

COUR D'APPEL DE BRUXELLES

18^{EME} CHAMBRE

AFFAIRE N° 2014/AR/1802

Coordonnées des avocats :

dirk.vanliedekerke@olswang.com, 02/647.47.72

alexis.laes@olswang.com, 02/647.47.72

matthieu.vanlierde@olswang.com, 02/647.47.72

**Requête en annulation introduite par Belgacom à l'encontre de la Décision
du Conseil de l'IBPT du 20 mai 2014 visant l'imposition d'une amende
administrative à Belgacom pour non-respect, pour l'offre de référence
WBA VDSL2, de l'obligation de transparence**

VERSION NON CONFIDENTIELLE

POUR : La S.A. de droit public **BELGACOM**, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0202.239.951 ;

Ayant pour conseils M^{CS} Dirk Van Liedekerke, Alexis Laes et Matthieu van Lierde, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 326, bte 26 ;

Ci-après dénommée « Belgacom » ou la « requérante » ;

PARTIE INTRODUISANT LE RECOURS

CONTRE : La Décision du Conseil de l'IBPT du 20 mai 2014 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom pour non-respect, pour l'offre de référence WBA VDSL2, de l'obligation de transparence (ci-après la « **Décision** » ou la « **Décision entreprise** ») ;

La Décision entreprise ayant été adoptée par l'**Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications**, organisme d'intérêt public créé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dont l'Institut continue la personne juridique conformément à l'article 13 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 35, Ellipse Building, Bâtiment C ;

Ci-après dénommé « l'IBPT » ;

PARTIE ADVERSE AYANT ADOPTÉ LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU RECOURS

TABLE DES MATIERES

I. REMARQUES CONCERNANT LES MODALITÉS DE LECTURE DE LA PRÉSENTE REQUÊTE.....	4
II. EN FAIT	4
A. CONTEXTE ET ANTÉCÉDENTS DE LA PROCÉDURE	4
B. LA DÉCISION FAISANT L’OBJET DU PRÉSENT RECOURS	7
III. EN DROIT	7
A. MOYEN GENERAL RELATIF AUX EFFETS DE L’ANNULATION DE LA DECISION DE LA CRC DU 1^{ER} JUILLET 2011.....	8
B. MOYEN RELATIF À LA VIOLATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET DES DROITS DE LA DÉFENSE	9
1. <i>Rappel des principes.....</i>	<i>10</i>
2. <i>Application à l’espèce.....</i>	<i>13</i>
C. MOYEN RELATIF A LA MOTIVATION INADEQUATE DE LA DECISION.....	15
1. <i>Appréciation erronée du scope de l’offre de référence.....</i>	<i>17</i>
1.1 Description de l’approche suivie par l’IBPT	17
1.2 Analyse des caractéristiques techniques du produit régulé	19
a) <i>Description générale</i>	<i>20</i>
b) <i>Distinction par rapport à un produit de type ligne louée</i>	<i>28</i>
c) <i>Critique de l’approche suivie par l’IBPT.....</i>	<i>32</i>
1.3 Analyse des applications développées par Belgacom sur la base du produit régulé.....	34
1.4 Conclusion.....	38
2 <i>Absence de violation des obligations réglementaires de transparence.....</i>	<i>38</i>
2.1 Analyse de la portée des obligations de transparence.....	39
2.2 Analyse de la conformité aux obligations de transparence	46
a) <i>Quant aux prétendues limitations en débit de certains types de données</i>	<i>46</i>
i) <i>A titre principal : absence de tout caractère erroné de l’offre de référence</i>	<i>49</i>
ii) <i>A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence.....</i>	<i>52</i>
b) <i>Quant à la transparence des VLANs.....</i>	<i>59</i>
i) <i>A titre principal : absence de tout caractère erroné de l’offre de référence</i>	<i>61</i>
ii) <i>A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence.....</i>	<i>64</i>
c) <i>Quant à la transparence des protocoles de type L2CP.....</i>	<i>70</i>
i) <i>A titre principal : absence de tout caractère erroné de l’offre de référence</i>	<i>74</i>
ii) <i>A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence.....</i>	<i>77</i>
d) <i>[CONFIDENTIEL].....</i>	<i>82</i>
i) <i>[CONFIDENTIEL].....</i>	<i>82</i>
ii) <i>[CONFIDENTIEL].....</i>	<i>83</i>
e) <i>Considérations additionnelles portant sur l’analyse de l’impact menée par l’IBPT.....</i>	<i>83</i>
i) <i>Quant à l’analyse de l’impact par rapport aux objectifs liés aux obligations de transparence</i>	<i>84</i>

	ii) Quant à l'analyse de l'impact dans le cas d'espèce.....	85
D.	MOYEN RELATIF A LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS ET DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE	88
	1. <i>Rappel des principes</i>	88
	2. <i>La procédure de sanction prévue par la loi IBPT-statut viole le principe de la séparation des pouvoirs et le principe d'impartialité</i>	91
E.	MOYEN RELATIF À LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES ..	92
	1. <i>Rappel des principes</i>	93
	1.1 Le principe de la légalité des délits et des peines.....	93
	1.2 Le pouvoir de l'IBPT d'imposer une amende administrative.....	99
	2. <i>Application rétroactive de la version 2014 de la loi IBPT-statut</i>	103
	2.1 Absence de fondement juridique pour faire rétroagir une loi pénale nouvelle qui « <i>n'est pas plus sévère</i> » que la loi ancienne (seule une loi pénale nouvelle « moins sévère » ou « plus douce » peut rétroagir).....	104
	2.2 La version 2014 de l'article 21 de la loi IBPT-statut est plus sévère que les versions dudit article qui étaient applicables au moment des faits litigieux.....	105
	2.3 La loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi interprétative (rétroactive).....	106
	2.4 La loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi procédurale d'application immédiate aux litiges en cours	109
	2.5 A titre subsidiaire : la loi du 27 mars 2014 constitue une ingérence étatique contraire au principe du droit à un procès équitable	110
	3. <i>Absence de fondement légal à l'amende administrative imposée par l'IBPT</i>	112
F.	MOYENS RELATIFS À L'AMENDE IMPOSÉE	115
	1. <i>Rappel des principes</i>	116
	2. <i>Une amende ne peut être imposée en l'espèce en raison de l'absence de faute dans le chef de Belgacom</i>	119
	2.1 Absence totale d'examen de l'existence de l'élément moral de l'infraction.....	120
	2.2 Le manquement allégué n'a pas été commis « <i>sciemment et volontairement</i> » par Belgacom.....	120
	2.3 La Décision entreprise institue un mécanisme de responsabilité sans faute à l'encontre de Belgacom.....	122
	3. <i>Le montant de l'amende imposée par l'IBPT est disproportionné</i>	124
	3.1 Le chiffre d'affaires pris en considération pour calculer le montant de base est inapproprié ...	126
	3.2 La qualification erronée de l'infraction comme « <i>grave</i> »	128
	3.3 L'absence de prise en considération d'une série de circonstances atténuantes	133
	4. <i>L'amende imposée par l'IBPT est discriminatoire</i>	136
G.	CONCLUSION.....	138

I. REMARQUES CONCERNANT LES MODALITÉS DE LECTURE DE LA PRÉSENTE REQUÊTE

1. **Version confidentielle / version non confidentielle.** Dans la mesure où la présente requête contient une série d'informations confidentielles, Belgacom dépose, conformément à l'article 2, § 2, alinéa 3, de la loi IBPT-recours¹, une version confidentielle et une version non confidentielle de celle-ci.

A l'instar de la technique utilisée dans la Décision entreprise, **les informations confidentielles sont marquées d'un surlignage bleu tel qu'utilisé ici**, tant dans la version confidentielle que dans la version non confidentielle de la requête.

Dans la version non confidentielle de la requête, les informations confidentielles sont remplacées par la mention [CONFIDENTIEL], à l'exception toutefois de certaines informations confidentielles faisant l'objet de nombreuses occurrences qui, dans un souci de commodité et de bonne compréhension pour le lecteur, sont remplacées par des informations anonymisées (telles que l'OLO X pour désigner un opérateur alternatif déterminé ou le produit X pour désigner un produit déterminé).

Dans la version confidentielle de la requête, les informations confidentielles à forte occurrence sont également remplacées par des informations anonymisées, à la différence toutefois que l'information confidentielle sera dévoilée dans une note de bas de page lors de la première occurrence dans le texte de l'information anonymisée (exemple : le produit X²).

2. **Les références faites à la Décision entreprise.** Belgacom constate que l'IBPT a établi plusieurs versions de la Décision entreprise (une version publique et probablement plusieurs versions confidentielles à destination des opérateurs concernés), dont la numérotation des paragraphes n'est pas identique.

Ce faisant, Belgacom précise que toutes les références faites à la Décision entreprise dans la présente requête renvoient, sauf indication contraire, à la « *version confidentielle à destination de Belgacom* » de cette Décision qui lui a été notifiée le 26 mai 2014 par l'IBPT.

II. EN FAIT**A. CONTEXTE ET ANTÉCÉDENTS DE LA PROCÉDURE**

3. **L'offre de référence WBA VDSL2 de Belgacom.** En vertu de la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à l'analyse des marchés large bande³, telle que réparée par la Décision de réfection de l'IBPT du 2 septembre 2009⁴, Belgacom s'est vu imposer, en tant qu'opérateur disposant d'une puissance significative de marché (PSM) sur les marchés large bande, plusieurs obligations réglementaires *ex ante*, dont notamment une obligation de transparence, et plus particulièrement l'obligation de publier une offre de référence.

¹ 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 (M.B., 24 janvier 2003), article 2, § 2, alinéa 3 : « *Si la requête contient des éléments que le requérant considère comme confidentiels, il l'indique de manière explicite et il dépose, à peine de nullité, une version non-confidentielle de celle-ci* ».

² **Le produit X désigne le produit [nom du produit] commercialisé par la société [nom de la société].**

³ Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 – *Marché 11 : la fourniture en gros d'accès dégroupé*

Sur cette base, Belgacom a soumis à l'IBPT, en date du 16 avril 2009, une proposition d'offre de référence de type *bitstream* dénommée WBA VDSL2⁵. Cette proposition d'offre de référence a été approuvée, moyennant quelques adaptations, par la Décision de l'IBPT du 30 septembre 2009⁶, et est dès lors devenue l'offre de référence WBA VDSL2 de Belgacom (ci-après « l'Offre de référence »).

L'Offre de référence permet de moduler le produit WBA VDSL2 selon deux options spécifiques répondant à des besoins différents des utilisateurs finals : l'option *Shared VLAN* (VLANs partagés) ou l'option *Dedicated VLAN* (VLANs dédiés)⁷.

La Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 relative à l'analyse des marchés large bande⁸ a maintenu l'obligation imposée à Belgacom de publier l'Offre de référence.

4. **Le contrat d'accès au produit WBA VDSL2 conclu entre Belgacom et l'OLO X**⁹. En 2011, Belgacom et l'OLO X ont conclu un contrat d'accès au produit WBA VDSL2 *Dedicated VLAN* sur la base de l'Offre de référence.

Sur la base de ce contrat, Belgacom a délivré à l'OLO X [CONFIDENTIEL] lignes basées sur l'offre WBA VDSL2 (situation au début du mois de juillet 2013).

5. **La plainte adressée par l'OLO X à l'IBPT**. L'OLO X a fait part du fait qu'il était confronté à certains problèmes techniques dans le cadre de l'utilisation du produit WBA VDSL2.

Après avoir détecté et signalé ces problèmes techniques à Belgacom, des analyses ont été menées par Belgacom à partir du mois de juin 2012, en collaboration avec l'OLO X, les fournisseurs d'équipements ([CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]) et l'IBPT, dans le but d'identifier les causes de ces problèmes et d'y trouver une solution. Belgacom reviendra dans la suite de la présente requête sur le déroulement de ces analyses et sur l'attitude adoptée par chaque partie intéressée dans ce contexte.

(y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux – Marché 12: la fourniture en gros d'accès à large bande.

4. Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande. Cette décision de réfection avait été adoptée par l'IBPT à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel du 7 mai 2009 qui avait prononcé, sur recours de Belgacom, l'annulation partielle de la Décision du 10 janvier 2008 (Bruxelles (18^{ème} ch.), 7 mai 2009, 2008/AR/787).
5. WBA VDSL2 est l'acronyme de « *Wholesale Bitstream Access Very high speed Digital Subscriber Line 2* », qui signifie « *Accès de gros au débit binaire via la technologie ligne numérique d'abonné à très haut débit 2* ». La technologie VDSL2 est un protocole de transmission de données à très haut débit vers un abonné via une paire de cuivre, qui est standardisé sous la norme ITU-T G.993.2. Pour une description technique détaillée du produit WBA VDSL2, Belgacom se permet de renvoyer aux paragraphes 27 à 33 de la présente requête.
6. Décision du Conseil de l'IBPT du 30 septembre 2009 concernant WBA VDSL2.
7. Belgacom reviendra de manière détaillée sur ces deux options du produit WBA VDSL2 dans la suite de la présente requête. L'offre de référence approuvée par l'IBPT le 30 septembre 2009 est la première offre incluant ces deux options, la version antérieure de l'offre (proposée en 2008 par Belgacom) n'incluant que l'option *Shared VLAN*.
8. Décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande.
9. [CONFIDENTIEL].

Malgré les démarches constructives entreprises par Belgacom, l'OLO X a adressé une plainte à l'IBPT le 8 août 2012, selon laquelle certaines dispositions de l'Annexe 2 de l'Offre de référence intitulée « *Technical Specifications* » seraient incorrectes ou induiraient les bénéficiaires de l'Offre en erreur.

6. **L'Addendum visant à clarifier les spécifications techniques de l'Offre de référence.** A la suite de la plainte déposée par l'OLO X auprès de l'IBPT, de nombreux échanges d'informations ont eu lieu entre l'OLO X, Belgacom et l'IBPT, via des réunions bilatérales et trilatérales.

Le 26 novembre 2012, Belgacom a soumis à l'IBPT une proposition d'adaptation de l'Offre de référence (ci-après « **l'Addendum** ») visant à clarifier les spécifications techniques de l'Offre qui auraient pu prêter à confusion.

L'IBPT a ensuite organisé une pré-consultation publique relative à l'Addendum proposé par Belgacom.

Tenant compte des commentaires formulés par l'IBPT et les opérateurs alternatifs, Belgacom a modifié l'Addendum et a transmis à l'IBPT, en date du 27 août 2013, une nouvelle version de cette proposition d'adaptation de l'Offre de référence.

L'IBPT n'a toujours pas adopté de décision définitive relative à cette dernière proposition soumise par Belgacom.

7. **Le projet de Décision entreprise.** En date du 12 juin 2013, l'IBPT a adopté un projet de décision (ci-après « **le projet de Décision entreprise** ») visant à imposer une amende administrative à Belgacom, l'IBPT estimant disposer d'un faisceau d'indices indiquant que Belgacom aurait violé l'obligation réglementaire de transparence qui lui incombe en vertu de la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 et de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011.

Le projet de Décision entreprise faisait état de quatre griefs relatifs à des limitations techniques qui n'auraient pas été documentées dans l'Offre de référence.

Le projet de Décision entreprise a été notifié à Belgacom par courrier daté du 2 juillet 2013 et reçu par cette dernière le 3 juillet 2013.

8. **Les observations formulées par Belgacom.** En date du 3 septembre 2013, Belgacom a soumis des observations écrites relatives au projet de Décision entreprise.

Elle y démontrait de manière détaillée et approfondie l'absence de fondement des griefs retenus à sa charge, sur la base de nombreux éléments à sa décharge dont l'IBPT avait pourtant fait totalement abstraction dans le projet de Décision entreprise. Belgacom se réfère à ces observations qui devraient faire partie du dossier administratif.

Le 18 septembre 2013, Belgacom a également été entendue par le Conseil de l'IBPT.

9. **Les demandes de compléments d'informations.** En date du 10 octobre 2013, l'IBPT a transmis à Belgacom une demande de compléments d'informations, à laquelle Belgacom a répondu le 8 novembre 2013.

Le même jour, une demande d'informations fut apparemment également adressée à l'OLO X, qui y a répondu le 30 octobre 2013. Belgacom n'a jamais eu accès aux questions posées à l'OLO X ni aux réponses fournies par ce dernier, malgré les demandes en ce sens qu'elle a adressées à l'IBPT. La Décision se réfère et se fonde sur ces informations qui n'ont jamais été

communiquées à Belgacom et qui sont même partiellement oblitérées dans la version de la Décision entreprise qui a été notifiée à Belgacom.

B. LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT RECOURS

10. **La Décision entreprise.** L'IBPT a adopté la Décision entreprise le 20 mai 2014. Celle-ci a été notifiée à Belgacom le 26 mai 2014.

Malgré les observations formulées par Belgacom au sujet du projet de Décision, l'IBPT conclut dans la Décision entreprise à l'existence d'une infraction dans le chef de Belgacom à l'obligation réglementaire de transparence qui lui incombe, et ce du 16 avril 2009¹⁰ au 26 novembre 2012¹¹.

Plus concrètement, l'IBPT reproche à Belgacom d'avoir méconnu l'obligation réglementaire de transparence en ce que certaines informations des dispositions 5.1, 7.4.2, 7.7.1 et 11.2.2.1 de l'Annexe 2 « *Technical Specifications* » de l'Offre de référence seraient incorrectes, dans la mesure où elles ne documenteraient pas l'existence de certaines limitations techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, à savoir :

- des limitations en débit de certains types de données¹² ;
- des limitations liées à la transparence des VLANs¹³ ;
- des limitations liées à la transparence des protocoles de type L2CP¹⁴ ; et
- des limitations liées au mécanisme de [CONFIDENTIEL]¹⁵.

Après avoir effectué une analyse générale de l'impact lié à la prétendue infraction commise par Belgacom¹⁶ et développé une série de points visant à répondre (très brièvement) à certains arguments additionnels développés dans les observations écrites de Belgacom¹⁷, l'IBPT décide d'imposer à Belgacom une amende administrative de 403.000 euros¹⁸.

III. EN DROIT

11. **Introduction et recevabilité.** En tant que destinataire directe de la Décision entreprise et unique partie à laquelle la Décision impose une amende administrative, Belgacom justifie d'un intérêt plus que suffisant pour l'introduction du présent recours.

¹⁰ Date à laquelle la proposition d'Offre de référence WBA VDSL2 a été soumise par Belgacom à l'IBPT.

¹¹ Date à laquelle l'Addendum visant à clarifier l'Offre de référence a été soumis par Belgacom à l'IBPT.

¹² Décision entreprise, points 55 à 87

¹³ Décision entreprise, points 88 à 118.

¹⁴ Décision entreprise, points 119 à 146

¹⁵ Décision entreprise, points 147 à 174.

¹⁶ Décision entreprise, points 175 à 219.

¹⁷ Décision entreprise, points 220 à 226 (arguments généraux) et 227 à 230 (arguments sur la possibilité d'imposer une amende).

¹⁸ Décision entreprise, points 231 à 258.

Ceci est d'ailleurs confirmé par le fait qu'en tant que « *partie directement et personnellement concernée* » par la Décision entreprise, Belgacom s'est vu notifier la Décision par l'IBPT en date du 26 mai 2014, conformément à l'article 19 de la loi IBPT-statut.

Par le présent recours, Belgacom sollicite respectueusement de la Cour, à titre principal, qu'elle constate l'illégalité de la Décision entreprise sur les points visés par Belgacom et qu'elle prononce par conséquent l'annulation de la Décision à tout le moins sur ces points.

A titre subsidiaire, Belgacom sollicite que la Décision entreprise soit mise à néant, voire qu'elle soit réformée, en ce qu'elle impose une amende administrative à Belgacom, l'imposition d'aucune amende ne se justifiant et certainement pas d'une amende aussi élevée que celle retenue et imposée par la Décision entreprise.

Les moyens d'annulation invoqués par Belgacom contre la Décision entreprise sont développés ci-après.

A. MOYEN GENERAL RELATIF AUX EFFETS DE L'ANNULATION DE LA DECISION DE LA CRC DU 1^{ER} JUILLET 2011

12. Illégalité de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011. Belgacom a introduit un recours en annulation à l'encontre de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011¹⁹. Ce recours, actuellement encore pendant, a été pris en délibéré par la Cour le 26 février 2014.

Dans le cadre de ce recours, Belgacom conteste notamment l'ensemble des obligations réglementaires *ex ante* qui lui sont imposées par la Décision du 1^{er} juillet 2011, et en particulier celles issues de l'analyse relative au marché 5 dont font partie les obligations retenues dans la Décision entreprise.

La Décision entreprise constitue une décision faisant suite (traduction libre de : « *gevolgbeslissing* ») à la décision-source de la CRC du 1^{er} juillet 2011, dans la mesure où elle constate une prétendue infraction à l'obligation réglementaire de transparence préalablement imposée par cette décision-source.

Or, conformément aux enseignements de la jurisprudence en droit administratif²⁰, l'annulation de la décision-source emporte automatiquement l'annulation de la décision qui y fait suite, sans que la juridiction de recours n'ait à examiner les moyens d'annulation du requérant, l'annulation de la seconde décision n'étant que la conséquence directe de l'annulation de la première décision.

Il en résulte que si la Cour venait à annuler la Décision du 1^{er} juillet 2011, la Décision entreprise devrait être également automatiquement annulée.

¹⁹ Ce recours porte le numéro de rôle 2011/AR/2421.

²⁰ Voir notamment C.E., 8 avril 2011, n° 212.579, *Belgacom c. IBPT et Telenet c. IBPT* (affaires jointes), p. 89.

B. MOYEN RELATIF À LA VIOLATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET DES DROITS DE LA DÉFENSE

13. **Position du problème.** Afin de démontrer l'absence de fondement des griefs retenus par l'IBPT dans le projet de Décision entreprise, Belgacom avait démontré dans ses observations du 3 septembre 2013, de manière circonstanciée, l'absence d'impact de l'infraction alléguée et le fait que la thèse soutenue par l'IBPT était hautement théorique et non étayée par des éléments de preuve concrets.

En date du 10 octobre 2013, ne s'estimant pas suffisamment informé sur certains points du dossier, l'IBPT a adressé une demande de compléments d'informations à l'OLO X, qui est à l'origine de la plainte déposée contre Belgacom. L'OLO X a répondu à cette demande le 30 octobre 2013²¹.

Dans la Décision entreprise qui a été finalement adoptée, l'IBPT se réfère et se fonde à plusieurs reprises sur les réponses fournies par l'OLO X à la demande de compléments d'informations précitée, et ce afin d'étayer les griefs retenus à l'encontre de Belgacom en démontrant notamment le prétendu impact concret qu'aurait eu l'infraction alléguée.

Or, Belgacom n'a jamais eu accès aux questions posées à l'OLO X ni aux réponses fournies par ce dernier.

A cela s'ajoute que plusieurs des informations fournies par l'OLO X, sur lesquelles l'IBPT se fonde dans la Décision entreprise pour conclure à l'existence de l'infraction retenue à l'encontre de Belgacom, sont partiellement obliérées pour des raisons de confidentialité alléguée. Il s'agit plus précisément des données effacées aux points 209.1, 209.2 et 216.3 de la Décision entreprise, qui ne sont d'ailleurs remplacées par aucune autre indication (comme des fourchettes).

