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET TV ( SOURCE : IBPT)

Source : page 11 du rapport de l'IBPT intitulé « Situation du marché des communications électroniques » publié en 2016.

En l'espèce, infliger une amende d'un montant de 96.800 € ne constitue pas une sanction « proportionnée ».

**A CES CAUSES, PLAISE À LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES DE,**

Sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable,

Et pour tous autres motifs à faire valoir en cours d'instance,

La requérante vous prie, Mesdames et Messieurs les Premier Président, Présidents et Conseillers,

**D'attribuer la cause à une chambre de la Cour composée de trois conseillers, conformément à l'article 109 bis, § 2, al. 4 du Code judiciaire ;**

**Qu'il s'agit d'une affaire relevant de la procédure dite « comme en référé » conformément à l'article 2 §1 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.**

De faire notifier la présente requête à la partie adverse préqualifiée en l'invitant à comparaître devant la <sup>VAc<sup>ème</sup></sup> chambre de la **Cour d'Appel de Bruxelles**, siégeant au lieu ordinaire de ses audiences, Palais de Justice, Place Poelaert 1 à 1000 Bruxelles, le

27 juillet 2017, à 9 heures pour :

salle 1, 33.

Après avoir fait sa déclaration de comparution à ladite audience conformément à l'article 1061 du Code judiciaire ainsi rédigé : « *La déclaration de comparution de l'intimée a lieu à l'audience, sans préjudice de l'application de l'article 729* »,

Recevoir le présent appel,

- Dire celui-ci fondé. Ce fait,
- Mettre à néant la décision entreprise.
- A titre subsidiaire, si la Cour avait encore des doutes sur la compatibilité de l'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges avec l'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques Nethys demande qu'elle pose les questions préjudicielles suivantes à la Cour de Justice de l'Union européenne:

*« a. L'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle permettant que soit imposée une sanction financière sans que celle-ci ait pour objet de garantir le respect d'un ordre de remédier à un manquement au sens de l'article 10.2 et qui peut avoir pour conséquence qu'une amende administrative est prononcée alors que*

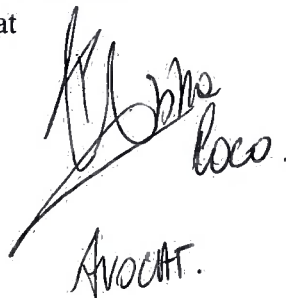
*l'entreprise n'a pas manqué de se conformer à l'ordre de remédier au dit manquement ?*

*b. L'article 10.3 de la directive 2002/20/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle permettant que soit imposée une sanction financière sans qu'il soit exigé qu'il soit mis fin au manquement visé au paragraphe 2? »*

- Condamner l'IBPT aux dépens des deux instances liquidés à 18.000 € par instance

Bruxelles, le 03 juillet 2017

Pour la requérante,  
Son conseil,  
Johanne LIGOT  
Avocat



Handwritten signature of Johanne Ligot, with the word "Avocat." written below it.