Estimant que ses droits de la défense et son droit à la contradiction étaient lésés, Belgacom a formulé une demande d'accès à ces différentes informations auprès de l'IBPT en date du 16 juin 2014.

Par un courrier du 9 juillet 2014, l'IBPT a fait savoir – de manière surprenante – à Belgacom qu'il ne pouvait réserver de suite immédiate à sa demande en ce qu'il était dans l'attente d'un avis des parties concernées sur la confidentialité éventuelle des informations les concernant et qu'en conséquence, conformément à l'article 6, § 5, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration²², il prolongeait de quinze jours le délai lui incombant pour répondre à la demande de Belgacom, soit au 30 juillet 2014²³.

²¹ Décision entreprise, point 27 : « *Le 10 octobre 2013, l'IBPT a également transmis une demande de compléments d'informations à l'[OLO X]. Cette dernière a répondu le 30 octobre 2013* ».

²² Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, article 6, § 5 : « *L'autorité administrative fédérale qui ne peut pas réserver de suite immédiate à une demande de publicité ou qui la rejette communique dans un délai de trente jours de la réception de la demande les motifs de l'ajournement ou du rejet. En cas d'ajournement, le délai ne pourra jamais être prolongé de plus de quinze jours* ».

²³ Ces éléments permettent de constater qu'avant de procéder à l'adoption de la Décision entreprise et à sa notification à Belgacom, l'IBPT n'a pas procédé à la préparation d'un dossier complet accessible à Belgacom dès lors que, soudainement, il affirme que plusieurs semaines ne lui suffisent pas pour établir le dossier qui est accessible par Belgacom. Au moment de la rédaction de la présente requête,

14. **Position de Belgacom.** Au vu des circonstances décrites ci-dessus, Belgacom considère que la Décision entreprise procède d'une violation du principe du contradictoire et des droits de la défense. L'IBPT empêche également l'exercice d'un recours effectif par Belgacom dès lors qu'il ne lui communique même pas l'intégralité des informations qui y figurent.

Après un bref rappel des principes relatifs aux droits de la défense et au droit d'accès au dossier de l'instruction (**section 1**), Belgacom le démontre dans les paragraphes qui suivent (**section 2**).

1. Rappel des principes

15. **Référence par analogie à la jurisprudence européenne dans les affaires de droit de la concurrence.** Sous réserve de tous droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable, eu égard aux similitudes que la procédure de sanction prévue par l'article 21 de la loi IBPT-statut partage sur certains points avec les procédures de sanction en droit de la concurrence, Belgacom estime qu'une référence par analogie peut être faite dans le présent contexte à la jurisprudence développée par les juridictions de l'Union européenne en matière de droits de la défense et d'accès au dossier en droit de la concurrence.

16. **L'accès à l'intégralité du dossier de l'instruction pour l'entreprise incriminée : un corollaire du principe général des droits de la défense.** Conformément aux enseignements de la jurisprudence européenne, l'accès au dossier, qui est un « *corollaire du principe du respect des droits de la défense* »²⁴, commande que l'entreprise incriminée ait la possibilité de procéder dès le stade de la procédure administrative à un examen de l'intégralité des documents figurant au dossier de l'instruction, à savoir tant les pièces à charge qu'à décharge :

« Il est de jurisprudence constante que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou à des astreintes, constitue un principe fondamental du droit de l'Union, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure ayant un caractère administratif (...).

(...) L'accès au dossier dans les affaires de concurrence a notamment pour objet de permettre aux destinataires d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission afin qu'ils puissent se prononcer utilement sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue, dans la communication des griefs, sur la base de ces éléments. L'accès au dossier relève ainsi des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense et à assurer, en particulier, l'exercice effectif du droit d'être entendu (...).

Le droit d'accès au dossier implique que la Commission doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense (...). Ceux-ci comprennent tant les pièces à charge que celles à décharge, sous réserve des secrets

force est de constater que l'IBPT n'a à aucun moment précisé le nombre de documents que le dossier contient et Belgacom réserve dès lors tous ses droits à ce propos dès lors qu'elle n'a même pas reçu d'inventaire complet du dossier de l'IBPT (alors qu'elle est pourtant l'entreprise directement visée par la Décision entreprise).

²⁴ CJUE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00, point 68 ; TUE, 12 juillet 2011, *Mitsubishi Electric Corp. c. Commission européenne*, aff. T-133/07, point 40.

d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles »²⁵.

La jurisprudence européenne précise également que si l'autorité entend se fonder sur des pièces postérieures à la communication des griefs ou à l'audition, l'entreprise incriminée doit également se voir octroyer un accès à ces pièces :

« Afin d'assurer le respect des droits de la défense pendant l'ensemble de la procédure administrative, il convient de considérer que, si la Commission entend se fonder sur un document postérieur à l'envoi de la communication des griefs, et même postérieur à l'audition, susceptible d'affecter le montant de l'amende infligée à une entreprise dans la décision finale, cette entreprise doit être mise en mesure de se prononcer sur un tel élément »²⁶.

Enfin, si l'autorité entend se fonder à charge ou à décharge de l'entreprise incriminée sur des informations qualifiées de confidentielles, la nécessité de préserver les droits de la défense de l'entreprise par l'accès le plus large possible au dossier de l'instruction peut l'emporter sur le souci de protéger les informations confidentielles²⁷. A tout le moins, le respect des droits de la défense impose que l'entreprise incriminée puisse avoir accès à une version non confidentielle des informations originales ou à des résumés non confidentiels de ces informations et/ou à des fourchettes raisonnables lorsqu'il s'agit d'informations quantitatives²⁸.

A titre comparatif, en droit national de la concurrence, l'article IV.45, § 7, du Code de droit économique²⁹ interdit au Collège de la concurrence, lorsqu'il statue sur le fond d'une affaire, de se fonder sur des pièces confidentielles qui n'ont pas été communiquées à l'entreprise incriminée :

« La décision du Collège de la concurrence sur le fond de l'affaire ne peut s'appuyer sur les pièces dont le caractère confidentiel a été accepté, de sorte que les entreprises qui font l'objet de l'instruction n'ont pu en prendre connaissance ».

17. La violation du droit d'accès au dossier constitue une cause d'annulation de la décision lorsqu'elle a porté atteinte aux droits de la défense de l'entreprise incriminée. Il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne que la violation du droit d'accès au dossier de l'instruction constitue, sous certaines conditions, une cause d'annulation de la décision infligeant une sanction :

« La violation du droit d'accès au dossier de la Commission au cours de la procédure préalable à l'adoption de la décision est susceptible, en principe, d'entraîner

²⁵ TUE, 27 septembre 2012, *Kuwait Petroleum c. Commission européenne*, aff. T-370/06, points 78 à 79 ; voir également CJUE, 25 octobre 2011, *Solvay SA c. Commission européenne*, aff. C-109/10 P, points 52 à 54.

²⁶ TUE, 27 septembre 2012, *Kuwait Petroleum c. Commission européenne*, aff. T-370/06, point 81.

²⁷ Communication de la Commission européenne relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, *J.O.U.E.*, 22 décembre 2005, C 325, p. 11, point 24.

²⁸ Communication de la Commission européenne relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, *J.O.U.E.*, 22 décembre 2005, C 325, p. 10, point 17.

²⁹ Code de droit économique du 28 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013.

l'annulation de cette décision lorsqu'il a été porté atteinte aux droits de la défense de l'entreprise concernée »³⁰.

Dans le cadre de l'examen de la condition d'atteinte aux droits de la défense de l'entreprise incriminée, les juridictions européennes établissent « une distinction entre les documents à charge et les documents à décharge »³¹ :

« Concernant les pièces à conviction, l'absence de communication d'un document ne constitue une violation des droits de la défense que si l'entreprise concernée démontre, d'une part, que la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence audit document. Il incombe ainsi à l'entreprise concernée de démontrer que le résultat auquel la Commission est parvenue dans sa décision aurait été différent si ce document non communiqué devait être écarté comme moyen de preuve (...).

En revanche, s'agissant de l'absence de communication d'un document à décharge, l'entreprise concernée doit seulement établir que cette absence de divulgation a pu influencer, à son détriment, sur le déroulement de la procédure et le contenu de la décision de la Commission. Il suffit que l'entreprise établisse qu'elle aurait pu utiliser lesdits documents à décharge pour sa défense (...), en démontrant notamment qu'elle aurait pu invoquer des éléments qui ne concordent pas avec les appréciations opérées par la Commission au stade de la communication des griefs, et aurait donc pu influencer, de quelque manière que ce soit, sur les appréciations portées dans la décision »³².

- 18. La décision ne saurait être purgée de son vice par l'octroi d'un accès au cours de la procédure juridictionnelle.** Enfin, la jurisprudence européenne précise que le vice d'annulation dont est affectée la décision en raison de la violation du droit d'accès au dossier au cours de la procédure administrative ne saurait être couvert par l'octroi d'un accès au cours de la procédure juridictionnelle :

« La violation du droit d'accès au dossier au cours de la procédure préalable à l'adoption d'une décision est susceptible, en principe, d'entraîner l'annulation de cette décision lorsqu'il a été porté atteinte aux droits de la défense (...).

En pareille hypothèse, la violation survenue n'est pas régularisée du simple fait que l'accès a été rendu possible au cours de la procédure juridictionnelle (...). En effet, se limitant à un contrôle juridictionnel des moyens soulevés, l'examen du Tribunal n'a ni pour objet ni pour effet de remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative. Par ailleurs, la prise de connaissance tardive de certains documents du dossier ne replace pas l'entreprise, qui a introduit un recours à l'encontre d'une décision de la Commission, dans la situation qui aurait été la sienne si

³⁰ CJUE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, point 317 ; voir également CJUE, 25 octobre 2011, *Solvay SA c. Commission européenne*, aff. C-109/10 P, point 55 ; CJUE, 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals NV c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-51/92 P, point 77.

³¹ TUE, 27 septembre 2012, *Kuwait Petroleum c. Commission européenne*, aff. T-370/06, point 82.

³² TUE, 16 juin 2011, *FMC Foret c. Commission européenne*, aff. T-191/06, points 264 à 265 (Belgacom souligne) ; voir également CJUE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00, points 71 à 75.

elle avait pu s'appuyer sur les mêmes documents pour présenter ses observations écrites et orales devant cette institution »³³.

Une telle jurisprudence est *a priori* transposable aux recours formés contre les décisions de l'IBPT infligeant une amende puisque, à l'instar de la Cour d'appel de Bruxelles³⁴, le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne disposent d'un pouvoir de pleine juridiction dans le cadre des recours formés contre les décisions de la Commission infligeant une amende pour violation des règles de concurrence³⁵.

2. Application à l'espèce

19. Violation du droit de Belgacom d'avoir accès à l'intégralité du dossier de l'instruction.

Comme indiqué plus haut, l'IBPT se fonde et se réfère à plusieurs reprises dans la Décision entreprise à la réponse fournie par l'OLO X le 30 octobre 2013 à la demande de compléments d'informations qui lui fut adressée par l'IBPT le 10 octobre 2013.

Or, Belgacom n'a jamais eu accès à ces informations (ni aux questions adressées par l'IBPT ni aux réponses fournies par l'OLO X), que ce soit au cours de la procédure administrative préalable à l'adoption de la Décision entreprise ou après l'adoption de la Décision, et ce malgré la demande d'accès qu'elle a formulée – sous réserve de tous ses droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable – en ce sens auprès de l'IBPT le 16 juin 2014.

Belgacom note par ailleurs que la date à laquelle l'IBPT a reporté sa réponse à la demande d'accès précitée (à savoir, le 30 juillet 2014) est postérieure à la date butoir du recours que Belgacom pouvait introduire à l'encontre la Décision entreprise.

Ainsi, tant au cours de la procédure administrative d'adoption de la Décision que pour l'introduction du présent recours, Belgacom a été dans l'impossibilité de prendre connaissance des informations précitées et donc de faire valoir ses observations y relatives.

A cette violation flagrante des droits de Belgacom s'ajoute que certaines informations sur lesquelles l'IBPT se fonde dans la Décision entreprise sont partiellement obliérées pour des raisons de confidentialité alléguée, à savoir plus précisément les données effacées aux points 209.1, 209.2 et 216.3 de la Décision entreprise.

Or, Belgacom considère sur ce dernier point que le droit d'accès au dossier dont elle dispose en sa qualité d'entreprise incriminée imposait à l'IBPT de lui fournir les informations qui ont été effacées à tout le moins sous la forme de résumés non confidentiels et / ou de fourchettes raisonnables (pour les informations quantitatives).

³³ CJUE, 25 octobre 2011, *Solvay SA c. Commission européenne*, aff. C-109/10 P, points 55 et 56 ; voir également CJUE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, points 317 à 318 ; CJUE, 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals NV c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-51/92 P, points 77 à 79.

³⁴ Article 2, § 1^{er}, de la loi 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, *M.B.*, 24 janvier 2003.

³⁵ Article 261 (ex-article 229 du TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 9 mai 2008, C 115, p. 162 ; Article 31 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.U.E.*, 4 janvier 2003, L 1, p. 20.

Il résulte de ce qui précède que le droit de Belgacom d'accéder au dossier de l'instruction a été violé, dans la mesure où l'IBPT ne lui a pas laissé la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant audit dossier qui étaient susceptibles d'être pertinents pour sa défense (en ce compris au niveau de l'évaluation de l'impact concerné).

20. **Atteinte aux droits de la défense de Belgacom.** Comme déjà indiqué, l'IBPT se fonde à plusieurs reprises dans la Décision sur les réponses fournies par l'OLO X à la demande de compléments d'informations qui lui fut adressée, et ce afin d'étayer les griefs retenus à l'encontre de Belgacom en démontrant plus spécifiquement le prétendu impact concret qu'aurait eu l'infraction alléguée³⁶. L'IBPT se fonde donc sur des informations non communiquées à Belgacom, à charge de cette dernière.

Or, Belgacom considère que l'absence d'accès en temps utile à ces informations a indéniablement porté atteinte à ses droits de la défense dans la mesure où, si l'IBPT ne s'était pas fondé sur lesdites informations, il n'aurait pas pu démontrer l'existence d'un prétendu impact concret de l'infraction alléguée et, par là même, étayer les griefs retenus à l'encontre de Belgacom.

D'une part, la question de l'impact est en effet essentielle dans la motivation de la Décision entreprise en ce qu'elle est, d'après les thèses soutenues par l'IBPT, indissociablement liée à la démonstration de l'infraction alléguée³⁷.

Dans la Décision entreprise, l'IBPT croit pouvoir en effet déduire de la démonstration d'un prétendu impact qu'aurait subi l'OLO X que Belgacom a violé l'obligation réglementaire de transparence lui incombant, dans la mesure où cet élément démontrerait qu'elle a induit en erreur les opérateurs alternatifs et que son Offre de référence était donc erronée.

D'autre part, la question de l'impact qu'aurait subi l'OLO X est d'autant plus centrale dans la motivation de la Décision entreprise qu'il s'agit du seul élément de preuve prétendument concret dont l'IBPT se prévaut pour étayer les griefs retenus à l'encontre de Belgacom.

Comme il sera démontré plus loin dans la présente requête, aucun autre opérateur alternatif n'a en effet subi un quelconque impact de l'infraction alléguée. L'IBPT le reconnaissait d'ailleurs explicitement dans le projet de Décision entreprise :

« L'IBPT n'a pas connaissance que d'autres opérateurs alternatifs que l'[OLO X] auraient subi un dommage réel similaire suite au caractère incorrect de l'offre de référence WBA VDSL2 »³⁸.

Belgacom note en outre que si l'IBPT indiquait dans son projet de décision que le prétendu impact subi par l'OLO X était « modéré »³⁹, il a toutefois supprimé cette affirmation dans la Décision entreprise et y prétend désormais que l'infraction alléguée aurait eu un impact

³⁶ Il convient d'ailleurs de relever, pour le bon ordre, que dans chaque section de la Décision entreprise relative aux griefs retenus à l'encontre de Belgacom, une sous-section spécifique est à chaque fois consacrée à la question de l'impact allégué de l'infraction alléguée.

³⁷ Comme Belgacom le démontre dans la présente requête, cette thèse de l'IBPT est très contestable dans la mesure où le prétendu impact subi par l'OLO X résulte non pas du caractère prétendument erroné de l'Offre de référence de Belgacom mais de l'utilisation non appropriée que l'OLO X a faite du produit de gros de Belgacom (utilisation non conforme au *scope* de l'Offre de référence).

³⁸ Projet de décision, point 189.3.

³⁹ Projet de décision, point 172 : « A l'heure actuelle, seul l'[OLO X] a signalé à l'IBPT qu'il subit un préjudice du fait de l'infraction. Le préjudice subi par l'[OLO X] est modéré ».

modéré sur l'ensemble du marché⁴⁰. Ce changement substantiel entre le projet de décision et la Décision entreprise montre donc l'importance dans la thèse de l'IBPT du prétendu impact subi par l'OLO X.

Il résulte de ce qui précède que le résultat auquel est parvenu l'IBPT dans la Décision entreprise aurait été différent si les informations fournies par l'OLO X qui n'ont pas été communiquées à Belgacom devaient être écartées comme moyen de preuve.

Il s'ensuit que la violation du droit d'accès au dossier commise par l'IBPT a porté atteinte aux droits de la défense de Belgacom.

21. **Conséquence : annulation de la Décision entreprise.** Conformément aux principes similaires aux enseignements de la jurisprudence citée dans le rappel des principes, dès lors que la violation du droit d'accès au dossier commise par l'IBPT a porté atteinte aux droits de la défense de Belgacom, la Décision entreprise doit être annulée.

Quand bien même Belgacom se verrait octroyer un accès aux informations litigieuses au cours de la présente procédure de recours, une telle circonstance ne saurait purger le vice dont la Décision entreprise est affectée dans la mesure où, d'une part, l'examen de la Cour n'a ni pour objet ni pour effet de remplacer une instruction complète de l'affaire et, d'autre part, la prise de connaissance tardive des informations litigieuses ne permettrait pas de replacer Belgacom dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait pu s'appuyer sur ces informations et formuler des observations y relatives au cours de la procédure administrative.

Par conséquent, la Décision entreprise doit être annulée pour violation du droit d'accès au dossier et des droits de la défense de Belgacom.

C. MOYEN RELATIF A LA MOTIVATION INADEQUATE DE LA DECISION

22. **Résumé de la Décision entreprise.** Selon l'IBPT, Belgacom n'aurait pas respecté les obligations de transparence qui lui sont imposées⁴¹, dans le cadre de la publication de l'offre de référence en matière d'accès large bande, par la Décision d'analyse de marché du 10 janvier 2008⁴² telle que corrigée par la Décision du 2 septembre 2009⁴³ et par la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011⁴⁴. En particulier, l'IBPT estime que certaines informations des dispositions 5.1, 7.4.2, 7.7.1 et 11.2.2.1 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de

⁴⁰ Décision entreprise, notamment points 217 et 248.

⁴¹ Comme cela sera analysé de manière plus approfondie dans les développements qui suivent, il ressort de la Décision entreprise que les obligations de transparence comprennent les obligations suivantes : l'obligation générale de transparence, l'obligation de publier une offre de référence concernant l'accès au débit binaire par des tiers sur la base de la technologie VDSL, l'obligation de mettre l'offre à jour et l'obligation de publier de manière détaillée et précise les caractéristiques et limitations techniques du produit (voir, à cet égard : Décision entreprise, point 40).

⁴² Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *Marché 11 : la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* et *Marché 12 : la fourniture en gros d'accès à large bande*.

⁴³ Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande.

⁴⁴ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande.

référence – liées aux spécificités techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – seraient incorrectes ou induiraient en erreur les bénéficiaires de l’offre de référence dans certains cas spécifiques⁴⁵.

De manière plus spécifique, l’IBPT analyse, après avoir décrit le cadre technique du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN⁴⁶, les différentes limitations techniques qui viendraient contredire, selon lui, les informations des dispositions de l’offre de référence qu’il identifie. Les limitations techniques observées par l’IBPT seraient les suivantes⁴⁷ : des limitations en débit de certains types de données, des limitations liées à la transparence des VLANs, des limitations liées à la transparence des protocoles de type L2CP (*Layer 2 Control Protocol*) et des limitations liées au mécanisme de [CONFIDENTIEL]⁴⁸.

Dans le cadre de l’analyse de chacune de ces limitations, l’IBPT développe tout d’abord certaines considérations techniques en vue de préciser la portée de la limitation. Il analyse ensuite l’impact de la limitation sur les opérateurs alternatifs. Il retrace par après une chronologie des faits destinée à démontrer que Belgacom aurait été bien consciente de la limitation technique identifiée, ce qui impliquerait un constat d’infraction dans son chef. Après avoir développé certains points en réponse aux arguments développés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013, l’IBPT précise enfin le moment correspondant à la fin de l’infraction, c’est-à-dire la date à laquelle Belgacom a proposé une modification des dispositions de l’offre de référence visées par l’IBPT.

A la suite de l’analyse des différentes limitations techniques, l’IBPT effectue une analyse générale de l’impact lié à la prétendue infraction dans le chef de Belgacom⁴⁹. Il développe ensuite une série de points – notamment en rapport avec la question de la transparence technique liée au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN⁵⁰ – en vue de répondre à certains arguments additionnels développés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013⁵¹.

23. **Résumé du moyen.** Belgacom considère que la Décision entreprise est illégale au motif que la motivation apportée par l’IBPT en vue de tenter de démontrer une prétendue infraction dans le chef de Belgacom est non seulement inadéquate mais méconnaît également les principes du cadre réglementaire sectoriel et relève d’une erreur manifeste d’appréciation.

A cet égard, Belgacom rappelle que, conformément au principe de motivation des actes administratifs, tout acte administratif doit reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et / ou adéquats, suffisants et légalement admissibles⁵². Ce principe est par

⁴⁵ Voir notamment : Décision entreprise, point 44.

⁴⁶ Décision entreprise, points 46 à 54.

⁴⁷ Ces limitations sont analysées par l’IBPT dans le cadre des points 55 à 174 de la Décision entreprise.

⁴⁸ La portée des différents termes techniques auxquels il est fait référence sera précisée dans le cadre de développements ultérieurs.

⁴⁹ Décision entreprise, points 175 à 219.

⁵⁰ La notion de transparence technique doit être bien distinguée de la notion de transparence résultant des obligations réglementaires imposées à Belgacom dans le cadre de la publication de l’offre de référence.

⁵¹ Décision entreprise, points 220 à 226.

⁵² En jurisprudence, voir notamment C.E., 26 juillet 1974, n° 16.592 ; C.E., 8 octobre 2002, n° 111.123. En doctrine, voir notamment D. BATSELE, Manuel de droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 842 et suivantes ; P. GOFFAUX, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-170.

conséquent violé lorsque l'acte administratif attaqué repose sur des motifs contradictoires et / ou incohérents ou sur des éléments de fait erronés⁵³.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera que la motivation de l'IBPT relative à l'appréciation du *scope* de l'offre de référence⁵⁴ (voir section 1 ci-dessous) et, de manière plus générale, à la conformité avec les obligations réglementaires de transparence (voir section 2 ci-dessous) repose sur des éléments erronés, est entachée de nombreuses incohérences et / ou contradictions et méconnaît certains principes du cadre réglementaire sectoriel tel que le principe de non-discrimination.

1. Appréciation erronée du *scope* de l'offre de référence

24. **Structure de l'exposé.** Dans le cadre de la présente section, Belgacom commencera par préciser l'approche suivie par l'IBPT en vue de définir le *scope* de l'offre de référence. Cette analyse permettra notamment de constater que l'IBPT suggère que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN permettrait aux opérateurs alternatifs qui en font usage de fournir un service de type ligne louée à leurs utilisateurs finals, voire que cette offre viserait ce type de service. Belgacom analysera ensuite les caractéristiques techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ainsi que les caractéristiques des applications qu'elle a elle-même développées sur la base de ce produit. Cet examen la conduira à préciser en quoi le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN s'écarte en réalité clairement, contrairement à ce que l'IBPT laisse entendre, d'un produit de type ligne louée. Enfin, Belgacom tirera toutes les implications de son analyse et montrera en quoi l'approche de l'IBPT conduit à déformer le *scope* de l'offre de référence, ce qui implique également que le raisonnement de l'IBPT relatif à l'analyse de la conformité avec les obligations réglementaires de transparence repose sur des éléments erronés.

1.1 Description de l'approche suivie par l'IBPT

25. **Définition du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN par l'IBPT.** Dans la Décision entreprise, l'IBPT définit le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN comme un produit de gros permettant aux opérateurs alternatifs utilisant l'infrastructure de Belgacom de proposer à un client souhaitant pouvoir connecter deux sites distants un service de point à point sur un réseau non partagé. Cette définition du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ressort de différents extraits de la Décision entreprise :

« L'offre WBA VDSL2 propose l'option Dedicated VLAN, qui vise à acheminer de point à point dans un réseau virtuel non partagé les données du site A vers le point of presence – point d'interconne[x]ion avec l'opérateur alternatif –, ou, invers[e]ment, les données du site B à partir du point of presence vers le site A, sans qu'il y ait nécessité pour l'opérateur du réseau d'exploiter et / ou modifier les données en provenance du site A (ou B) »⁵⁵ ;

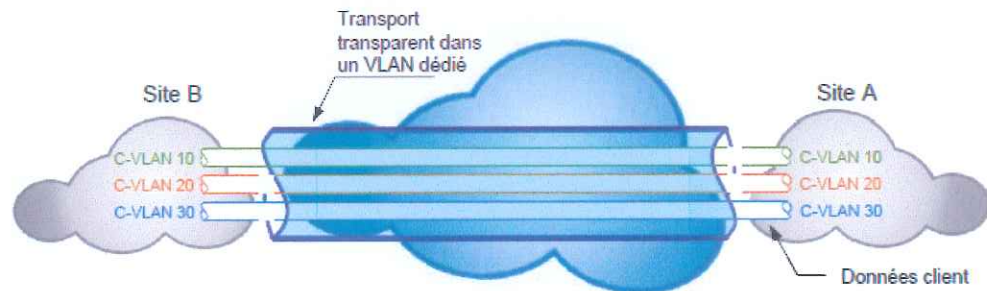
⁵³ Voir notamment C.E., 21 février 2002, n° 103.844.

⁵⁴ L'appréciation du *scope* de l'offre de référence renvoie à l'appréciation de la portée spécifique de cette offre, c'est-à-dire à l'appréciation des produits ou services susceptibles de tomber dans le champ matériel de l'offre de référence. En d'autres mots, il s'agit de déterminer ce qui est réellement visé par cette offre de référence qui résulte de l'analyse de l'autorité de régulation et qui vise à remédier à une certaine situation insuffisamment concurrentielle sur le marché.

⁵⁵ Décision entreprise, point 50 (Belgacom souligne).

« [L]option *Dedicated VLAN* est un service de transport point à point avec pour conséquence des garanties de service (notamment la bande passante) distinctes pour chaque liaison »⁵⁶ ;

« L'option *Dedicated VLAN* est illustrée à la figure ci-après [voir la figure reproduite ci-dessous] »⁵⁷.



L'IBPT confirme également cette approche lorsqu'il énumère les différentes applications de l'option *Dedicated VLAN* qu'il considère comme étant « *fréquemment utilisées par les opérateurs alternatifs* » :

« Les applications types de l'option *Dedicated VLAN* fréquemment utilisées par les opérateurs alternatifs sont :

- La connexion de deux sites distants : point à point ou *Virtual Private Network (VPN)*
- La téléphonie fixe sur IP (*VoIP*) »⁵⁸.

En définissant le produit WBA VDSL2 *Dedicated VLAN* comme un produit permettant une liaison de point à point sur un réseau non partagé, l'IBPT suggère que ce produit permettrait à l'opérateur alternatif qui en fait usage de fournir un service de type ligne louée à ses utilisateurs finals, voire que ce service viserait ce type d'application. Dans le cadre de sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, l'IBPT a en effet lui-même défini les liaisons louées comme « *des liaisons point à point permanentes et dédiées reliant deux sites distincts* »⁵⁹.

⁵⁶ Décision entreprise, point 51 (Belgacom souligne).

⁵⁷ La figure reprise ci-dessous ainsi que l'extrait mentionné sont extraits du point 53 de la Décision entreprise. Belgacom tient à souligner, dès à présent, que la figure produite par l'IBPT est incorrecte : elle illustre une interconnexion directe entre deux sites distincts de l'utilisateur final et non l'option *Dedicated VLAN* de l'offre WBA VDSL2.

⁵⁸ Décision entreprise, point 52 (Belgacom souligne). Il convient de souligner, dès à présent, que le produit WBA VDSL2 *Dedicated VLAN* correspond à une offre de point à multipoint (et non de point à point) en vue de fournir principalement une application de type multipoint à multipoint (« *any-to-any* »). Par conséquent, une utilisation du produit WBA VDSL2 *Dedicated VLAN* en vue de fournir une application de type point à point – sans mécanisme d'acheminement (*switching*) – ne peut être considérée, contrairement à ce que prétend l'IBPT, comme une utilisation *fréquente* de ce produit. A la connaissance de Belgacom, l'OLO X est en effet le seul opérateur à exploiter le produit WBA VDSL2 *Dedicated VLAN* en vue de fournir ce type d'application.

⁵⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et*

Cette approche de l'IBPT est confirmée par le fait qu'il assimile, au niveau des spécificités techniques, le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN à un produit de type ligne louée. L'IBPT laisse en effet entendre à diverses reprises que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN devrait se comporter de manière totalement transparente – ce qui implique, selon la position de l'IBPT, l'absence de toute intervention du réseau sur le trafic – à l'égard des données en provenance des utilisateurs finals de l'opérateur alternatif. Or, comme Belgacom le précisera encore par la suite, une transparence totale ne peut être réalisée que dans le cadre d'un produit de type ligne louée⁶⁰.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera que l'assimilation par l'IBPT du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN à un produit de type ligne louée est hautement contestable et conduit à déformer le *scope* réel de l'offre de référence.

26. **Identification des applications développées par l'OLO X sur la base du produit régulé.** Le choix de l'IBPT de définir dans le cadre de la présente procédure le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN comme un produit de type ligne louée semble s'expliquer en raison du fait qu'un des services mis en place par l'OLO X sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – le service LL⁶¹ – constitue précisément, comme son nom l'indique, une application de type point à point assimilable à une ligne louée. Dans le cadre d'un document extrait du site Internet public de l'OLO X, cette dernière précise en effet que le service LL constitue « [CONFIDENTIEL] »⁶², ce qui indique que l'OLO X entend en réalité utiliser le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN comme un produit de substitution à une liaison louée⁶³. L'OLO X schématise ainsi son service LL de la façon suivante⁶⁴ :

[ILLUSTRATION CONFIDENTIELLE]

Comme cela sera davantage précisé dans les développements qui suivent, le choix de l'OLO X d'élaborer son service LL sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN est contestable dans la mesure où les spécificités techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ne sont pas conçues pour permettre le développement d'un service de type ligne louée et ne visent pas ce type de service. Ce constat constitue en tout cas un facteur supplémentaire indiquant que l'approche suivie par l'IBPT conduit à fortement déformer le *scope* de l'offre de référence.

1.2 Analyse des caractéristiques techniques du produit régulé

27. **Structure de l'exposé.** Dans le cadre de cette sous-section, Belgacom commencera par décrire les principales composantes techniques du produit WBA VDSL2 et, en particulier, de l'option Dedicated VLAN. Elle précisera ensuite en quoi ce produit se distingue, au regard de ses caractéristiques techniques intrinsèques, d'un produit de type ligne louée. Cette analyse

fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07)), point 1:3 (Belgacom souligne).

⁶⁰ [CONFIDENTIEL].

⁶¹ [CONFIDENTIEL].

⁶² [CONFIDENTIEL]

⁶³ Pour le bon ordre, Belgacom précise que l'OLO X indique également que son service LL constitue un service de type ligne privée Ethernet (*Ethernet Private Line* ou EPL). Une EPL – en particulier celle mise en place dans le cadre du service LL de l'OLO X – doit être considérée comme un type spécifique de liaison louée – impliquant une transparence totale à l'égard des données acheminées – déployée sur une technologie Ethernet. Pour plus de précisions, voir Pièce n° 33 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013.

⁶⁴ [CONFIDENTIEL].

permettra à Belgacom, dans un troisième temps, d'opérer une critique de l'approche de l'IBPT conduisant à assimiler le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN à un produit de type ligne louée.

a) *Description générale*

28. Caractéristiques générales du produit WBA VDSL2. De manière générale, le transport de données entre deux ou plusieurs utilisateurs mobilise diverses fonctionnalités propres aux communications en réseau. Le modèle OSI (*Open System Interconnection*) – qui constitue un modèle de communication entre ordinateurs proposé par l'ISO (*International Standards Organisation*)⁶⁵ – classe ces différentes fonctionnalités en différentes couches regroupant chacune un ensemble de fonctionnalités répondant à des standards communs de communication.

Les trois premières couches du modèle OSI peuvent être décrites de la façon suivante :

- Couche 3 (couche réseau)

La couche 3 comprend l'ensemble des éléments assurant la gestion de la communication de bout en bout à travers les différents réseaux physiques, c'est-à-dire la communication entre l'interface de l'utilisateur à la source des données transmises – identifiée par le biais d'une adresse IP⁶⁶ – et celle de l'utilisateur de destination de ces données – identifié par le biais d'une autre adresse IP⁶⁷. L'ensemble des informations relatives à une communication spécifique de couche 3 sont contenues dans un paquet, qui constitue l'entité de transmission propre à la couche 3 transitant à travers les différents réseaux physiques entre l'interface source et l'interface de destination. Les équipements spécifiques chargés d'assurer le transit des paquets sont les routeurs.

- Couche 2 (couche de liaison des données)

A la différence de la couche 3 qui assure la gestion de la communication entre l'interface source et l'interface de destination, la couche 2 fournit les moyens fonctionnels et procéduraux pour le transfert de données au sein des différents réseaux physiques – qui peuvent consister en différents types de supports physiques – au sein desquels ces données doivent transiter en vue d'atteindre l'interface de destination. L'ensemble des informations relatives à une communication spécifique de couche 2 sont contenues dans une trame, qui constitue l'entité de transmission propre à la couche 2.

De manière plus concrète, lors de son trajet de bout en bout, un paquet de données est susceptible de transiter par un ou plusieurs types de réseaux physiques. Ces paquets n'étant pas en mesure d'accéder directement à ces différents types de supports physiques, ils sont encapsulés dans des trames spécifiques chargées de la transmission physique des données au sein des réseaux physiques. Les informations contenues dans ces trames permettent d'assurer le transit des données entre le périphérique (nœud) de départ du réseau concerné et le périphérique de destination de

⁶⁵ L'ISO est un organisme international de normalisation composé de représentants d'organisations nationales de normalisation d'une centaine de pays.

⁶⁶ Une adresse IP (IP étant l'abréviation d'*Internet Protocol*) est un numéro d'identification qui est attribué de façon permanente ou provisoire à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l'*Internet Protocol*.

⁶⁷ Pour le bon ordre, Belgacom note que le terme UNI (*User Network Interface*) est généralement employé pour désigner le point de démarcation entre les équipements de l'utilisateur et les équipements du réseau de l'opérateur.

ce même réseau, chacun de ces périphériques étant physiquement identifié par le biais d'une adresse MAC⁶⁸. Les équipements spécifiques chargés d'assurer le transit des trames sont les commutateurs (*switches*)⁶⁹ ou les ponts (*bridges*)⁷⁰.

Dans le cas d'une circulation inter-réseaux, un routeur – qui constitue un équipement de couche 3 – sera généralement placé à l'interconnexion entre les différents réseaux physiques. Ce routeur – identifié lui-même par le biais d'une adresse MAC – sera chargé de décapsuler les paquets de données des trames qui lui parviennent, de traiter l'information de couche 3 contenue dans ces paquets et de transmettre ces paquets à de nouvelles trames spécifiques à un nouveau type de réseau physique⁷¹.

- Couche 1 (couche physique)

La couche 1 est chargée de la transmission effective des signaux électriques ou optiques entre les interlocuteurs. Son service est généralement limité à l'émission et la réception d'un bit ou d'un train de bits continu. Une trame spécifique – dans laquelle est encapsulé un paquet spécifique – se traduit ainsi au niveau de la couche 1 par une séquence spécifique de bits permettant de l'identifier.

⁶⁸ Une adresse MAC (MAC étant l'abréviation de *Media Access Control*) est un identifiant physique lié à la couche 2 du modèle OSI et attribué à chaque équipement intervenant dans un lien de connexion physique.

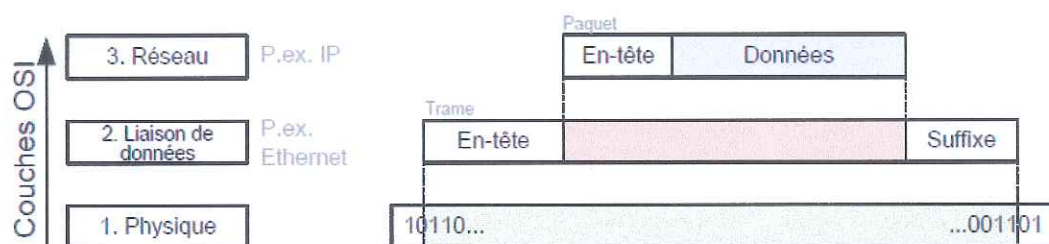
⁶⁹ Un commutateur est un équipement permettant de diriger les trames vers les machines les plus appropriées, en fonction de certains éléments présents dans les paquets de données.

⁷⁰ Comme l'IBPT le précise dans la Décision entreprise, un pont constitue un « [é]quipement permettant l'interconnexion de deux réseaux. Il analyse les trames entrantes et les achemine ou les élimine sur la base de l'information d'adressage » (Décision entreprise, note de bas de page 78).

⁷¹ Pour le bon ordre, Belgacom note que le routeur doit être distingué du pont (*bridge*) – qui est un équipement de couche 2 –. Le routeur assure en effet l'interconnexion entre deux réseaux sur la base d'un traitement de l'adressage IP (adressage de couche 3) tandis que le pont assure l'interconnexion entre deux réseaux sur la base d'un traitement de l'adressage MAC (adressage de couche 2).

Dans le cadre de son offre en gros d'accès à large bande de type WBA VDSL2, Belgacom offre aux opérateurs alternatifs un service de connectivité au niveau de la couche 2 du modèle OSI. Ce service est proposé sur la base du protocole Ethernet qui constitue un standard de transmission de données de couche 2. Cette description du produit WBA VDSL2 est confirmée par l'IBPT dans le cadre de la Décision entreprise :

« Dans le cadre du produit WBA VDSL2, Belgacom offre un service de connectivité Ethernet (protocole de couche 2 dans le modèle OSI). Les données du client, de couches supérieures à 2 (couches 3 et supérieures du modèle OSI [...]), sont préalablement encapsulées dans des trames Ethernet comme illustré à la [figure ci-dessous illustrant le mécanisme d'encapsulation des couches 1 à 3 du modèle OSI]. L'objectif est de rendre chaque couche aussi indépendante que possible de sorte que les données des clients soient acheminées de façon transparente par le protocole Ethernet »⁷².



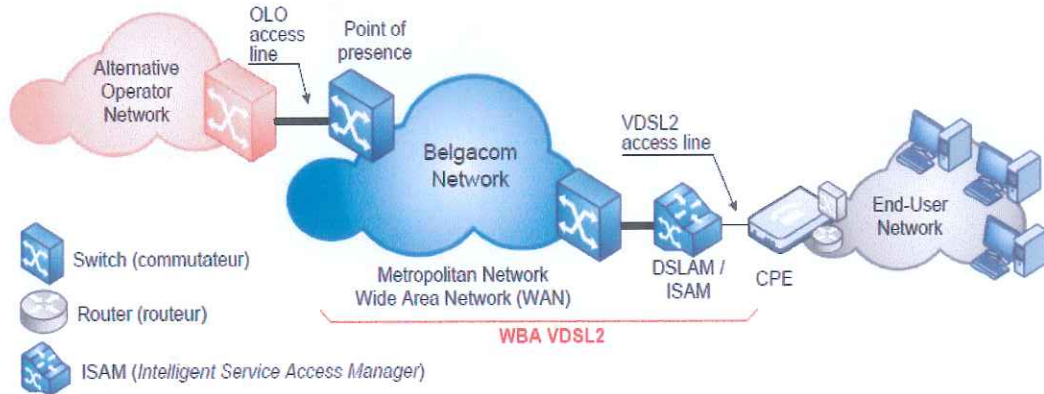
Il ressort clairement de l'extrait de la Décision entreprise ainsi que de la figure reproduits ci-dessus que le produit WBA VDSL2 de Belgacom se situe bien au niveau de la couche 2 du modèle OSI. Il permet aux opérateurs de fournir un service à leurs utilisateurs finals par le biais d'un accès physique au réseau Ethernet de Belgacom. Les paquets de données en provenance des utilisateurs finals sont ainsi encapsulés dans des trames Ethernet permettant à ces paquets de transiter au travers du réseau Ethernet de Belgacom⁷³. Précisons, dès à présent, que les opérateurs alternatifs faisant usage du produit WBA VDSL2 vont en général compléter le service de couche 2 fourni par Belgacom en configurant, via le placement d'un routeur, leur propre service de couche 3 à l'égard de l'utilisateur final⁷⁴.

⁷² Décision entreprise, point 57 (ce point intègre également la figure intégrée à la suite de l'extrait). Belgacom souligne que le constat formulé par l'IBPT selon lequel « [l]es données du client, de couches supérieures à 2 (couches 3 et supérieures du modèle OSI [...]), sont préalablement encapsulées dans des trames Ethernet [...] » vient confirmer que le besoin de l'utilisateur final correspond bien à un service de couche 3, comme cela sera davantage précisé dans le cadre des développements qui suivent.

⁷³ En dehors du paquet, qui constitue la charge utile (ou *payload*) de la trame Ethernet, cette trame se compose également – comme cela ressort de la figure reprise ci-dessus – d'un suffixe et d'une en-tête (*header*). La structure spécifique de la trame Ethernet dans le cadre de l'option Dedicated VLAN sera davantage précisée dans les développements qui suivent.

⁷⁴ Comme cela sera encore davantage précisé dans les développements qui suivent, le service LL de l'OLO X – au regard duquel l'IBPT se fonde de manière erronée pour définir le *scope* de l'offre de référence – ne cadre pas avec les caractéristiques techniques d'un produit de type WBA VDSL2 dans la mesure où l'OLO X tente précisément de configurer, par le biais de ce service, un équipement de couche 2 (et non de couche 3) sur le service de couche 2 déjà fourni par Belgacom.

De manière plus structurée, le produit WBA VDSL2 permet d'acheminer les trames Ethernet en provenance d'un client final connecté au réseau Ethernet de Belgacom jusqu'au PoP (*Point of Presence*) pertinent, c'est-à-dire jusqu'au point d'interconnexion entre le réseau Ethernet de Belgacom et le réseau de l'opérateur alternatif. Le transit des données du client final peut être schématisé comme suit⁷⁵ :



Dans le cadre de la figure reprise ci-dessus, le client final dispose d'un réseau local (LAN ou *Local Area Network*)⁷⁶ propre (par exemple, un réseau d'entreprise) qu'il souhaite connecter, par le biais du produit WBA VDSL2, avec le réseau d'un opérateur alternatif. Cette connexion mobilise différents équipements :

- Le CPE (*Customer Premises Equipment*) : il s'agit en général du modem du client final connecté à la ligne d'accès VDSL2 (*VDSL2 access line*) ;
- L'ISAM (*Intelligent Service Access Manager*) ou IP DSLAM (*Digital Subscriber Line Access Multiplexer*) : il s'agit d'un nœud d'accès multiservice assurant une fonction d'agrégation au sein du réseau auquel le client final est physiquement connecté (à savoir au réseau de Belgacom en l'espèce). Il inclut les cartes de ligne (*Line Termination* ou LT) sur lesquelles les interfaces utilisateur VDSL2 sont terminées ainsi qu'une carte de terminaison réseau (*Network Termination* ou NT) qui a principalement une fonction d'agrégation et fournit l'interconnexion avec le réseau d'agrégation Ethernet ;
- Un premier commutateur (*switch*) appelé commutateur local (*Local Exchange* ou LEX) permettant une connexion avec le réseau de Belgacom ainsi qu'un second commutateur correspondant au service PoP et auquel l'opérateur alternatif est connecté par le biais d'une ligne d'accès (*OLO Access Line* ou OAL).

De manière générale, soulignons enfin que le produit WBA VDSL2 repose sur un réseau de commutation de paquets de type MPLS (*Multi-Protocol Label Switching*)⁷⁷. En d'autres termes, il ne repose pas sur une attribution fixe et permanente de ressources – comme dans le cas d'un produit de type ligne louée⁷⁸ – mais implique un traitement actif des données – par

⁷⁵ La figure reprise ci-dessous est extraite du point 49 de la Décision entreprise.

⁷⁶ La notion de LAN sera davantage précisée dans les développements qui suivent.

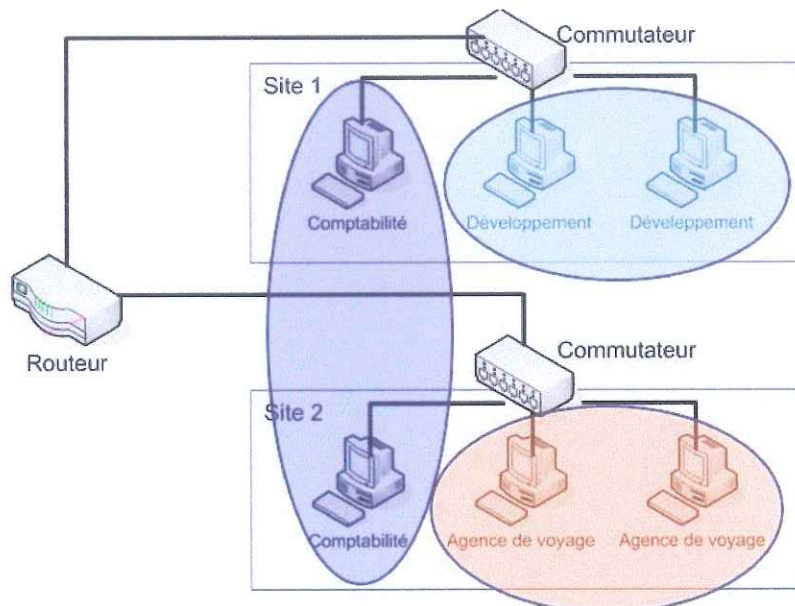
⁷⁷ Comme l'IBPT le précise dans la Décision entreprise, le MPLS constitue un mécanisme de commutation des paquets utilisé généralement sur les réseaux Ethernet (Décision entreprise, Annexe A *Sigles et abréviations*).

⁷⁸ Nous reviendrons sur cette distinction entre le produit WBA VDSL2 et un produit de type ligne louée dans les développements qui suivent.

des équipements de couche 2 – en vue d’assurer leur transit de l’utilisateur final jusqu’au réseau de l’opérateur alternatif.

29. **Caractéristiques spécifiques de l’option Dedicated VLAN.** Comme cela ressort des termes de l’offre de référence, le produit WBA VDSL2 de Belgacom peut être modulé selon deux options spécifiques répondant à des besoins différents des utilisateurs finals : l’option Shared VLAN ou l’option Dedicated VLAN. La structure spécifique de la trame Ethernet propre au produit WBA VDSL2 varie en fonction du type d’option mis en œuvre.

Les options Shared VLAN ou Dedicated VLAN ont toutes deux recours à une segmentation du trafic de type VLAN (*Virtual Local Area Network* ou réseau local virtuel). Comme cela est indiqué dans la Décision entreprise, une segmentation du trafic sur la base de VLANs permet de mettre en connexion de manière logique (plutôt que de manière physique ou géographique⁷⁹), dans un même réseau de niveau 2 du modèle OSI (tel qu’un réseau fonctionnant sur la base du protocole Ethernet), un ensemble de machines ayant une corrélation fonctionnelle (c’est-à-dire dépendant par exemple du même service, de la même fonction, de la même équipe de projet ou de la même application). De manière schématique, on peut représenter une segmentation par VLANs de la manière suivante⁸⁰ :



Dans le cadre de ce schéma, la mise en œuvre d’une segmentation physique ou géographique se ferait traditionnellement par la mise en place de deux LANs (*Local Area Networks* ou réseaux locaux) distincts : un premier LAN regroupant les machines du Site 1 et un second LAN regroupant les machines du Site 2. La mise en place de VLANs permet de regrouper *virtuellement* différentes machines – même situées sur des zones géographiques distinctes et donc sur des LANs distincts – en fonction du type de service qu’elles fournissent. Dans le cadre du schéma ci-dessus, trois VLANs ont ainsi été créés : un VLAN assurant une fonction « Comptabilité » (regroupant une machine du Site 1 et une machine du Site 2), un VLAN

⁷⁹ Une segmentation sur une base physique ou géographique se fait traditionnellement sur la base d’un LAN (*Local Area Network* ou réseau local).

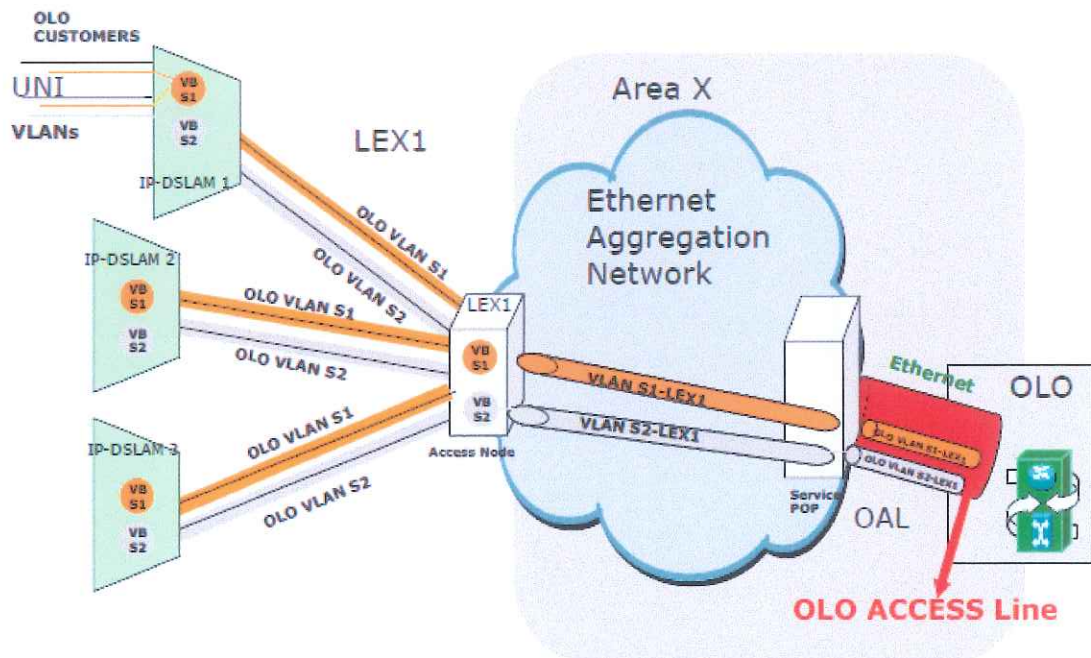
⁸⁰ Ce schéma figure dans un document explicatif publié par l’Institut d’électronique et d’informatique Gaspard-Monge (IGM) et consultable sur le site Internet de l’organisme. L’IBPT cite lui-même un extrait de ce document au point 91 de la Décision entreprise.

assurant une fonction « Développement » (regroupant deux machines du Site 1) et un VLAN assurant une fonction « Agence de voyage » (regroupant deux machines du Site 2)⁸¹.

Dans le cadre de l'option WBA VDSL2 Shared VLAN, fonctionnant sur la base d'un mode d'acheminement appelé *residential bridge* (ou *iBridge*), le trafic des trames Ethernet des utilisateurs finals des opérateurs alternatifs jusqu'à l'OAL est segmenté de la façon suivante :

- L'ISAM segmente le trafic par le biais de différents VLANs, chacun de ces VLANs étant alloué à un type de service spécifique d'un opérateur alternatif défini, et assure une fonction d'agrégation ;
- Le LEX assure ensuite une fonction d'agrégation renforcée et dirige l'ensemble du trafic – toujours sur la base d'une segmentation par service et par opérateur alternatif – vers l'OAL.

L'organisation – dans le cadre de l'option WBA VDSL2 Shared VLAN – du trafic de données à partir de l'UNI⁸² jusqu'à l'OAL peut être schématisée comme suit⁸³ :



Comme cela ressort du schéma figurant ci-dessus, chaque ISAM (ou DSLAM) segmente le trafic qui lui parvient par service et par opérateur alternatif. Le schéma fournit l'exemple d'une segmentation en un double canal : le canal « OLO VLAN S1 » (pour le service « S1 » de l'opérateur alternatif connecté au réseau de Belgacom) et le canal « OLO VLAN S2 » (pour le service « S2 » du même opérateur alternatif). Le LEX concerné de Belgacom – dans le schéma le LEX1 – agrège ensuite l'ensemble des canaux issus des différents ISAMs en deux nouveaux canaux : le canal « VLAN S1-LEX1 » et le canal « VLAN S2-LEX1 ». Ces

⁸¹ Soulignons, dès à présent, que la communication au sein d'un même VLAN (ou d'un même LAN) ne mobilise qu'un équipement de couche 2 tel que des commutateurs dans la mesure où la communication a lieu dans un même réseau. L'utilisation d'un routeur ne sera requise que dans le cadre d'une communication inter-VLANs (donc inter-réseaux).

⁸² La notion d'UNI (*User Network Interface*) a déjà été précisée à la note de bas de page 67 *supra*.

⁸³ Le schéma repris ci-dessous figure à la page 6 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence de Belgacom (version 9b).

deux canaux sont acheminés du LEX concerné jusqu'à l'OAL. Comme cela ressort du schéma, les données issues des utilisateurs – qui sont segmentées par service et par opérateur alternatif – ne sont pas isolées en fonction de chaque client final. En d'autres termes, dans le cadre de l'option Shared VLAN, la bande passante est partagée par l'ensemble des utilisateurs finals d'un même service et d'un même opérateur alternatif.

L'option WBA VDSL2 Dedicated VLAN, fonctionnant sur la base d'un mode d'acheminement appelé *cross-connect* (ou CC), permet, à l'inverse, d'isoler le trafic Ethernet en fonction de chaque utilisateur final de l'opérateur alternatif, ce qui implique des garanties de qualité de service plus individualisées⁸⁴. L'ISAM introduit ainsi l'ensemble des VLANs – appelés C-VLANs⁸⁵ – émanant d'un client final spécifique de l'opérateur alternatif et identifiés par le biais d'un numéro spécifique dans un canal dédié via l'introduction d'un VLAN complémentaire appelé S-VLAN⁸⁶. L'introduction de ce VLAN complémentaire permet d'acheminer de manière dédiée le trafic Ethernet lié à un utilisateur spécifique de l'ISAM jusqu'à l'OAL. Un schéma – repris ci-dessous – produit par l'IBPT dans la Décision entreprise permet d'illustrer la superposition des C-VLANs et du S-VLAN⁸⁷ :



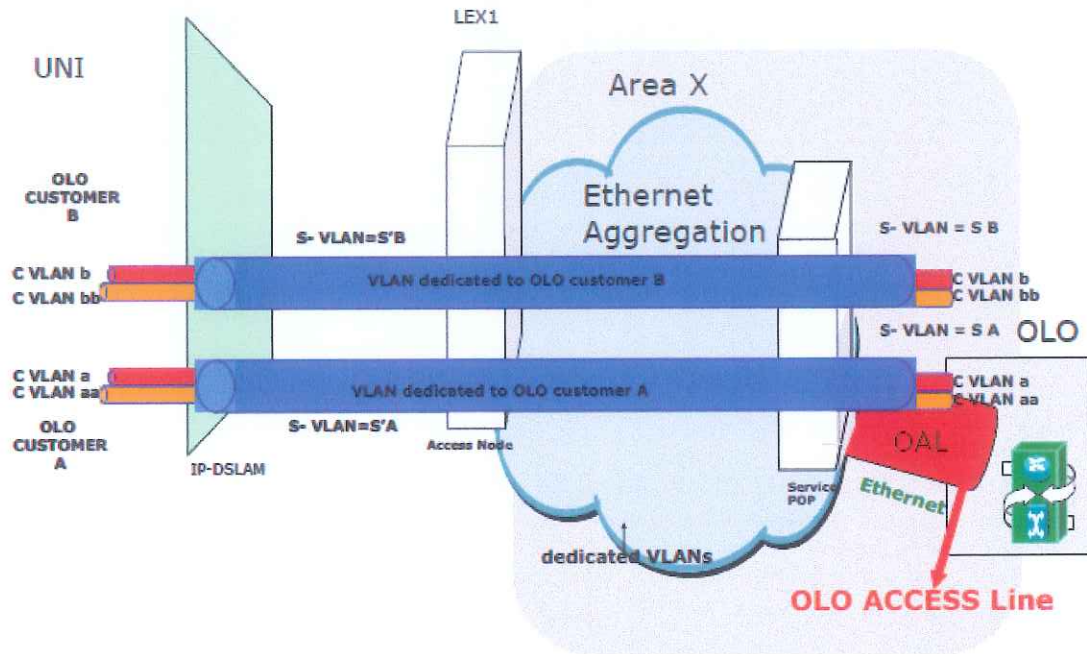
⁸⁴ Comme nous le préciserons encore dans les développements qui suivent, la bande passante n'est pas totalement garantie dans le cadre de l'option Dedicated VLAN. Certaines restrictions – inhérentes aux spécificités techniques du produit Dedicated VLAN – continuent à s'appliquer.

⁸⁵ Les C-VLANs (ou *Customer VLANs*) constituent l'ensemble des VLANs alloués à un client spécifique de l'opérateur alternatif. Leur nombre et leur nature varie en fonction des services et de la configuration du réseau de l'opérateur alternatif.

⁸⁶ Le S-VLAN (ou *Service VLAN*) constitue le VLAN de service de l'opérateur de transport, c'est-à-dire de Belgacom.

⁸⁷ Voir Décision entreprise, point 94.

De manière plus générale, l'organisation – dans le cadre de l'option WBA VDSL2 Dedicated VLAN – du trafic de données à partir de l'UNI jusqu'à l'OAL peut être schématisée comme suit⁸⁸ :



Dans le cadre du schéma figurant ci-dessus, l'opérateur alternatif connecté au réseau Ethernet de Belgacom dispose de deux clients : le « OLO CUSTOMER A » et le « OLO CUSTOMER B ». Une série de C-VLANs spécifiques sont alloués à ces deux clients : le « C-VLAN a » et le « C-VLAN aa » pour le « OLO CUSTOMER A » et le « C-VLAN b » et le « C-VLAN bb » pour le « OLO CUSTOMER B ». L'ISAM (ou le DSLAM) introduit les C-VLANs de chaque client dans un canal dédié par le biais d'un S-VLAN spécifique à chaque client : le « VLAN dedicated to OLO customer A » et le « VLAN dedicated to OLO customer B ». Ces canaux se chargent d'acheminer les C-VLANs des deux clients de l'opérateur alternatif jusqu'à l'OAL.

De manière plus spécifique, les spécificités liées à l'option Dedicated VLAN viennent moduler la structure de la trame Ethernet transitant à travers le réseau de Belgacom de la manière suivante :

- Les différents C-VLANs en provenance de l'utilisateur final de l'opérateur alternatif sont identifiés par un ou plusieurs *tags* VLAN⁸⁹ (ou *inner tags*) associés et empilés au niveau de l'en-tête de la trame Ethernet. Ces *tags* sont appelés *inner tags* dans la mesure où ils sont placés au niveau le plus éloigné – donc le plus à l'intérieur – de l'extrémité de l'en-tête (juste après la charge utile de la trame) et dans la mesure où ils seront donc exploités en dernier (après le traitement du S-VLAN)⁹⁰ ;
- Le S-VLAN ajouté par l'ISAM se traduit par l'introduction d'un *tag* VLAN complémentaire (ou *outer tag*) au niveau de l'en-tête de la trame Ethernet. Ce *tag* est appelé *outer tag* dans la mesure où il se situe à un niveau plus proche – donc plus à

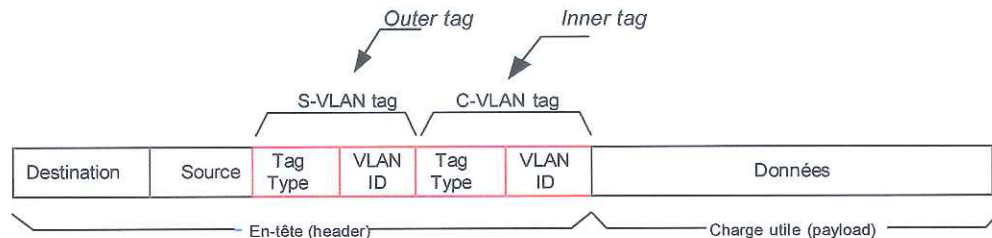
⁸⁸ Le schéma repris ci-dessous figure à la page 12 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence (version 9b).

⁸⁹ Un *tag* peut être défini comme une forme d'identifiant d'une information donnée.

⁹⁰ Voir Décision entreprise, note de bas de page 31.

l'extérieur – de l'extrémité de l'en-tête que les *tags* relatifs aux C-VLANs et dans la mesure où il sera donc exploité en premier⁹¹.

La structure complète de la trame Ethernet dans le cadre de l'option Dedicated VLAN – intégrant les *inner tags* et l'*outer tag* – peut être visualisée comme suit⁹² :



b) Distinction par rapport à un produit de type ligne louée

30. **Caractéristiques générales d'une ligne louée.** Comme déjà indiqué dans les développements qui précèdent, l'IBPT a défini les lignes louées dans sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées de la manière suivante : « [l]es lignes louées sont des liaisons point à point permanentes et dédiées reliant deux sites distincts. Elles peuvent être utilisées pour la transmission de tout type de données »⁹³. Dans la même Décision, l'IBPT précise également que, dans le cadre d'un produit de type ligne louée, « la capacité ne peut être partagée (contention) entre utilisateurs étant donné que le réseau ne peut distinguer entre la présence et l'absence de données envoyées »⁹⁴.

Il ressort de ces différents extraits qu'un produit de type ligne louée se distingue d'autres produits notamment au regard des caractéristiques suivantes :

- Une ligne louée est une liaison point à point reliant deux sites distincts ;
- Une ligne louée est un lien dédié reposant sur une attribution fixe et permanente de ressources ;
- Une ligne louée doit nécessairement être considérée comme une liaison totalement transparente par rapport aux données qui transitent dans le sens où elle ne peut distinguer la présence ou l'absence de données envoyées.

31. **Distinction quant aux caractéristiques techniques des deux types de produits.** Le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ne peut en aucun cas être assimilé à un produit de type ligne louée dans la mesure où les caractéristiques techniques de ces deux produits diffèrent fondamentalement.

De manière générale, rappelons que le produit WBA VDSL2 se fonde sur une technologie de commutation de paquets impliquant que les données en provenance des utilisateurs finals de

⁹¹ Voir Décision entreprise, note de bas de page 30.

⁹² La figure reprise ci-dessous est contenue au point 93 de la Décision entreprise mais a légèrement été adaptée par Belgacom pour mieux refléter l'offre de référence.

⁹³ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 1:3.

⁹⁴ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 1:2.

l'opérateur alternatif sont analysées par des équipements de couche 2 – assurant une fonction d'acheminement – tels que les commutateurs. A l'inverse, une ligne louée repose sur une attribution fixe et permanente de ressources entre la source et la destination des données impliquant que le réseau n'effectue aucune opération d'acheminement des données et que le transit se réalise par conséquent de manière totalement transparente⁹⁵. Ce constat révèle à lui-même qu'un service d'accès à un débit binaire tel que celui fourni sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN se distingue fondamentalement, d'un point de vue technique, d'un produit de type ligne louée.

De manière plus spécifique, le seul type de ligne louée au regard duquel le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN pourrait éventuellement être comparé sur certains points limités serait une ligne louée de nouvelle génération (NGLL ou *Next Generation Leased Line*) configurée sous la forme d'un circuit partiel (ou *partial circuit*), c'est-à-dire sous la forme d'un segment reliant un utilisateur final au PoP⁹⁶. Une NGLL se compose d'une section locale – la liaison entre l'utilisateur final et le LEX – et d'une *E-Line* (ou *Ethernet Line*)⁹⁷ reposant sur le protocole Ethernet / MPLS (réseau d'agrégation)⁹⁸.

Si l'IBPT a pu juger, dans sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, que la section *E-Line* d'une NGLL peut éventuellement être comparée au segment entre le LEX et le PoP du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN configuré de manière très spécifique⁹⁹, il a toutefois bien précisé qu'un service d'accès à un débit binaire

⁹⁵ Dans la version coordonnée de sa Décision du 17 janvier 2007 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, l'IBPT précise ainsi que « [l]es lignes louées offrent une capacité totalement transparente » et qu'« [elles] offrent en outre une capacité fixe de manière intrinsèque » (page 89 de la version coordonnée – telle que reprise à l'annexe 2 de la Décision de réfection du 14 septembre 2010 – de la Décision du Conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « lignes louées », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *marché 7 : ensemble minimal de lignes louées de détail, marché 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées et marché 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain*).

⁹⁶ Sur la notion de circuit partiel, voir le point 4:39.1 de la Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*.

⁹⁷ L'*E-Line* est un type de service Ethernet défini par le MEF (*Metro Ethernet Forum*). Le MEF est une association dont l'objectif est de faciliter le développement des services et des réseaux reposant sur la technologie Ethernet par le biais notamment de la définition de standards technologiques communs.

⁹⁸ Voir notamment le point 1:7 de la Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*.

⁹⁹ L'IBPT précise en effet que la section *E-Line* des NGLL ne peut être comparée au segment entre le LEX et le PoP du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN que lorsque ce produit est fourni selon une qualité de service (QoS ou *Quality of Service*) maximale, c'est-à-dire avec un Pbit égal à 5 correspondant, conformément à ce qui est indiqué à la page 12 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence (version 9b), au service de plus haute priorité (Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:76). Belgacom tient à préciser qu'elle se réfère à la comparaison effectuée par l'IBPT entre le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN et la section *E-Line* des NGLL sous toute réserve. L'offre de référence ne contient aucun élément susceptible de laisser supposer que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN pourrait être comparé – même en ce qui concerne le segment entre l'utilisateur final et le PoP – à une *E-Line* telle que définie par le MEF.

tel que celui reposant sur le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN se distingue clairement d'une NGLL du point de vue des équipements utilisés dans le cadre du segment local (c'est-à-dire entre l'utilisateur final et le LEX) :

« [Une NGLL [ligne louée] et un service d'accès à un débit binaire] font usage d'infrastructures distinctes pour la section locale du service (c'est-à-dire entre l'utilisateur final et le LEX). Les segments terminaux de lignes louées utilisent principalement l'infrastructure FTTO et, à titre subsidiaire, l'infrastructure cuivre par multiplexage inverse (bonding). Pour sa part, l'accès à un débit binaire insère un équipement supplémentaire – le MSAN / DSLAM [ISAM] que ce soit sur cuivre ou sur fibre – qui fournit des services supplémentaires d'agrégation et de partage de bande passante et peut imposer des contraintes spécifiques »¹⁰⁰ ;

« L'équipement DSLAM utilisé dans le cadre du service d'accès à un débit binaire WBA et les modems fournis par Belgacom dans ce cadre n'offrent pas la transparence annoncée par leurs fournisseurs (certains éléments de protocole sont bloqués par les équipements) ; même si les problèmes constatés devaient être corrigés par de prochaines mises à jour logicielles de ces équipements, Belgacom ne pourrait garantir une transparence totale, c'est-à-dire hors des fonctions qu'elle a déjà testées elle-même. L'accès à un débit binaire ne permet dès lors pas de garantir un service transparent à l'utilisateur »¹⁰¹.

Il ressort de ces extraits que l'IBPT reconnaît explicitement que les équipements utilisés dans le cadre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – c'est-à-dire l'ISAM (ou DSLAM) ainsi que le CPE (ou modem) – n'offrent pas la transparence annoncée par leurs fournisseurs et que Belgacom ne peut donc garantir une transparence totale, en dehors des fonctions qu'elle a déjà testées elle-même¹⁰². Le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN diffère donc clairement d'un produit de type ligne louée. Les différences techniques importantes existant entre un service d'accès à un débit binaire tel que celui reposant sur le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN et les segments terminaux de lignes louées de gros tels que les NGLL conduisent d'ailleurs l'IBPT à considérer que ces deux services ne sont pas substituables et ne peuvent donc pas être intégrés dans le même marché pertinent de produits¹⁰³.

32. **Distinction quant aux applications liées aux deux types de produits.** Le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN doit également être bien distingué d'un produit de type ligne louée au regard du type d'applications ou de services qui sont susceptibles d'être fournis sur leur base.

¹⁰⁰ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:76 (Belgacom souligne).

¹⁰¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78 (Belgacom souligne).

¹⁰² Comme elle le précisera encore davantage dans les développements qui suivent, Belgacom souligne toutefois que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN offre malgré tout un niveau élevé de transparence, supérieur à celui qui est associé à l'option Shared VLAN et tout à fait suffisant et approprié en vue de fournir les services auxquels le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN est destiné. En ce sens, l'offre de référence ne peut être considérée comme erronée du simple fait qu'elle contient certaines garanties liées à un traitement transparent du trafic de données.

¹⁰³ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, p 118, conclusion C13.

Comme Belgacom l'a déjà précisé, un produit de type ligne louée sera typiquement utilisé en vue de fournir une connectivité directe et totalement transparente de point à point entre deux sites de l'utilisateur final de l'opérateur alternatif. A l'inverse, les spécificités techniques d'un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN – notamment le fait que ce produit mobilise une technologie de commutation de paquets et non une capacité fixe de manière intrinsèque – le destine davantage à être utilisé en vue de fournir une connectivité multipoint à multipoint (*any-to-any*) entre une série de sites telle que celle mise en œuvre dans le cadre d'un réseau privé virtuel (*Virtual Private Network* ou VPN)¹⁰⁴. Dans le cadre d'un service de type VPN, les données en provenance du site d'un utilisateur final seront acheminées sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN jusqu'à l'OAL de l'opérateur alternatif fonctionnant comme une sortie multipoint vers l'ensemble des sites connectés au site d'origine des données¹⁰⁵. Les opérateurs alternatifs faisant usage du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN vont en outre généralement configurer leur propre service de couche 3 – via le placement d'un ou plusieurs routeur(s) – au-dessus du produit de couche 2 fourni par Belgacom¹⁰⁶.

Belgacom souligne que l'IBPT a lui-même entendu distinguer les services de type ligne louée des services de type VPN – se fondant sur un produit tel que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN –. Il a ainsi précisé qu'« [u]ne liaison louée est totalement transparente tandis que les VPN imposent l'utilisation d'un protocole »¹⁰⁷. L'Institut a par conséquent jugé que des services de données tels que le VPN n'étaient pas substituables à des services de type ligne louée et que ces deux types de services ne devaient donc pas être inclus dans le même marché pertinent de produits¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Un VPN est un système permettant de créer une connectivité virtuelle entre une série de sites distants. Un VPN peut être mis en œuvre au niveau de la couche 2 sur la base d'une technologie telle que l'Ethernet (Ethernet VPN) : il permettra alors de regrouper virtuellement l'ensemble des sites comme s'ils appartenaient tous au même LAN. Dans la grande majorité des cas, les opérateurs alternatifs qui souscrivent à une solution commerciale de gros de type VPN au niveau de la couche 2 (ou au produit régulé WBA VDSL2 qui est également un service de couche 2) configureront leur propre service de couche 3 à l'égard de l'utilisateur final. Au niveau de détail, un service de type VPN sera dans la grande majorité des cas mis en œuvre au niveau de la couche 3 (IP VPN) : il permettra alors d'interconnecter différents LANs correspondant aux différents sites via un service IP sollicitant la mise en place de routeurs et permettant de proposer des services à valeur ajoutée.

¹⁰⁵ Il est possible que le site d'origine soit connecté à un seul site de destination. Même si, sous un angle réducteur, cela peut être vu comme un raccordement de deux sites en connexion point à point, il reste néanmoins que les données seront toujours acheminées par voie de commutation et transiteront par l'OAL qui constitue une sortie multipoint. Ces caractéristiques conduisent à devoir clairement distinguer les services susceptibles d'être fournis sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN des services assurant une liaison louée entièrement fixe et dédiée entre deux sites distincts.

¹⁰⁶ Ces opérateurs alternatifs fournissent alors un service de type IP VPN à leurs utilisateurs finals.

¹⁰⁷ Page 45 de la version coordonnée – telle que reprise à l'annexe 2 de la Décision de réfection du 14 septembre 2010 – de la Décision du Conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « lignes louées », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *marché 7 : ensemble minimal de lignes louées de détail, marché 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées et marché 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain*.

¹⁰⁸ Voir, à cet égard, Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, points 3:61 et 3:62. Voir également page 47 de la version coordonnée – telle que reprise à l'annexe 2 de la Décision de réfection du 14 septembre 2010 – de la Décision du Conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des

c) *Critique de l'approche suivie par l'IBPT*

33. **Méconnaissance des caractéristiques techniques du produit régulé.** Il ressort des développements qui précèdent que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN se distingue clairement – au regard de ses spécificités techniques ainsi que des caractéristiques des applications qui en découlent – d'un produit de type ligne louée. Partant, l'IBPT déforme le *scope* de l'offre de référence lorsqu'il tente précisément d'assimiler le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN à un service de transport de type ligne louée.

De manière plus spécifique, diverses critiques peuvent être formulées à l'égard de l'approche suivie par l'IBPT :

- Le produit WBA VDSL2 ne peut être intrinsèquement défini comme un produit visant à fournir un service de transport entièrement dédié de point à point entre deux sites d'un utilisateur final d'un opérateur alternatif, comme le fait pourtant l'IBPT. Ce produit dépend d'une technologie de commutation de paquets de données et est typiquement utilisé pour la mise en place de services de données de type VPN permettant une connectivité multipoint à multipoint et non point à point (de type *E-Line*) ;
- En assimilant les caractéristiques techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN à celles d'un produit de type ligne louée¹⁰⁹, l'IBPT méconnaît sa propre pratique régulatoire. Comme Belgacom l'a déjà indiqué¹¹⁰, l'IBPT a en effet bien précisé, dans sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, qu'un service d'accès à un débit binaire tel que celui reposant sur le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN devait clairement être distingué – du point de vue de ses caractéristiques techniques intrinsèques – d'un produit de type ligne louée dans la mesure où les équipements utilisés dans le cadre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN imposent certaines contraintes spécifiques. En outre, l'IBPT a également indiqué qu'un service de type VPN se distinguait également clairement d'un service de liaison louée¹¹¹ ;

opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « lignes louées », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *marché 7 : ensemble minimal de lignes louées de détail, marché 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées et marché 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain*). Le fait que l'absence de substituabilité entre des services de type VPN et des services de type ligne louée ait été déjà constatée par l'IBPT dans la version coordonnée de la Décision du 17 janvier 2007 – qui n'ajoute d'ailleurs rien, sur ce point, à la version initiale de la Décision du 17 janvier 2007 –, c'est-à-dire une version antérieure à la Décision du 8 août 2013, montre bien que l'Institut était déjà conscient, à cette époque, du fait que ces deux types de services – et donc les produits de gros sur lesquels ils s'appuient – impliquaient un degré de transparence différent.

¹⁰⁹ Comme Belgacom l'a déjà indiqué (voir paragraphe 25 *supra*), l'IBPT laisse en effet entendre, à diverses reprises, que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN devrait se comporter de manière totalement transparente – ce qui implique l'absence de toute intervention du réseau sur le trafic – à l'égard des données en provenance des utilisateurs finals de l'opérateur alternatif. Une transparence totale ne peut cependant être réalisée que dans le cadre d'un produit de type ligne louée.

¹¹⁰ Voir paragraphe 31 *supra*.

¹¹¹ Voir, à cet égard, paragraphe 32 *supra*.

- Belgacom relève par ailleurs que la position de l'IBPT, quant à la définition du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, a évolué entre le texte du projet de décision et le texte de la Décision entreprise. En ce qui concerne par exemple les applications types de l'option Dedicated VLAN, l'IBPT précisait ainsi au paragraphe 44 de son projet de décision :

« Les applications types de l'option Dedicated VLAN fréquemment utilisées par les opérateurs alternatifs sont :

- *La connexion de deux sites distants : accès IP ou IP Virtual Private Network (VPN)*
- *La téléphonie fixe sur IP (VoIP) ».*

Au paragraphe 52 de la Décision entreprise, l'IBPT précise à présent ce qui suit :

« Les applications types de l'option Dedicated VLAN fréquemment utilisées par les opérateurs alternatifs sont :

- *La connexion de deux sites distants : point à point [au lieu de « accès IP » dans le projet de décision] ou Virtual Private Network (VPN) [au lieu de « IP Virtual Private Network (VPN) » dans le projet de décision]*
- *La téléphonie fixe sur IP (VoIP) ».*

Belgacom constate que la description des applications types de l'option Dedicated VLAN effectuée par l'IBPT dans son projet de décision était plus en phase avec la réalité. La plupart des opérateurs ont effectivement recours à un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN en vue de configurer un service de couche 3 (service IP) par le biais par exemple de la mise en place d'un IP VPN. Les modifications apportées par l'IBPT dans la Décision entreprise conduisent à déformer – de manière peu crédible eu égard à ce qui était dit dans le projet de décision qui a soudainement évolué sur ce point – la portée réelle du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN et visent à tenter de rapprocher le plus possible ce produit d'un produit point à point de type ligne louée. La définition par l'IBPT du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN a donc toujours eu un caractère quelque peu flottant, ce qui atteste du manque de rigueur dont a fait preuve l'Institut dans le cadre de l'analyse du *scope* de l'offre de référence.

Belgacom rappelle enfin que le service LL de l'OLO X – qui semble avoir inspiré la définition par l'IBPT du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – est clairement considéré par l'OLO X comme une solution de remplacement d'un service de type ligne louée. Comme Belgacom l'a déjà indiqué, l'OLO X précise en outre que son service LL serait conforme à la définition d'une ligne privée Ethernet (*Ethernet Private Line* ou EPL) opérée par le MEF (*Metro Ethernet Forum*), l'EPL devant être considérée comme une catégorie très transparente d'*E-Line*¹¹².

En dehors du fait que rien ne permet d'affirmer, comme le fait pourtant l'OLO X, que l'offre de référence aurait été élaborée en référence aux standards du MEF¹¹³, Belgacom tient à

¹¹² [CONFIDENTIEL].

¹¹³ Le document de référence du MEF dans le cadre duquel les spécificités techniques du produit EPL sont précisées contient d'ailleurs une mention excluant clairement toute obligation de se conformer aux standards définis par le MEF : « []a mise en œuvre ou l'utilisation de standards ou de recommandations spécifiques Metro Ethernet ainsi que les spécifications du MEF doit être volontaire, et aucune entreprise ne sera tenue de les mettre en œuvre [...] » (traduction libre de l'extrait suivant : « []implementation or use of specific Metro Ethernet standards or recommendations and MEF specifications will be voluntary, and no company shall be obliged to implement them [...] »).

souligner, comme elle l'a déjà précisé¹¹⁴, que l'IBPT a précisément indiqué, dans sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN se distingue clairement d'une NGLL impliquant une section *E-Line*. Il est donc tout à fait erroné de considérer que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN pourrait être assimilé à un certain type d'*E-Line*.

Il ressort de ces différentes considérations que l'utilisation que l'OLO X a pu faire du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, dans le cadre de son service LL n'est pas conforme aux caractéristiques techniques de ce produit et se situe par conséquent en dehors du *scope* de l'offre de référence¹¹⁵. L'IBPT ne peut donc se référer, de manière explicite ou implicite, à la mise en œuvre du service LL de l'OLO X en vue de définir le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ou de tenter de démontrer l'existence d'une prétendue violation des obligations de transparence. A cet égard, Belgacom tient à souligner que l'offre de référence WBA VDSL2 de Belgacom est établie pour répondre aux résultats d'une analyse de marché qui concerne la fourniture de services d'accès à large bande et non de services de type ligne louée. L'IBPT ne peut donc laisser entendre – sans méconnaître la portée spécifique des analyses de marché qu'il a menées – qu'un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN est susceptible d'être utilisé précisément en vue de fournir des services de type ligne louée.

1.3 Analyse des applications développées par Belgacom sur la base du produit régulé

34. **Considération introductive liée à l'obligation de non-discrimination.** Belgacom a mis en œuvre son offre WBA VDSL2 sur la base des dispositions reprises dans la Décision d'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande¹¹⁶ telle que corrigée par la Décision du 2 septembre 2009¹¹⁷ et remplacée par la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande.

¹¹⁴ Voir paragraphe 31 *supra*.

¹¹⁵ Le fait que l'OLO X tente de configurer un service de couche 2 au-dessus d'un produit de couche 2 proposé par Belgacom – dont l'utilisation devrait normalement impliquer la configuration par les opérateurs alternatifs d'un service de couche 3 – constitue un exemple d'utilisation inadéquate du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN. Belgacom reviendra encore sur certains autres exemples d'utilisation inappropriée de ce produit dans le cadre de l'analyse des griefs spécifiques.

¹¹⁶ Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *Marché 11 : la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* et *Marché 12 : la fourniture en gros d'accès à large bande*.

¹¹⁷ Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande.

A cet égard, Belgacom était notamment soumise – et est toujours soumise – à une obligation de non-discrimination lui imposant de proposer sur le marché de l'accès en gros à large bande les mêmes prestations aux opérateurs alternatifs que celle qu'elle utilise elle-même. L'obligation de non-discrimination – telle qu'elle s'appliquait lors de la mise en œuvre de l'offre WBA VDSL2 – est notamment précisée dans la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande de la manière suivante :

« *En matière de non-discrimination, les obligations suivantes sont actuellement imposées à Belgacom :*

- *proposer sur le marché de l'accès en gros large bande les mêmes prestations aux opérateurs alternatifs que celles qu'elle utilise elle-même. Le principe de non-discrimination permet aux opérateurs alternatifs de proposer une qualité de service et des tarifs équivalents à ceux de l'opérateur puissant, et assure par conséquent des conditions de concurrence équilibrées.*
- *Le jour où une offre de détail large bande est commercialisée, adapter son offre d'accès à un débit binaire de manière à ce qu'elle permette la duplication par ses concurrents de la nouvelle offre de détail de Belgacom (ADSL2, ADSL2+, SDSL, VDSL, VDSL2). Cette obligation concerne également les offres actuelles pour lesquelles il n'existe pour l'instant pas d'offres de gros équivalentes (comme les services VDSL d'accès à Internet haut débit) »¹¹⁸.*

Jointe à l'obligation de publication d'une offre de référence, l'obligation de non-discrimination implique que les opérateurs alternatifs soient en mesure, sur la base des spécificités détaillées dans le cadre de l'offre de référence, de proposer des offres de détail équivalentes à celles de Belgacom. *A contrario*, il y a lieu de souligner que Belgacom ne peut être tenue de proposer une offre de référence adaptée à tout type de besoin des opérateurs alternatifs, y compris les utilisations ne correspondant à aucune offre de détail de Belgacom et qui, par conséquent, n'ont pas nécessairement été testées par elle. En ce qui concerne la transparence des équipements liés au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, l'IBPT a ainsi par exemple précisé que « *Belgacom ne pourrait garantir une transparence totale, c'est-à-dire hors des fonctions qu'elle a déjà testées elle-même [et qui correspondent à ses offres de détail] »¹¹⁹. Cet extrait illustre bien le constat selon lequel le *scope* de l'offre de référence publiée par Belgacom ne peut être étendu au-delà des utilisations correspondant aux offres de détail qu'elle a elle-même développées sur la base du produit de gros proposé. Belgacom précise d'ailleurs explicitement dans son offre de référence que « [l]e service WBA VDSL2 ne sera offert que s'il est techniquement réalisable et conforme avec le déploiement du VDSL2 dans le réseau de Belgacom »¹²⁰.*

35. **Le service Explore de Belgacom.** Lors de la soumission de son projet d'offre de référence le 16 avril 2009 visant à ajouter l'option Dedicated VLAN dans l'offre de référence WBA VDSL2, Belgacom a mis à disposition des opérateurs alternatifs une description des informations techniques utilisées en interne pour adresser dès juillet 2009 la clientèle

¹¹⁸ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, point 1018 (Belgacom souligne) ; voir également la page 78 de la Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande.

¹¹⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78.

¹²⁰ Traduction libre de l'extrait suivant : « [t]he WBA VDSL2 Service is only offered if technically feasible and in accordance with VDSL2 deployment in Belgacom network » (document « *Main Body* » de l'offre de référence, section 2 « *Scope* », version 10 (et 9b), p. 6).

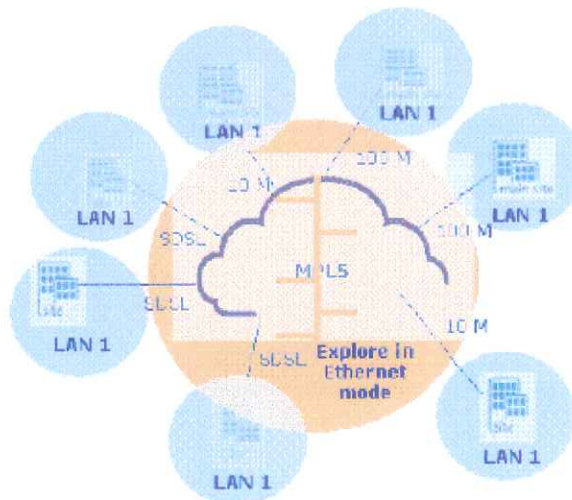
professionnelle sur le marché de détail sur la base d'une solution VDSL2 de type Dedicated VLAN : il s'agit de la solution Explore de Belgacom.

Le service Explore de Belgacom – proposé sur la base d'un produit WBA VDSL2 de type Dedicated VLAN – est un service de type VPN permettant de fournir une connectivité de type multipoint à multipoint entre une série de sites distants sur la base du réseau MPLS de Belgacom. Deux types de services VPN sont proposés par Belgacom dans le cadre de son service Explore¹²¹ :

- Un service Ethernet VPN

Un service Ethernet VPN est un service mis en œuvre au niveau de la couche 2 du modèle OSI permettant de regrouper virtuellement l'ensemble des sites interconnectés comme s'ils appartenaient tous au même LAN, le réseau MPLS de Belgacom fonctionnant comme un commutateur¹²².

Le service Explore de Belgacom, configuré en mode Ethernet VPN, peut être schématisé comme suit :



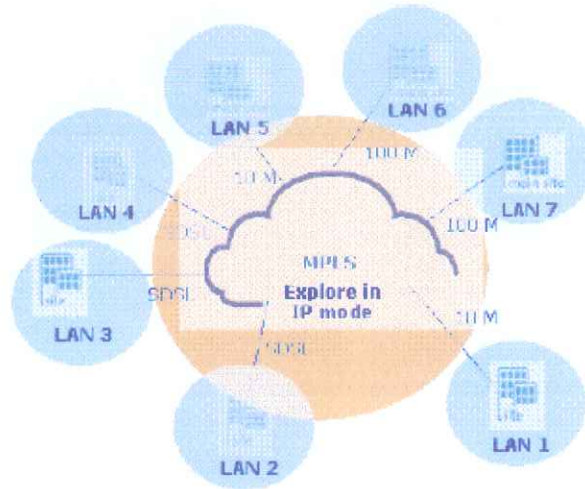
- Un service IP VPN

Un service IP VPN est un service de détail mis en œuvre au niveau de la couche 3 du modèle OSI (service IP) permettant d'interconnecter différents LANs correspondant aux différents sites via un service IP sollicitant la mise en place de routeurs.

¹²¹ Les informations ainsi que les schémas figurant ci-dessous sont issus d'un document disponible sur le site de Belgacom et intitulé « *The Explore Service Platform* ».

¹²² Le service Ethernet VPN est essentiellement fourni au niveau de gros aux opérateurs alternatifs. Ces derniers vont en général configurer sur cette base leur propre service de couche 3 en plaçant un routeur. Le service Ethernet VPN est très peu vendu au niveau de détail, ce qui confirme que les besoins des utilisateurs finals vont essentiellement dans le sens d'un réseau de couche 3 de type IP VPN.

Le service Explore de Belgacom, configuré en mode IP VPN, peut être schématisé comme suit :



Comme Belgacom l'a déjà précisé¹²³, des services de type VPN – déployés au niveau de la couche 2 ou de la couche 3 – tels que les services associés à la solution Explore de Belgacom doivent clairement être dissociés d'un service de type ligne louée. Un VPN fournit une connectivité multipoint à multipoint sur la base d'un réseau de commutation de paquets tandis qu'une ligne louée fournit une liaison point à point fixe et permanente.

36. **Méconnaissance par l'IBPT du cadre réglementaire.** Comme il ressort des développements qui précèdent, Belgacom n'est pas tenue de proposer une offre de référence adaptée à des besoins très spécifiques d'opérateurs alternatifs ne correspondant pas du tout à un service VPN similaire au service Explore de Belgacom. A cet égard, une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN en vue de fournir un service point à point équivalent à une ligne louée – tel que le service LL de l'OLO X – n'entre manifestement pas dans le *scope* de l'offre de référence.

En prétendant que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN viserait à fournir un service de type ligne louée¹²⁴, l'IBPT déforme donc le *scope* de l'offre de référence et méconnaît le cadre réglementaire et, en particulier, la portée de l'obligation de non-discrimination. L'IBPT aurait dû associer le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN principalement à des applications multipoint à multipoint de type VPN. En outre, l'analyse de la conformité aux obligations de transparence développée par l'IBPT aurait également dû se faire en référence aux spécificités techniques d'un service de type VPN fonctionnant sur la base d'un réseau de commutation de paquets de type MPLS et non au regard des spécificités techniques très particulières d'un service de type ligne louée.

Belgacom précise par ailleurs que si l'OLO X souhaitait répliquer une offre de détail de type ligne louée, elle aurait dû plutôt s'orienter vers une offre de gros de type BROTSOLL (*Belgacom Reference Offer for Terminating Segments of Leased Lines*) configurée par exemple sous la forme d'un circuit partiel¹²⁵. Cette offre de référence correspond précisément

¹²³ Voir paragraphe 32 *supra*.

¹²⁴ Voir par exemple les points 50, 51 et 52 de la Décision entreprise.

¹²⁵ D'autres produits alternatifs auraient également pu être exploités par l'OLO X tels qu'une solution commerciale Explore déployée sur une technologie d'accès de type EFM (*Ethernet in the First Mile*) plutôt que de type VDSL2.

aux résultats de l'analyse de marché de l'IBPT qui porte sur les produits de lignes louées, ce qui n'est manifestement pas le cas de l'offre WBA VDSL2.

1.4 Conclusion

37. **Appréciation erronée du scope de l'offre de référence.** Il ressort des développements qui précèdent que la motivation de l'IBPT est entachée d'une série d'erreurs d'appréciation liées à la définition du *scope* de l'offre de référence. Ces erreurs qui se répercutent sur l'ensemble de la Décision doivent à elles seules mener à un constat d'illégalité de la Décision entreprise. En outre, ces erreurs impliquent, de manière plus générale, que l'ensemble de l'analyse de l'IBPT en ce qui concerne la conformité aux obligations de transparence est biaisée dans la mesure où, comme cela sera analysé dans le cadre des développements qui suivent, elle est développée en référence à des spécificités techniques très particulières – non conformes au *scope* de l'offre de référence – liées à un produit de type ligne louée.

2 Absence de violation des obligations réglementaires de transparence

38. **Résumé de la Décision entreprise.** Selon l'IBPT, une série de spécifications techniques – relatives au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – contenues dans les dispositions 5.1, 7.4.2, 7.7.1 et 11.2.2.1 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence seraient incorrectes dans la mesure où elles seraient contraires à la réalité du terrain¹²⁶. Partant, l'IBPT considère que Belgacom viole les obligations de transparence qui s'imposent à elle dans le cadre de la publication de l'offre de référence.

De manière plus spécifique, l'IBPT identifie quatre griefs qui attesteraient d'une contradiction entre les informations contenues dans l'offre de référence et la réalité du terrain :

- Un grief relatif à certaines limitations en débit de certains types de données¹²⁷ ;
- Un grief relatif à la transparence des VLANs¹²⁸ ;
- Un grief relatif à la transparence des protocoles de contrôle de couche 2 (L2CP ou *Layer 2 Control Protocol*)¹²⁹ ;
- Un grief relatif au [CONFIDENTIEL]¹³⁰.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera que la motivation de l'IBPT relative à la conformité avec les obligations réglementaires de transparence repose sur des éléments manifestement erronés, est entachée de nombreuses incohérences et/ou contradictions et méconnaît certains principes du cadre réglementaire sectoriel. Pour ce faire, Belgacom analysera, dans un premier temps, la portée des obligations de transparence. Cette analyse lui permettra de préciser en quoi l'approche suivie par l'IBPT méconnaît la portée réelle de ces obligations. Dans un second temps, Belgacom démontrera qu'il n'est pas du tout établi, contrairement à ce que l'IBPT prétend, qu'elle aurait violé les obligations de transparence qui s'imposent à elle. Enfin, Belgacom développera une série de considérations additionnelles démontrant que l'analyse de l'impact développée par l'IBPT en lien avec les

¹²⁶ Décision entreprise, point 43.

¹²⁷ Décision entreprise, points 55 à 87.

¹²⁸ Décision entreprise, points 88 à 118.

¹²⁹ Décision entreprise, points 119 à 146.

¹³⁰ Décision entreprise, points 147 à 174.

différents griefs qu'il retient est manifestement erronée et lacunaire et ne peut donc être retenue.

2.1 Analyse de la portée des obligations de transparence

39. **Résumé de la Décision entreprise.** L'IBPT précise que, lors de la soumission de son projet d'offre de référence le 16 avril 2009 visant à ajouter l'option Dedicated VLAN dans l'offre de référence WBA VDSL2, Belgacom était soumise aux obligations de transparence résultant de la Décision d'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande¹³¹ telle que corrigée par la Décision du 2 septembre 2009¹³². Ces obligations ont été maintenues par la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande.

De manière générale, il ressort de la Décision entreprise que l'IBPT décompose l'obligation générale de transparence – telle qu'identifiée dans le cadre des décisions susmentionnées – en deux obligations de transparence spécifiques¹³³ :

- Une obligation de publier une offre de référence : selon cette obligation, Belgacom serait tenue de faire figurer dans l'offre de référence l'ensemble des informations techniques qu'elle connaissait ou qu'elle devait raisonnablement connaître lors de la publication de l'offre de référence ;
- Une obligation de mettre l'offre de référence à jour : selon cette obligation, Belgacom serait tenue de corriger dans un délai raisonnable des éléments de son offre de référence qui s'avèreraient erronés ou induisant en erreur.

De manière plus spécifique, l'IBPT précise que le respect de ces obligations implique notamment que Belgacom fasse clairement figurer dans l'offre de référence, lors de sa publication initiale ou lors d'une éventuelle mise à jour, l'ensemble des informations relatives aux caractéristiques et limitations techniques du produit régulé¹³⁴.

Dans le cadre de la section de la Décision entreprise consacrée à l'analyse de l'impact lié aux griefs retenus par l'IBPT, ce dernier ajoute que les obligations de transparence doivent être interprétées à la lumière de leurs objectifs¹³⁵. Le respect des obligations de transparence permet ainsi, selon l'IBPT, de garantir le respect de l'objectif de promotion de la concurrence et le respect d'autres obligations réglementaires telles que celle de non-discrimination¹³⁶. Il ressortirait de ces considérations que la présence d'informations (prétendument) incorrectes et induisant en erreur dans l'offre de référence aurait, de manière automatique, un impact

¹³¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *Marché 11 : la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux* et *Marché 12 : la fourniture en gros d'accès à large bande*.

¹³² Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande.

¹³³ Décision entreprise, points 35 à 40.

¹³⁴ Décision entreprise, point 40.4.

¹³⁵ Décision entreprise, points 175 à 185.

¹³⁶ Voir notamment les points 175 et 177 de la Décision entreprise.

négatif sur les opérateurs alternatifs dans la mesure où les objectifs liés aux obligations de transparence ne seraient pas respectés¹³⁷.

40. **Portée de l'obligation de publication d'une offre de référence.** Sous réserve de ce qui a déjà été relevé quant à l'illégalité de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, Belgacom ne conteste pas qu'elle soit soumise à une obligation de publication d'une offre de référence lui imposant d'informer les opérateurs alternatifs sur les conditions et les caractéristiques techniques du produit régulé. Cependant, cette obligation ne peut être étendue, comme l'IBPT le reconnaît pourtant lui-même, au-delà des informations que Belgacom connaissait ou devait raisonnablement connaître lors de la publication de l'offre de référence. Ce constat est d'ailleurs confirmé dans le cadre de la position commune du BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) du 8 décembre 2012 sur les bonnes pratiques en matière d'obligations sur le marché de la large bande, à laquelle l'IBPT se réfère lui-même¹³⁸. Cela ressort notamment de l'extrait suivant de ce document du BEREC :

« Les ARNs devraient imposer aux opérateurs PSM de fournir un accès selon des termes et conditions clairs (y compris ceux qui relèvent des services auxiliaires pertinents) par le biais de la publication d'une Offre de Référence (Reference Offer ou RO), dont les éléments-clés devraient être spécifiés ou approuvés par l'ARN. Tous les termes et conditions matérielles relatives au contrat qui sont connus ou qui doivent être raisonnablement connus au moment de la publication devraient être couverts de manière claire »¹³⁹.

Belgacom relève qu'il ressort également de ce passage que l'offre de référence n'a pas vocation à englober – comme l'IBPT semble pourtant le laisser entendre à diverses reprises dans la Décision entreprise – tout type d'information lié à tout type d'utilisation potentielle du produit régulé – surtout si le type d'utilisation n'est pas conforme au *scope* de l'offre de référence, comme c'est le cas de l'utilisation faite par l'OLO X – mais doit se limiter à intégrer les éléments-clés susceptibles d'informer les opérateurs alternatifs sur les spécificités techniques du produit régulé (en rapport précisément avec le *scope* de cette offre¹⁴⁰).

De manière plus spécifique, les informations techniques connues par Belgacom ou que Belgacom devait raisonnablement connaître lors de la publication de l'offre de référence doivent nécessairement se limiter aux informations suivantes :

- Les informations dont Belgacom a pu avoir connaissance sur la base des tests qu'elle a effectués en vue de développer ses propres services sur la base du produit régulé et qui se situent dans le domaine d'application (*scope*) de l'offre de référence ;

¹³⁷ Voir notamment le point 185 de la Décision entreprise.

¹³⁸ Décision entreprise, point 37.

¹³⁹ Traduction libre de l'extrait suivant : « *NRA*s should require SMP operators to provide clarity of terms and conditions of access (including those relating to relevant ancillary services) by publishing a Reference Offer (RO), the key elements of which should be specified or approved by the NRA. All material contractual terms and conditions which are known or knowable at the time of publication should be covered clearly » (BEREC, 8 décembre 2012, *Common position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*, BoR (12) 128, p. 10 ; Belgacom souligne).

¹⁴⁰ Il serait manifestement déraisonnable de considérer que lors de la rédaction de l'offre de référence toute utilisation éventuelle, possible et imaginable, du produit régulé devrait être envisagé par l'opérateur en question. Comme il a déjà été relevé, une offre de référence vise un objectif particulier par rapport à des marchés spécifiquement visés et toute obligation de transparence doit dès lors également être interprétée et appliquée à la lumière et conformément à cet objectif.

- Les informations que Belgacom a été amenée à connaître de manière effective sur la base de la documentation technique des fournisseurs d'équipement¹⁴¹.

41. **Portée de l'obligation de mettre l'offre de référence à jour.** Belgacom constate que l'obligation de mettre à jour l'offre de référence – telle qu'elle s'appliquait, selon l'IBPT, lors de la publication des spécificités liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – n'a été précisée que dans la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande de la manière suivante :

« L'offre de référence doit être tenue à jour. Conformément à l'article 59 §4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'IBPT doit pouvoir modifier à tout moment l'offre de référence notamment afin de tenir compte de l'évolution des offres de Belgacom et des demandes des opérateurs alternatifs. Belgacom a l'obligation de répondre aux demandes de l'IBPT de publications d'éléments supplémentaires lorsque ces demandes sont justifiées, proportionnées et ont fait l'objet d'une concertation préalable »¹⁴² ;

« Belgacom ou tout bénéficiaire de l'offre de référence peut proposer des modifications à cette dernière. Conformément à l'article 59, §5, alinéa 1er, de la loi du 13 juin 2005, les modifications proposées ne peuvent être incluses dans l'offre de référence qu'avec l'accord de l'IBPT »¹⁴³.

Il ressort de cet extrait que Belgacom n'est aucunement soumise à une obligation absolue de mettre à jour l'offre de référence. C'est à l'IBPT qu'il revient en premier lieu de solliciter une modification de l'offre de référence. Belgacom est subsidiairement soumise à une obligation de répondre aux demandes de l'IBPT de publication d'éléments supplémentaires pour peu que ces demandes soient justifiées, proportionnées et aient fait l'objet d'une concertation préalable. Comme cela ressort également de l'extrait figurant ci-dessus, Belgacom – tout comme tout autre opérateur alternatif bénéficiaire de l'offre de référence tel que l'OLO X¹⁴⁴ – a tout au plus la faculté – et non l'obligation – de proposer une modification de l'offre de référence, ces modifications ne pouvant être incluses dans l'offre de référence qu'avec l'accord de l'IBPT¹⁴⁵.

En outre, la nécessité de mettre l'offre de référence à jour ne s'étend pas – tout comme au moment de la publication de l'offre de référence – à tout type d'information lié à tout type d'utilisation du produit régulé. Comme cela ressort de la position commune du BEREC du 8

¹⁴¹ A titre d'illustration, il ressort par exemple de la Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, que des garanties de transparence liées aux équipements utilisés dans le cadre du produit WBA VDSL2 ne peuvent être offertes par Belgacom que sur la base de la documentation technique des fournisseurs de ces équipements ainsi que des fonctions qu'elle a déjà testées elle-même (Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03))* et *fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78).

¹⁴² Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, point 1160 (Belgacom souligne).

¹⁴³ Comme elle le précisera encore dans les développements qui suivent, Belgacom constate, à cet égard, que l'OLO X n'a jamais entendu solliciter de modification de l'offre de référence alors que cette procédure lui était ouverte.

¹⁴⁴ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, point 1161 (Belgacom souligne).

¹⁴⁵ Le temps pris par l'autorité de régulation pour procéder à l'approbation de la mise à jour peut d'ailleurs être indicatif (comme en l'espèce) de la « nécessité » de cette mise à jour et de son impact.

décembre 2012 précitée, seuls les changements pertinents sont susceptibles – dans la mesure du nécessaire – de justifier une mise à jour des informations contenues dans l’offre de référence :

« Les ARNs devraient imposer aux opérateurs PSM de mettre à jour l’offre de référence si nécessaire, et en temps utile [...], en vue de refléter les changements pertinents tels que des développements en lien avec l’évolution du marché et de la technologie et / ou des changements relatifs aux prix, aux termes et conditions des services existants ou aux caractéristiques techniques et opérationnelles. Si les ARNs suivent un processus d’autorisation préalable, elles devraient imposer également aux opérateurs PSM de les informer avant la publication des amendements nécessaires à l’offre de référence »¹⁴⁶.

De manière plus spécifique, Belgacom tient à formuler les remarques suivantes en lien avec la faculté qu’elle a de proposer une mise à jour de l’offre de référence en fonction d’éventuels changements pertinents :

- La mise à jour de l’offre de référence ne porte évidemment pas sur des informations confidentielles – tels que les limitations ou *bugs* (dysfonctionnements ou erreurs) éventuels affectant le fonctionnement des équipements conçus par les fournisseurs – dont la mise à disposition serait susceptible de porter atteinte à la sécurité des réseaux ou couvertes par la confidentialité des contrats conclus avec les fournisseurs d’équipements. Ces informations confidentielles ne peuvent éventuellement, si cela s’avère nécessaire, être communiquées par Belgacom à l’opérateur alternatif que par le biais d’échanges bilatéraux ou par le biais d’un canal de discussion prévu dans le cadre de l’offre de référence¹⁴⁷ ;
- La mise à jour ne peut avoir lieu que si Belgacom a été en mesure de vérifier l’adéquation de l’offre de référence avec une configuration spécifique mise en place par un opérateur alternatif et pour autant que cette configuration rentre dans le *scope* de l’offre. Cette vérification doit nécessairement se faire par le biais de tests spécifiques et implique par ailleurs que l’opérateur alternatif concerné communique les caractéristiques spécifiques de la configuration qu’il souhaite mettre en œuvre ;
- Une mise à jour de l’offre de référence n’a pas vocation à intégrer des spécificités nouvelles liées à des utilisations du produit régulé se situant manifestement en dehors du *scope* de l’offre de référence, comme c’est le cas de l’utilisation faite par l’OLO X du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN.

¹⁴⁶ Traduction libre de l’extrait suivant : « NRAs should require SMP operators to update the [Reference Offer] as necessary, and in a timely manner [...], to reflect relevant changes such as developments in line with market and technology evolution and / or changes to prices, terms and conditions for existing services or technical and operations characteristics. Where NRAs follow a pre-approval process, NRAs should further require SMP operators to inform them before publishing the necessary amendments to the Reference Offer » (BEREC, 8 décembre 2012, *Common position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*, BoR (12) 128, p. 10 ; Belgacom souligne). Pour le bon ordre, Belgacom précise, comme cela ressort de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l’analyse des marchés large bande, qu’elle n’a pas été soumise en tant que telle à une obligation de mettre à jour l’offre de référence. L’initiative de mettre à jour appartient bien à l’IBPT et Belgacom n’a que la faculté de proposer certaines modifications. L’extrait de la position commune du BEREC n’est donc applicable qu’en partie et non en ce qui concerne la possibilité pour les ARNs d’imposer dans le chef des opérateurs PSM une obligation de mettre à jour l’offre de référence.

¹⁴⁷ Belgacom montrera que de tels échanges bilatéraux ont précisément eu lieu avec l’OLO X. En outre, comme cela sera également indiqué dans les développements qui suivent, l’offre de référence prévoit elle-même explicitement un canal de communication au travers duquel la diffusion d’informations confidentielles peut se réaliser.

42. **Analyse des objectifs liés aux obligations de transparence.** Comme l'IBPT le reconnaît lui-même dans la Décision entreprise, les obligations de transparence doivent être interprétées à la lumière de leurs objectifs. Il ressort ainsi de la pratique régulatoire que les obligations de transparence doivent par exemple être conçues comme accessoires à l'obligation de non-discrimination. Ce constat ressort notamment des extraits suivants – cités par l'IBPT lui-même dans la Décision entreprise¹⁴⁸ – de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande :

« Le principe de transparence permet de garantir aux opérateurs alternatifs une lisibilité sur l'architecture technique et les conditions économiques et tarifaires des offres de gros de Belgacom. Il permet également de faciliter les négociations d'accords d'accès car ces négociations peuvent se baser sur des conditions connues de toutes les parties. Il permet par ailleurs de vérifier le respect des autres obligations, notamment celle de non-discrimination »¹⁴⁹ ;

« La nécessité d'une offre de référence en matière d'accès à un débit binaire a été reconnue afin de permettre le déploiement rapide, efficace et non discriminatoire »¹⁵⁰ ;

Belgacom constate par ailleurs que l'IBPT reconnaît lui-même, dans la Décision entreprise que « [le remède consistant à devoir publier une offre de référence] ne peut être dissocié des remèdes d'accès et de non-discrimination imposés par la décision CRC [...] »¹⁵¹.

Le fait que les obligations de transparence soient conçues comme accessoires à l'obligation de non-discrimination ou, à tout le moins, comme un moyen permettant d'assurer le respect de l'obligation de non-discrimination implique que Belgacom est tenue de faire figurer dans son offre de référence les informations dont la divulgation est nécessaire en vue de permettre aux opérateurs alternatifs de reproduire les offres de détail qu'elle fournit elle-même sur la base du produit régulé. *A contrario*, Belgacom n'est bien évidemment pas tenue, dans le cadre de la publication de l'offre de référence, de prendre en compte tout type d'information lié à tout type d'utilisation du produit régulé, en ce compris les utilisations qui ne correspondraient à aucune des offres de détail qu'elle fournit sur la base de ce produit, comme c'est le cas de l'utilisation faite par l'OLO X du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN¹⁵².

Enfin, Belgacom tient à préciser que le respect de certains objectifs liés aux obligations de transparence – notamment celui d'assurer une lisibilité sur l'architecture technique du produit régulé – ne suppose pas nécessairement que l'ensemble des informations techniques – y compris les informations confidentielles – soient divulguées dans le cadre de l'offre de référence. D'autres canaux de communication, permettant de respecter la confidentialité des informations échangées, sont susceptibles d'être mis en œuvre. A cet égard, Belgacom tient à rappeler que, en dehors de la possibilité de communiquer sur la base d'échanges bilatéraux, l'offre de référence prévoit également explicitement la mise en œuvre d'un canal de communication au travers d'une entité de collaboration portant le nom de Comité de mise en

¹⁴⁸ Décision entreprise, point 175.

¹⁴⁹ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, point 1166 (Belgacom souligne).

¹⁵⁰ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, point 1167 (Belgacom souligne).

¹⁵¹ Décision entreprise, point 177.

¹⁵² Et qui, comme il a déjà été souligné, se situe par ailleurs en dehors du *scope* de l'offre en question, cela étant confirmé notamment par le fait qu'aucun autre opérateur n'ait rencontré les « difficultés » soulevées par l'OLO X.

œuvre (ou *Implementation Committee*). Ce constat ressort de l'extrait suivant de l'offre de référence :

« Le Comité de mise en œuvre (également appelé Réunion d'équipe Qualité ou « QTM ») est une réunion entre les deux parties en vue de superviser, de discuter et d'examiner à un niveau général l'application technique et opérationnelle de cette offre, en particulier, la mise en œuvre des obligations respectives des Parties, telles qu'elles sont décrites dans cette offre » ;

« Le Comité de mise en œuvre se réunira au moins sur une base trimestrielle. Chacune des Parties sera autorisée à solliciter si nécessaire des réunions additionnelles dans un délai raisonnable. Chacune des Parties sera représentée au sein du Comité de mise en œuvre par son SPOC (Single Point Of Contact) accompagné par d'autres membres du personnel si la Partie concernée l'estime nécessaire » ;

« En plus du Comité de mise en œuvre, les Parties seront autorisées à solliciter la mise en place de tout autre groupe de travail bilatéral chargé de discuter et de se mettre d'accord en rapport avec tout problème technique ou opérationnel, en incluant des membres plus spécialisés dans le sujet spécifiquement traité »¹⁵³.

L'offre de référence contient donc toutes les garanties nécessaires au respect des objectifs liés aux obligations de transparence dans la mesure où elle prévoit explicitement la mise en place de canaux de communication au travers d'une entité commune ou à la demande d'une des parties permettant notamment de divulguer, dans le respect de la confidentialité, certaines informations techniques spécifiques¹⁵⁴.

43. **Critique de l'approche suivie par l'IBPT.** Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que la définition par l'IBPT des obligations réglementaires de transparence telle que retenue et appliquée dans la Décision entreprise est entachée de nombreuses imprécisions et contradictions. L'IBPT donne à cette obligation une interprétation qui va au-delà de sa portée, ce qui implique que l'ensemble de l'analyse – menée par l'IBPT – relative à la conformité de l'offre de référence à ces obligations de transparence est biaisée.

En ce qui concerne l'obligation de publier une offre de référence, Belgacom prend note que l'IBPT ne semble pas contester que Belgacom n'est tenue de faire figurer dans l'offre de référence que les informations techniques qu'elle connaissait ou qu'elle devait raisonnablement connaître au moment de la publication de cette offre. L'IBPT omet toutefois de tirer toutes les implications liées à ce constat dans la mesure où il entend par ailleurs soumettre Belgacom à une obligation de publier tout type d'information lié à tout type d'utilisation possible et imaginable du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN (et même si

¹⁵³ Traduction libre des extraits suivants : « [t]he Implementation Committee (also called "Quality Team Meeting" or "QTM") is a meeting between both parties to supervise, discuss and examine at a general level the technical and operational application of this offer, in particular, the implementation of the respective obligations of the Parties, as described in this offer » ; « [t]he Implementation Committee will meet at least on a quarterly basis. Each Party will be entitled to call additional meetings within reasonable notice, as may be necessary. Each Party will be represented at the Implementation Committee by its SPOC accompanied by any staff as deemed necessary by the relevant Party » ; « [i]n addition to the Implementation Committee, the Parties will be allowed to request for the set-up of any other bilateral working group in charge of discussing and agreeing on any technical or operational issues, including more specialized members on the specific topic » (voir annexe 3 *Planning & Operations* de l'offre de référence, version 10 (et 9b), p. 9 (Belgacom souligne)).

¹⁵⁴ Ce mécanisme implique bien évidemment la nécessité d'une coopération entre les parties. A cet égard, Belgacom rappelle qu'à aucun moment l'OLO X n'a informé Belgacom de l'utilisation très particulière qu'il avait l'intention de faire du produit régulé de Belgacom. Belgacom ne pouvait dès lors pas prévoir ces applications.

cette utilisation s'écarte manifestement du *scope* de cette offre), ce qui va bien au-delà d'une obligation de publier les informations que Belgacom connaissait ou devait raisonnablement connaître lors de la publication de l'offre de référence et n'est par ailleurs pas en ligne avec le texte de la position commune du BEREC du 8 décembre 2012 – citée pourtant par l'IBPT lui-même comme source de référence¹⁵⁵ – prévoyant que les opérateurs PSM ne sont tenus de publier dans leur offre de référence que les informations correspondant à des éléments-clés.

En ce qui concerne l'obligation de mettre l'offre de référence à jour, Belgacom tient à formuler les moyens suivants par rapport à l'approche suivie par l'IBPT :

- L'IBPT omet de préciser qu'il ne ressort pas du tout de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande – à laquelle l'Institut ne se réfère que de manière partielle et tronquée¹⁵⁶ – que Belgacom n'est en réalité soumise à aucune obligation absolue de mettre à jour son offre de référence et que c'est en réalité à lui qu'il appartient principalement de prendre l'initiative de modifier l'offre de référence, Belgacom ayant la faculté – et non l'obligation – de proposer d'éventuelles modifications ;
- L'IBPT omet en outre de préciser les modalités spécifiques de mise à jour de l'offre de référence. Comme cela ressort de la position commune du BEREC du 8 décembre 2012, la mise à jour ne doit avoir lieu que dans la mesure du nécessaire et ne doit rendre compte que d'éventuels changements pertinents. Une mise à jour n'a en particulier pas vocation à intégrer des informations confidentielles ou des informations qui découleraient d'une utilisation non conforme au *scope* de l'offre de référence. En outre, une mise à jour ne peut avoir lieu que si Belgacom a été en mesure d'en évaluer la nécessité par le biais de tests et d'analyses spécifiques, ce qui implique que l'opérateur alternatif faisant une utilisation particulière du produit régulé communique toutes les informations pertinentes relatives à sa configuration spécifique (*quod non in casu*). Force est de constater que l'IBPT ne tient nullement compte de ces différents éléments.

En ce qui concerne les objectifs liés aux obligations de transparence, Belgacom note que, si l'IBPT semble reconnaître que les obligations de transparence sont accessoires à l'obligation de non-discrimination, il n'en tient pourtant pas compte dans la Décision entreprise et plus particulièrement dans le cadre de son analyse d'impact. Une analyse d'impact ne peut en effet être menée *in abstracto* au regard de tout type d'utilisation du produit régulé, comme le fait l'IBPT. Elle doit nécessairement être développée en référence aux utilisations du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN qui, comme cela résulte de l'obligation de non-discrimination et du *scope* de l'offre en question, correspondent aux offres de détail que Belgacom a elle-même développées sur la base de ce produit. En outre, le simple rappel par l'IBPT des objectifs des obligations de transparence ne peut constituer une analyse d'impact¹⁵⁷. Cette analyse implique que l'IBPT indique de manière très concrète en quoi le contenu de l'offre de référence aurait induit en erreur des opérateurs alternatifs utilisant le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN conformément au *scope* de l'offre de référence. A aucun moment, l'IBPT ne se livre à un tel exercice qui aurait pourtant dû le conduire à conclure que l'offre de référence ne soulevait pas la moindre difficulté.

¹⁵⁵ Décision entreprise, point 37.

¹⁵⁶ L'IBPT se limite en effet à citer l'extrait suivant de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande : « [l']*offre de référence doit être tenue à jour* » (voir Décision entreprise, point 36). Il omet d'indiquer selon quelles modalités spécifiques cette mise à jour doit avoir lieu.

¹⁵⁷ C'est pourtant ce que l'IBPT se limite à faire dans le cadre de l'analyse d'impact qu'il développe aux points 175 à 185 de la Décision entreprise.

2.2 Analyse de la conformité aux obligations de transparence

44. **Structure de l'exposé.** Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera – pour chacun des griefs retenus par l'IBPT – que ce dernier n'établit pas du tout, contrairement à ce qu'il prétend, l'existence d'une violation des obligations réglementaires de transparence. L'absence de toute démonstration par l'IBPT d'une telle violation découle, à titre principal, du fait que l'Institut ne démontre absolument pas, contrairement à ce qu'il prétend, que les dispositions de l'offre de référence qu'il vise auraient un caractère erroné. Cela s'explique notamment par le fait que l'IBPT fonde essentiellement son analyse sur des caractéristiques techniques découlant d'une utilisation très spécifique – sortant du *scope* de l'offre de référence – du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, à savoir celle mise en place par l'OLO X. Cette approche conduit l'IBPT à adopter une lecture particulièrement restrictive des dispositions de l'offre de référence. A titre subsidiaire, Belgacom démontrera que, en tout état de cause, il n'est pas établi qu'elle ne se serait pas conformée, de manière générale, aux obligations de transparence qui s'imposent à elle, telles qu'elles ont été précisées dans les développements qui précèdent. Belgacom développera enfin certaines considérations additionnelles en vue de répondre aux arguments avancés par l'IBPT dans le cadre de la section de la Décision entreprise relative à l'analyse de l'impact – dans le cas d'espèce – lié à la prétendue violation par Belgacom des obligations de transparence¹⁵⁸.

a) Quant aux prétendues limitations en débit de certains types de données

45. **Présentation technique.** Il ressort de la Décision entreprise que l'IBPT estime que certains types de messages – susceptibles de transiter, par le biais notamment de trames ou de paquets, au niveau de différentes couches du modèle OSI – auraient fait l'objet de limitations en débit au niveau de l'ISAM. Les différents types de messages identifiés par l'IBPT constituent tous des messages de contrôle – c'est-à-dire des messages utilisés en vue de faciliter la communication entre les différents équipements – configurés sur la base de différents protocoles de communication¹⁵⁹.

L'IBPT semble considérer que la circulation de quatre types de protocoles spécifiques aurait été particulièrement affectée par une limitation en débit. Il s'agit des protocoles suivants :

- Le protocole RIP (ou *Routing Information Protocol*) : ce protocole – considéré en général comme fonctionnant au niveau de la couche 7 du modèle OSI (couche application)¹⁶⁰ – est utilisé en vue de déterminer le chemin le plus court et, en général, le plus rapide entre l'adresse à la source des données et l'adresse de destination de ces données ;
- Le protocole ARP (ou *Address Resolution Protocol*) : ce protocole – considéré en général comme fonctionnant au niveau de la couche 2 (couche de liaison de données) – permet de traduire une adresse IP en adresse MAC et ainsi de faciliter la communication entre équipements au niveau de la couche 2 du modèle OSI ;
- Le protocole ICMP (ou *Internet Control Message Protocol*) : ce protocole – considéré en général comme fonctionnant au niveau de la couche 3 (couche réseau) – est utilisé pour transférer des messages de diagnostic lié aux transmissions. Le protocole ICMP est en général mis en œuvre dans le cadre de la fonctionnalité Ping

¹⁵⁸ Cette section est développée aux points 193 à 219 de la Décision entreprise.

¹⁵⁹ Un protocole de communication peut être défini comme un ensemble de règles et de procédures utilisées en vue d'émettre et de recevoir, de manière optimale, des données sur un réseau.

¹⁶⁰ Sans entrer dans les détails, Belgacom précise que la couche application est la couche supérieure du modèle OSI (sur ce modèle, voir également paragraphe 28 *supra*). Au regard de ses caractéristiques et de ses fonctionnalités, il s'agit de la couche se situant le plus près de l'interface de l'utilisateur.

qui permet de tester l'accessibilité ou la connectivité d'une autre machine dans le cadre d'une communication de couche 3.

Deux types de messages (ou paquets) – mobilisant le protocole ICMP – sont émis dans le cadre de la fonctionnalité Ping : une requête ICMP Echo (ou ICMP *Echo Request*) – émise par la machine mettant en œuvre la fonctionnalité Ping – et une réponse ICMP Echo (ou ICMP *Echo Reply*) – émise par la machine dont l'accessibilité est testée – ;

- Le protocole 802.1ag CFM (ou *Connectivity Fault Management*)¹⁶¹ : ce protocole – considéré en général comme fonctionnant au niveau de la couche 2 (couche de liaison des données) – permet également l'envoi de messages de contrôle et de test aux différents équipements mobilisés dans le cadre d'une communication. Le protocole CFM peut être mis en œuvre dans le cadre de la fonctionnalité Loopback qui est une fonctionnalité similaire au Ping mais se situant au niveau de la couche 2. Cette fonctionnalité implique également l'envoi de deux types de message – mobilisant le protocole CFM – : un Loopback Message (LBM) et un Loopback Reply (LBR).

Selon l'IBPT, l'ISAM se situant dans le réseau de Belgacom aurait été configuré par le fournisseur de cet équipement, [CONFIDENTIEL], de manière à intégrer une fonctionnalité portant le nom de contrôleur de paquets de contrôle (*Control Packet Policer*) et utilisée en vue de limiter le débit – exprimé en paquets par seconde – ainsi que la taille maximum des salves en termes de nombre de paquets¹⁶². Cette fonctionnalité – impliquant que les messages de contrôle arrivant à un débit plus élevé que le taux défini ou caractérisés par une taille de salve plus grande que la taille maximale admise sont éliminés – aurait eu, selon l'IBPT, un impact négatif significatif sur la circulation des protocoles de contrôle susmentionnés, et ce plus particulièrement en ce qui concerne les protocoles ICMP et CFM.

46. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans le cadre de l'analyse de ce premier grief, l'IBPT commence par identifier les dispositions de l'offre de référence qu'il estime incorrectes¹⁶³. Il s'agit plus spécifiquement des dispositions 7.4.2 et 7.7.1 de l'offre de référence qui sont visées par l'IBPT et qui sont formulées comme suit :

« [...] *Tout le trafic de contrôle (DHCP, ARP, IGMP) est traité de façon transparente* »¹⁶⁴ ;

« *Aucune mesure de sécurité n'est appliquée dans le réseau de Belgacom : l'opérateur alternatif est responsable de la sécurité de son réseau (p.ex. le nombre d'adresse MAC,*

¹⁶¹ Dans les développements qui suivent, Belgacom se limitera à utiliser l'abréviation CFM en vue de se référer au protocole 802.1ag CFM.

¹⁶² L'IBPT précise qu'une limitation en débit ou au niveau de la taille des salves de données est un mécanisme de sécurité mis en œuvre par les fabricants d'équipements afin de protéger ceux-ci d'attaques informatiques pouvant donner lieu – comme les attaques de type DoS (*Denial of Service*) – à une surcharge de la capacité de mémoire et de la capacité de calcul de l'équipement, et donc à son effondrement (voir Décision entreprise, point 61).

¹⁶³ Décision entreprise, point 55.

¹⁶⁴ Traduction libre fournie par l'IBPT de l'extrait suivant : « [...] [a]ll control traffic (DHCP, ARP, IGMP...) is handled in a transparent way » (voir la page 20, disposition 7.4.2, de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence, version 9b).

les aspects relatifs au MAC learning, les trames de contrôle, [le] multi- et broadcast...) »¹⁶⁵.

L'IBPT précise ensuite le cadre technique de son analyse. Après avoir rappelé que le service de connectivité Ethernet – sur lequel le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN s'appuie – est un service de couche 2, l'IBPT précise ce qu'il faut entendre par la notion de transparence, entendue dans son sens technique¹⁶⁶. L'IBPT estime ainsi que la notion de transparence – telle qu'elle apparaît dans le cadre de la disposition 7.4.2 de l'offre de référence – doit être entendue de la manière suivante :

*« Par cette notion de transparence, la disposition 7.4.2 laisse sous-entendre que le tra[f]fic de contrôle ne fait l'objet d'aucune inspection de la part des équipements dans le réseau de Belgacom et donc qu'il ne peut en résulter aucune altération, limitation en débit ou blocage de ces données. Sur la base de ces dispositions, il n'est donc pas attendu que les paquets de contrôles soient limités en débit. Par ailleurs, en l'absence d'informations techniques complémentaires dans l'offre de référence, et sur la base des dispositions reprises ci-avant, il n'est pas non plus attendu de la part de Belgacom d'avoir mis en œuvre une limitation en débit de certains types de trames (données transmises au niveau de la couche 2 – Ethernet) tel que par exemple le protocole CFM 802.1ag »*¹⁶⁷.

L'IBPT précise en outre que l'absence de tout mécanisme de sécurité dans le réseau de Belgacom – telle qu'elle ressort de la disposition 7.7.1 de l'offre de référence – impliquerait qu'aucune limitation en débit des données circulant dans le réseau ne soit appliquée¹⁶⁸.

L'IBPT analyse ensuite l'impact spécifique qu'une limitation en débit est susceptible d'avoir sur les services pris en charge par les opérateurs alternatifs. L'IBPT juge que l'application d'une limitation en débit peut se révéler particulièrement problématique en ce qui concerne la mise en œuvre des protocoles CFM et ICMP dans la mesure où une telle limitation perturberait les analyses de mesures de la bande passante (*throughput*) réalisées par l'opérateur alternatif ou son client sur la base de ces protocoles¹⁶⁹.

L'IBPT retrace par après la chronologie des faits en vue de tenter d'identifier la date à partir de laquelle il considère que Belgacom était au courant de la limitation en débit de certains protocoles de contrôle¹⁷⁰. Trois dates jugées déterminantes sont retenues par l'IBPT dans le cadre de son analyse :

- L'IBPT estime que Belgacom disposait déjà le 16 avril 2009, date à laquelle elle a proposé d'ajouter les dispositions liées à l'option Dedicated VLAN dans l'offre de référence WBA VDSL2, d'informations techniques indiquant qu'une limitation en

¹⁶⁵ Traduction libre fournie par l'IBPT de l'extrait suivant : « [n]o security measures are applied in the Belgacom network: the OLO is responsible for the security of its network (eg number of MAC addresses, MAC learning aspects, control frames, multi- and broadcast, ...) » (voir la page 23, disposition 7.7.1, de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence, version 9b).

¹⁶⁶ La notion de transparence technique doit être bien distinguée de la notion de transparence résultant des obligations réglementaires imposées à Belgacom dans le cadre de la publication de l'offre de référence.

¹⁶⁷ Décision entreprise, point 60. Pour le bon ordre, Belgacom note qu'elle n'a pas mis en œuvre elle-même la limitation en débit mentionnée dans ce point. [CONFIDENTIEL].

¹⁶⁸ Décision entreprise, point 61.

¹⁶⁹ Décision entreprise, point 64.

¹⁷⁰ Décision entreprise, points 66 à 72.

débit de certains protocoles était potentiellement mise en œuvre dans le cadre de l'option Dedicated VLAN. [CONFIDENTIEL] ;

- L'IBPT estime que Belgacom était, en tout état de cause, au courant qu'une limitation en débit affectait la mise en œuvre du protocole ICMP depuis le 12 mai 2010. [CONFIDENTIEL] ;
- L'IBPT disposerait enfin d'informations qui démontreraient que Belgacom devait être au courant de l'existence d'une limitation en débit des protocoles CFM et ICMP depuis respectivement le 11 janvier 2012 et le 21 juin 2012. Cela ressortirait de deux échanges spécifiques entre Belgacom et l'OLO X.

Après avoir précisé qu'il résulterait de son analyse que les dispositions 7.4.2 et 7.7.1 induiraient le bénéficiaire de l'offre de référence en erreur¹⁷¹, l'IBPT développe certains éléments en réponse à certains arguments soulevés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013¹⁷².

Enfin, l'IBPT précise que l'infraction aurait pris fin le 26 novembre 2012, date à laquelle Belgacom a proposé d'insérer une modification de l'offre de référence¹⁷³. L'IBPT termine en précisant par ailleurs qu'il décide de retenir la date de mai 2010 comme étant la date initiale de référence pour l'infraction dont Belgacom se serait rendue coupable¹⁷⁴.

i) *A titre principal : absence de tout caractère erroné de l'offre de référence*

47. Utilisation par l'OLO X méconnaissant le *scope* de l'offre de référence. Les problèmes rencontrés par l'OLO X dans le cadre de la mise en œuvre de son service LL découlent directement et exclusivement du fait que, comme Belgacom l'a démontré dans le cadre de ses développements relatifs à l'analyse du *scope* de l'offre de référence, ce service méconnaît le *scope* de l'offre de référence. De manière plus spécifique, Belgacom constate que les extraits de l'offre de référence auxquels l'IBPT se réfère – contenus aux dispositions 7.4.2 et 7.7.1 – ne posent en réalité aucun problème pour peu que les services mis en place sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN respectent le *scope* de l'offre de référence. Ce constat se vérifie tant (A) en ce qui concerne la notion de transparence technique – telle qu'elle apparaît notamment à la disposition 7.4.2 de l'offre de référence – (B) qu'en ce qui concerne les éventuelles limitations en débit susceptibles d'être appliquées au niveau de l'ISAM – et dont l'existence viendrait, selon l'IBPT, contredire le contenu de la disposition 7.7.1 de l'offre de référence –.

(A) Quant à la notion de transparence technique

Entendue dans un sens conforme au *scope* de l'offre de référence, la notion de transparence technique, telle qu'elle apparaît notamment à la disposition 7.4.2 de l'offre de référence, n'implique pas du tout l'existence d'une transparence totale à l'égard de tout le trafic circulant sur le réseau de l'opérateur de transport. La transparence liée à un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN ne peut en effet pas, par définition, être totale dans la mesure où, comme Belgacom l'a déjà précisé¹⁷⁵, ce produit est typiquement utilisé pour la mise en

¹⁷¹ Décision entreprise, point 73.

¹⁷² Décision entreprise, points 74 à 79.

¹⁷³ Décision entreprise, points 80 et 81.

¹⁷⁴ Décision entreprise, point 87.

¹⁷⁵ Voir notamment les paragraphes 28 et 35 *supra*.

place de services de type VPN permettant une connectivité multipoint à multipoint et fonctionnant sur la base d'un réseau de commutation de paquets de type MPLS.

De manière plus spécifique, la notion de transparence, telle qu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN, n'implique pas nécessairement une transparence à l'égard de tout type de protocole, certaines restrictions – liées aux spécificités de l'ISAM – étant par exemple susceptibles de s'appliquer à certains protocoles de contrôle. L'IBPT perd plus particulièrement de vue que la notion de transparence sert avant tout à distinguer le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN du produit WBA VDSL2 Shared VLAN en ce sens que, dans le cadre de l'option Dedicated VLAN, l'opérateur alternatif sera davantage responsable de la sécurité de son réseau et que l'identification des différents C-VLANs en provenance de l'utilisateur final – introduits dans un canal dédié identifié par le biais d'un S-VLAN – sera intégralement préservée. [CONFIDENTIEL] :

« [CONFIDENTIEL] »¹⁷⁶.

Belgacom constate que, sur le point spécifique de la notion de transparence technique, l'offre LL de l'OLO X – qui constitue, comme on l'a vu, une offre de type ligne louée – n'est donc pas conforme au *scope* de l'offre de référence en ce qu'elle suppose l'existence d'une transparence totale à l'égard du trafic de données, ce que ne permet pas de fournir un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN, utilisé en vue de fournir des services de type VPN. La disposition 7.4.2 de l'offre de référence – qui se réfère à la notion de transparence entendue dans un sens spécifique – ne pose donc aucun problème pour peu que les services mis en œuvre sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN soient conformes au *scope* de l'offre de référence.

(B) Quant à l'existence d'éventuelles limitations en débit

Le fait qu'une certaine limitation en débit soit opérée à l'égard de certains protocoles au niveau de l'ISAM ne signifie pas que la disposition 7.7.1 de l'offre de référence – qui précise qu'aucune mesure de sécurité n'est appliquée dans le réseau de Belgacom – serait nécessairement incorrecte. Aucune limitation spécifique n'affectera en effet le trafic pris en charge par un opérateur alternatif ayant recours au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN pour peu que cet opérateur alternatif fasse une utilisation appropriée – et donc conforme au *scope* de l'offre de référence – des différents protocoles circulant sur le réseau de l'opérateur de transport. A cet égard, force est à nouveau de constater que les limitations en débit qui ont pu affecter le trafic de données pris en charge par l'OLO X sont en réalité dues à une utilisation inappropriée par l'OLO X de certaines fonctionnalités liées à la mise en œuvre des protocoles de contrôle.

[CONFIDENTIEL]^{177 178 179 180 181}.

De manière générale, Belgacom constate donc que l'existence d'une certaine limitation en débit liée à la configuration de l'ISAM n'implique normalement aucune restriction au niveau du trafic de contrôle pour peu que l'opérateur fasse une utilisation appropriée des protocoles

¹⁷⁶ [CONFIDENTIEL].

¹⁷⁷ [CONFIDENTIEL].

¹⁷⁸ [CONFIDENTIEL].

¹⁷⁹ [CONFIDENTIEL].

¹⁸⁰ [CONFIDENTIEL].

¹⁸¹ [CONFIDENTIEL].

de contrôle, cela étant confirmé par le fait qu'aucun autre opérateur n'ait rencontré les difficultés soulevées par l'OLO X. Il n'est donc pas établi que la disposition 7.7.1 de l'offre de référence soit incorrecte.

48. **Critique de l'approche suivie par l'IBPT.** Contrairement à ce qu'il prétend, l'IBPT n'établit pas du tout que les extraits des dispositions 7.4.2 et 7.7.1 de l'offre de référence auxquels il se réfère seraient incorrects ou susceptibles d'induire en erreur dans la mesure où il fonde essentiellement son analyse sur une utilisation spécifique du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – celle mise en place par l'OLO X – qui méconnaît le *scope* réel de l'offre de référence, ce qui le conduit ensuite à adopter une lecture particulièrement restrictive des dispositions de cette offre.

De manière plus spécifique, Belgacom tient à formuler les critiques suivantes par rapport à l'approche suivie par l'IBPT dans le cadre de l'analyse du grief relatif à l'existence de limitations en débit de certains types de données :

- L'IBPT interprète la notion de transparence technique – qui apparaît notamment à la disposition 7.4.2 de l'offre de référence – de manière bien trop restrictive. Or, comme Belgacom l'a déjà démontré¹⁸², le renvoi à cette notion dans le cadre de l'offre de référence n'implique nullement que le trafic de données serait traité de manière totalement transparente, comme c'est le cas dans le cadre d'un service de type ligne louée tel que le service LL de l'OLO X. Le niveau de transparence garanti par les dispositions de l'offre de référence relative à l'option Dedicated VLAN correspond au niveau de transparence nécessaire à la fourniture de services – tels que des services de type VPN – conformes au *scope* de l'offre de référence.

L'IBPT ne peut donc par exemple prétendre que la notion de transparence, telle qu'elle est évoquée dans le cadre de l'offre de référence, impliquerait que « *le tra[f]ic de contrôle ne f[er]ait l'objet d'aucune inspection de la part des équipements dans le réseau de Belgacom* »¹⁸³ ou que « *les équipements du réseau de Belgacom s[er]aient aveugles à ce type de trafic* »¹⁸⁴ (ce qui n'est d'ailleurs à aucun moment indiqué dans l'offre de référence en question). L'existence de certaines limitations en débit n'a en effet aucun effet restrictif sur le niveau des services fournis par l'opérateur alternatif, pour peu que ces services soient conformes au *scope* de l'offre de référence ;

- L'IBPT ne démontre aucunement l'existence d'un impact lié à d'éventuelles limitations en débit de certains types de données dans le cadre d'une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN qui serait conforme au *scope* de l'offre de référence.

A cet égard, Belgacom note tout d'abord que l'IBPT reconnaît lui-même qu'« *une utilisation en débit n'affecte que faiblement [en réalité, pas du tout] le protocole ARP* »¹⁸⁵. En outre, le fait que l'IBPT précise que « *[l]a limitation en débit de certains types de données peut se rév[é]ler probl[é]matique lorsqu'un volume important de ce type de données doit être acheminé par l'opérateur alternatif* »¹⁸⁶ ou que « *cette limitation se révèle [...] problématique pour les protocoles CFM et*

¹⁸² Voir paragraphe 47 *supra*.

¹⁸³ Décision entreprise, point 60.

¹⁸⁴ Décision entreprise, point 73.

¹⁸⁵ Décision entreprise, point 64.

¹⁸⁶ Décision entreprise, point 63.

ICMP »¹⁸⁷ n'implique pas du tout que l'IBPT aurait démontré l'existence d'un impact sur une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN qui serait conforme au *scope* de l'offre de référence. Comme Belgacom l'a déjà démontré¹⁸⁸, l'OLO X a en effet mis en œuvre de manière inappropriée – et donc non conforme au *scope* de l'offre de référence¹⁸⁹ – les protocoles CFM et ICMP, ce qui s'est traduit par une émission importante de messages de contrôle impliquant une éventuelle limitation en débit au niveau de l'ISAM. L'IBPT ne peut donc se fonder – même de manière implicite – sur l'utilisation par l'OLO X du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN en vue de tenter de démontrer l'existence d'un impact général lié à d'éventuelles limitations en débit.

ii) *A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence*

49. **Eléments généraux.** A supposer que Belgacom soit malgré tout tenue de mentionner, dans le cadre de l'offre de référence, l'existence de certaines limitations en débit de certains protocoles – alors même que ces limitations n'ont aucun impact sur une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN conforme au *scope* de l'offre de référence et ne remettent en pratique pas en question le contenu de cette offre –, l'IBPT ne démontre absolument pas que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle, telles qu'elles ont été précisées précédemment¹⁹⁰.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera ainsi, à titre strictement subsidiaire, qu'aucun reproche ne peut être avancé à son encontre (1) au regard de son attitude lors de la publication des spécificités liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ou (2) au regard d'une éventuelle nécessité de mettre l'offre de référence à jour.

50. **Analyse lors de la publication des spécificités liées au produit régulé.** Comme elle l'a déjà précisé¹⁹¹, Belgacom rappelle que l'offre de référence doit se limiter, lors de sa publication, à intégrer les éléments-clés susceptibles d'informer les opérateurs alternatifs sur les spécificités techniques du produit régulé. En outre, Belgacom ne peut être tenue de publier que les informations qu'elle connaissait ou devait raisonnablement connaître lors de la publication, c'est-à-dire (1) les informations dont Belgacom a pu avoir connaissance sur la base des tests qu'elle a effectués en vue de développer ses propres services sur la base du produit régulé ou (2) les informations que Belgacom a été amenée à connaître sur la base de la documentation technique des fournisseurs d'équipement.

A cet égard, Belgacom tient tout d'abord à préciser que les tests qu'elle a elle-même mis en œuvre en vue de développer ses services Ethernet VPN ou IP VPN n'ont pas permis de détecter l'existence d'aucune limitation spécifique en débit dans la mesure où les éventuelles limitations imposées au niveau de l'ISAM n'ont *a priori* aucun impact sur des services de type VPN. Aucun indice ne laissait donc supposer que les dispositions 7.4.2 et 7.7.1 devaient

¹⁸⁷ Décision entreprise, point 64. Pour le bon ordre, Belgacom relève que la position de l'IBPT, quant à l'impact du protocole ICMP, a évolué entre le texte du projet de décision et le texte de la Décision entreprise. L'IBPT précisait ainsi au point 56 de son projet de décision que: « [...] une limitation en débit n'affecte que de façon modérée les protocoles tels que ARP ou ICMP ». Belgacom ne voit cependant pas sur quelle base le projet de décision aurait pu faire l'objet d'une telle modification substantielle.

¹⁸⁸ Voir paragraphe 47 *supra*.

¹⁸⁹ Et sans en informer au préalable Belgacom de la moindre manière.

¹⁹⁰ Voir notamment les paragraphes 40 à 42 *supra*.

¹⁹¹ Voir paragraphe 40 *supra*.

intégrer une référence à un mécanisme de limitation en débit pour certains types de protocoles. Belgacom rappelle que, dans un souci de transparence, une description des informations techniques résultant de son analyse de la documentation technique des fournisseurs d'équipement et des tests qu'elle a menés en interne a été mise à disposition des opérateurs alternatifs lors de la soumission de son projet d'offre de référence le 16 avril 2009 visant à introduire l'option Dedicated VLAN dans l'offre de référence WBA VDSL2.

En outre, Belgacom tient à souligner que la documentation technique du fournisseur de l'équipement tel qu'applicable à la version de l'ISAM qu'elle a mise en place dans le cadre de son produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – c'est-à-dire la version R3.6.03f de l'ISAM¹⁹² – ne contient aucun élément indiquant qu'une limitation en débit serait appliquée à l'égard des différents protocoles de contrôle identifiés par l'IBPT dans la Décision entreprise dans le cadre d'un mode d'acheminement *cross-connect* (ou CC). Au contraire, le fournisseur d'équipement – [CONFIDENTIEL] – précise même explicitement, dans le cadre de cette documentation technique, que les protocoles de contrôle sont acheminés de manière transparente. [CONFIDENTIEL]¹⁹³. [CONFIDENTIEL]¹⁹⁴. Belgacom pouvait donc légitimement en déduire, lors de la publication de l'offre de référence (ainsi que subséquentement), qu'aucune limite technique ne s'appliquerait à l'acheminement des différents protocoles de contrôle.

De manière plus générale, [CONFIDENTIEL] insiste d'ailleurs à diverses reprises, dans sa documentation technique, sur la grande transparence caractérisant le mode CC. Cela ressort par exemple de divers extraits contenus dans différentes sections de la description du système :

« [CONFIDENTIEL] »¹⁹⁵ ;

« [CONFIDENTIEL] »¹⁹⁶ ;

« [CONFIDENTIEL] »¹⁹⁷.

Ici encore, Belgacom pouvait légitimement déduire de ces extraits, lors de la publication de l'offre de référence, qu'aucune limite technique ne s'appliquerait à l'acheminement des différents protocoles de contrôle. De manière incidente, Belgacom note par ailleurs que l'utilisation par [CONFIDENTIEL] du terme « transparent » en vue de décrire le comportement du modèle CC ou de services de type VPN ne signifie pas qu'[CONFIDENTIEL] entend assimiler ces produits à un produit de type ligne louée et vient confirmer que la notion de transparence technique peut tout à fait être utilisée en vue de décrire le comportement de produits qui, par définition, ne se caractérisent pas par une transparence totale. La Décision entreprise méconnaît ces principes.

¹⁹² [CONFIDENTIEL].

¹⁹³ [CONFIDENTIEL].

¹⁹⁴ [CONFIDENTIEL].

¹⁹⁵ [CONFIDENTIEL].

¹⁹⁶ [CONFIDENTIEL].

¹⁹⁷ [CONFIDENTIEL].

Enfin, Belgacom tient à souligner que l'IBPT a lui-même reconnu, dans sa Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées, que la documentation technique des fournisseurs d'équipements ne contenait aucune indication laissant supposer que certaines limitations techniques s'appliqueraient au trafic des protocoles de contrôle. Cela ressort clairement de l'extrait suivant de la Décision du 8 août 2013 :

« *L'équipement DSLAM utilisé dans le cadre du service d'accès à un débit binaire WBA et les modems fournis par Belgacom dans ce cadre n'offrent pas la transparence annoncée par leurs fournisseurs (certains éléments de protocole sont bloqués par les équipements)* »¹⁹⁸.

51. **Analyse de la nécessité de mettre l'offre de référence à jour.** Belgacom rappelle tout d'abord, comme elle l'a déjà précisé¹⁹⁹, que c'est à l'IBPT qu'il revient de solliciter une modification de l'offre de référence et que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, Belgacom n'est nullement soumise à une obligation absolue de mettre à jour l'offre de référence. Elle a tout au plus la faculté de proposer une modification de cette offre, ces modifications ne pouvant être incluses dans l'offre de référence qu'avec l'accord de l'IBPT. La seule obligation à laquelle Belgacom est soumise est celle de répondre aux demandes de l'IBPT de publication d'éléments supplémentaires pour peu que ces demandes soient justifiées, proportionnées et aient fait l'objet d'une concertation préalable. Partant, l'IBPT ne peut constater une infraction dans le chef de Belgacom découlant du simple fait que Belgacom n'aurait pas sollicité une mise à jour de l'offre de référence.

En outre, Belgacom tient à préciser que les informations relatives à une éventuelle limitation en débit de certains protocoles au niveau de l'ISAM constituent des informations confidentielles – dont la mise à disposition dans le cadre d'une offre de référence (publiée) est susceptible de porter atteinte à la sécurité des réseaux – dans la mesure où elles renseignent sur l'existence de certaines limitations affectant le fonctionnement des équipements conçus par les fournisseurs. Leur éventuelle divulgation doit donc se réaliser par des canaux de discussion parallèles assurant le respect de la confidentialité. Or, comme Belgacom l'a déjà précisé²⁰⁰, force est de constater que, en dehors des échanges bilatéraux qui peuvent toujours avoir lieu entre Belgacom et un opérateur alternatif faisant usage du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN²⁰¹, l'offre de référence prévoit explicitement la mise en place d'un mécanisme de collaboration bilatérale – le Comité de mise en œuvre (ou la Réunion d'équipe Qualité) – permettant d'examiner, de manière concertée, tout problème technique ou opérationnel qui se présenterait. L'offre de référence contient donc toutes les garanties nécessaires à la prise en charge, de manière collaborative, de tout problème susceptible de se poser dans le cadre de la mise en œuvre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN.

Enfin, Belgacom rappelle que, en tout état de cause, seuls les changements pertinents sont susceptibles – dans la mesure du nécessaire – de justifier une mise à jour des informations contenues dans l'offre de référence²⁰². L'existence d'éventuels changements pertinents doit être établie sur la base de tests spécifiques mis en œuvre par Belgacom en vue de vérifier l'adéquation de l'offre de référence avec une configuration spécifique mise en place par un

¹⁹⁸ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007): *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78.

¹⁹⁹ Voir paragraphe 41 *supra*.

²⁰⁰ Voir paragraphe 42 *supra*.

²⁰¹ Comme cela sera précisé dans les développements qui suivent, de tels échanges bilatéraux ont précisément eu lieu entre Belgacom et l'OLO X.

²⁰² Voir paragraphe 41 *supra*.

opérateur alternatif, ce qui implique par ailleurs bien évidemment que l'opérateur alternatif concerné communique au préalable les caractéristiques spécifiques de la configuration qu'il souhaite mettre en œuvre (ce qui ne s'est nullement fait en l'espèce). Comme Belgacom l'a déjà indiqué²⁰³, une mise à jour de l'offre de référence n'a pas vocation par ailleurs à intégrer des spécificités nouvelles liées à des utilisations du produit régulé se situant manifestement en dehors du *scope* de l'offre de référence.

A cet égard, il n'est pas inutile, en vue d'examiner la nécessité d'une mise à jour de l'offre de référence, de résumer la chronologie des échanges qui ont eu lieu entre les principales parties concernées. Cette chronologie peut être divisée en deux phases principales :

- Première phase : échanges limités ne pouvant donner lieu à un diagnostic définitif

Au cours de cette première phase, certains échanges limités ont eu lieu en mode bilatéral entre Belgacom, [CONFIDENTIEL] et l'OLO X. Ces échanges n'ont toutefois pas permis d'identifier, de manière définitive, l'existence de limitations en débit susceptibles d'affecter le trafic de données pris en charge par l'OLO X.

[CONFIDENTIEL]²⁰⁴.

Suite à l'ouverture d'un ticket d'incident par l'OLO X le 10 janvier 2012 destiné à Belgacom, un nouvel échange est initié entre ces parties²⁰⁵. Cet échange fait apparaître que certaines limitations en débit sont susceptibles de s'appliquer dans le cadre de l'acheminement du protocole CFM. Aucun diagnostic définitif n'a pu toutefois être établi, à ce stade, par Belgacom dans la mesure où elle ne disposait pas de toutes les informations nécessaires en vue d'identifier la cause réelle de l'incident signalé par l'OLO X. Afin de pouvoir effectuer des analyses approfondies, Belgacom a demandé à l'OLO X de lui fournir la configuration des trames Ethernet qu'il utilisait en format HEX – c'est-à-dire sous la forme d'un fichier texte – et de prendre contact avec l'*account manager* et le département *engineering* de Belgacom. Nonobstant un rappel adressé par Belgacom à l'OLO X, ce dernier n'a toutefois pas donné suite à la demande de Belgacom, ce qui implique qu'aucune analyse approfondie n'a pu être menée. Le ticket ouvert par l'OLO X fut finalement clôturé le 17 janvier 2012 dans la mesure où l'OLO X ne s'était plus manifesté et où Belgacom pouvait dès lors considérer, de manière raisonnable, que l'OLO X avait identifié une solution en vue de remédier aux limitations s'appliquant dans le cadre de l'acheminement du protocole CFM.

- Deuxième phase : analyses approfondies des limitations s'appliquant à l'OLO X

Suite à l'ouverture d'un second ticket par l'OLO X le 21 juin 2012, ce dernier a contacté la division Wholesale de Belgacom le 25 juin 2012, soit plus de cinq mois après ses derniers échanges avec Belgacom, en évoquant soudainement « *de sérieux problèmes liés aux mécanismes de sécurité dans le cadre de l'architecture [D]edicated VLAN* »²⁰⁶. Belgacom a alors aussitôt demandé à l'OLO X des informations plus détaillées, qu'elle a fini par obtenir le 27 juin et qu'elle a fait parvenir le même jour à [CONFIDENTIEL]. Suite à des analyses plus approfondies en collaboration avec [CONFIDENTIEL] et l'OLO X, Belgacom a fini par identifier à la fin du mois de juin 2012 l'existence des limitations en débit spécifiquement

²⁰³ Voir paragraphe 41 *supra*.

²⁰⁴ [CONFIDENTIEL].

²⁰⁵ Le contenu du ticket d'incident ainsi que celui des échanges entre Belgacom et l'OLO X sont repris dans le cadre de la Pièce n° 6 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013.

²⁰⁶ Traduction libre de l'extrait suivant : « *serious problems with security mechanisms on the dedicated VLAN architecture* » (Pièce n° 8 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013).

visées par l'IBPT, c'est-à-dire les limitations s'appliquant aux différents protocoles de contrôle identifiés par l'IBPT dans la Décision entreprise. Les échanges qui ont eu lieu durant les mois qui ont suivi – en collaboration avec l'IBPT également – ont notamment eu pour objectif de préciser davantage la nature et la portée de ces limitations. Ces échanges ont mené Belgacom à finalement proposer, sous réserve de tous ses droits, une modification de l'offre de référence le 26 novembre 2012.

Il est important de souligner que l'OLO X n'a toutefois fourni aucune description du service de détail – à savoir le service LL – qu'il avait mis en place sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN. Ce n'est que le 8 juillet 2013 que cette description est finalement communiquée à Belgacom²⁰⁷. Ce n'est donc qu'à partir de cette date que Belgacom a pu identifier la cause réelle des problèmes qui ont pu affecter le trafic de contrôle pris en charge par l'OLO X, à savoir le fait que ce dernier entendait en réalité utiliser le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, de manière non conforme au *scope* de l'offre de référence, en vue de fournir des services de type ligne louée.

Deux principales conclusions peuvent être tirées au vu de la chronologie des échanges qui ont eu lieu entre les principales parties concernées :

- Belgacom a toujours adopté une attitude prudente et diligente. Elle a toujours cherché à solutionner, de manière proactive, les problèmes auxquels l'OLO X a pu faire face, et ce, alors même que ces problèmes étaient en réalité dus, comme cela a été révélé ultérieurement, au fait que le service LL de l'OLO X n'était pas conforme au *scope* de l'offre de référence. Les éventuels retards qui ont pu affecter la mise en œuvre d'analyses approfondies sont dus à l'attitude de l'OLO X, ce dernier n'ayant transmis les informations nécessaires que tardivement et de manière incomplète²⁰⁸ ;
- Belgacom n'a été en mesure de fournir des analyses plus approfondies qu'une fois que l'OLO X lui a transmis des informations plus spécifiques – mais toujours incomplètes –, c'est-à-dire le 27 juin 2012. Belgacom n'était donc pas en mesure – en tout cas avant cette date – d'identifier d'éventuels changements pertinents susceptibles de justifier une mise à jour de l'offre de référence. Belgacom tient par ailleurs à préciser que ce n'est que lors de l'identification de la nature réelle et de la configuration spécifique du service mis en œuvre de l'OLO X – qui n'a pu avoir lieu qu'à partir de la communication précitée du 8 juillet 2013 – que les réelles causes des « difficultés » (dus à l'OLO X lui-même) se sont révélées et qu'il a été confirmé que l'OLO X avait utilisé le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN de manière non conforme au *scope* de l'offre de référence, en vue de mettre en œuvre un service de type ligne louée. Belgacom ne peut d'aucune manière être tenue responsable pour cette situation qui se situe en dehors de son domaine de responsabilité.

52. Critique de l'approche suivie par l'IBPT. Belgacom constate tout d'abord que l'IBPT ne semble en réalité pas contester que Belgacom se soit conformée aux obligations de transparence lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN. L'Institut reconnaît en effet par exemple que la documentation technique relative à l'ISAM ne précisait pas qu'une éventuelle limitation en débit était susceptible de

²⁰⁷ Cette description est communiquée dans le cadre d'un email que l'OLO X adresse à Belgacom. Cet email figure à la Pièce n° 33 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013.

²⁰⁸ Les informations transmises par l'OLO X le 27 juin 2012 n'étaient en effet pas suffisantes puisqu'elles ne permettaient pas d'identifier le type de service mis en œuvre par l'OLO X sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN. A cet égard, Belgacom rappelle que ce n'est que le 8 juillet 2013 que l'OLO X a dévoilé la nature spécifique de son service LL.

s'appliquer dans le cadre de l'acheminement des différents protocoles de contrôle identifiés dans la Décision litigieuse²⁰⁹.

En outre, les extraits de la documentation technique auxquels l'IBPT se réfère en vue de tenter de démontrer que cette documentation contiendrait malgré tout certains indices laissant supposer qu'une limitation en débit s'appliquerait dans le cadre de l'option Dedicated VLAN ne sont en réalité pas pertinents²¹⁰. Ces extraits – qui sont issus de sections de la documentation technique relatives à la qualité du service (*Quality of Service* ou QoS) et non des sections traitant spécifiquement des différents modèles d'acheminement – reprennent en effet une simple description du mode général de fonctionnement du contrôleur de paquets de contrôle (*Control Packet Policer*) et ne contiennent aucune précision quant aux modalités spécifiques de mise en œuvre de ce contrôleur de paquets de contrôle dans le cadre des différents modèles d'acheminement, *cross-connect* (CC) ou *residential bridge* (iBridge)²¹¹.

L'approche suivie par l'IBPT en ce qui concerne la question de la nécessité de mettre l'offre de référence à jour est également critiquable, et ce pour différentes raisons :

- Belgacom tient tout d'abord à rappeler que l'ensemble de l'analyse développée par l'IBPT sous-entend que Belgacom serait soumise à une obligation de mettre à jour l'offre de référence, ce qui n'est pas le cas en réalité, comme Belgacom l'a déjà précisé dans les développements qui précèdent²¹². Aucun manquement ne peut donc être constaté dans le chef de Belgacom et aucune amende ne peut lui être imposée sur cette base ;
- L'IBPT reconnaît en outre que la préservation de la sécurité des réseaux justifie que les mécanismes techniques de limitation en débit ne soient pas décrits de manière précise dans le cadre de l'offre de référence. Il estime néanmoins que Belgacom aurait dû faire mention dans l'offre de référence d'une limitation en débit tout en invitant le bénéficiaire de l'offre à la contacter pour de plus amples détails techniques. Il précise par ailleurs que Belgacom disposerait de moyens complémentaires – tels qu'un site Internet sécurisé – pour mettre ces informations à disposition des opérateurs alternatifs en toute sécurité²¹³.

Au vu des considérations développées par l'IBPT, Belgacom voit mal ce qui pourrait lui être reproché dans la mesure où elle a précisément prévu la mise en place de canaux alternatifs de communication – par exemple par le biais de la mise en place du Comité de mise en œuvre (ou Réunion d'équipe Qualité) – dans le cadre de l'offre de référence. Ces canaux permettent précisément de divulguer d'éventuelles informations confidentielles aux opérateurs alternatifs en vue de prévenir ou solutionner tout problème technique ou opérationnel qui pourrait se poser. Dans ce contexte, Belgacom rappelle également que l'OLO X n'a pris aucune initiative pour établir un dialogue avec elle avant d'entamer la mise en œuvre de son service spécifique (qui se situe en dehors du *scope* de l'offre de référence) ;

²⁰⁹ Décision entreprise, point 75. Belgacom souligne, comme elle l'a déjà précisé (voir paragraphe 50 *supra*), qu'[CONFIDENTIEL] précise en réalité même explicitement, dans le cadre de sa documentation technique de l'ISAM, que les protocoles sont acheminés de manière transparente.

²¹⁰ L'IBPT se réfère à ces extraits au point 67 de la Décision entreprise.

²¹¹ [CONFIDENTIEL].

²¹² Voir paragraphe 41 *supra*.

²¹³ Décision entreprise, point 78.

- L'IBPT retient la date de mai 2010 comme étant la date initiale de référence pour cette infraction²¹⁴. [CONFIDENTIEL]²¹⁵.

A cet égard, Belgacom tient à rappeler, comme elle l'a déjà précisé à diverses reprises²¹⁶, que seuls des changements pertinents sont susceptibles – dans la mesure du nécessaire – de justifier une mise à jour de l'offre de référence et que l'existence d'éventuels changements pertinents ne peut être établie qu'après avoir mis en œuvre des analyses approfondies sur la base d'informations pertinentes. L'existence d'une éventuelle limitation en débit qui s'appliquerait au protocole ICMP ne constituait pas, en mai 2010, un changement pertinent impliquant une quelconque nécessité de procéder à une mise à jour de l'offre de référence dans la mesure où cette limitation – qui s'applique également dans le cadre des services que Belgacom fournit elle-même sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – n'a *a priori* aucun impact sur le niveau des services fournis par les opérateurs alternatifs, pour peu que ces derniers fassent une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN qui soit conforme au *scope* de l'offre de référence.

Belgacom rappelle que ce n'est en réalité que le 27 juin 2012 que l'OLO X lui a communiqué certaines informations plus spécifiques – mais toujours incomplètes – qui lui ont permis de mettre en œuvre des analyses plus approfondies. C'est à la suite des échanges relatifs à ces analyses que Belgacom a proposé une modification de l'offre de référence le 26 novembre 2012. Belgacom a donc toujours adopté une attitude prudente et diligente ;

- L'IBPT ne fait pas du tout apparaître que le prétendu retard qui a affecté la mise en œuvre d'analyses approfondies par Belgacom est en réalité dû, comme Belgacom l'a déjà précisé, à l'OLO X. L'Institut n'évoque pas du tout par exemple le fait que l'OLO X n'a communiqué une description de son service LL que le 8 juillet 2013. C'est pourtant sur la base d'une telle description que Belgacom aurait normalement dû mener les analyses et les tests en vue d'évaluer la nécessité de mettre à jour l'offre de référence. Les faits sur lesquels l'IBPT se fonde ne peuvent dès lors en réalité pas être imputés à Belgacom.
- Belgacom tient en outre à souligner que de nombreux arguments formulés dans le cadre de cette requête – notamment les arguments liés au constat selon lequel l'OLO X n'utilise manifestement pas le produit WBA VDSL2 de manière conforme au *scope* de l'offre de référence – avaient déjà été avancés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013. Force est de constater que l'IBPT ne répond pas du tout – ou de manière extrêmement sommaire – à ces arguments dans la Décision entreprise²¹⁷ ;

²¹⁴ Décision entreprise, point 87.

²¹⁵ Décision entreprise, point 70.

²¹⁶ Voir notamment les paragraphes 41 et 51 *supra*.

²¹⁷ L'IBPT n'évoque par exemple pas du tout le fait que Belgacom n'a été en mesure d'effectuer des analyses plus approfondies qu'à partir du 27 juin 2012, date à laquelle l'OLO X lui a finalement communiqué certaines informations plus spécifiques – mais toujours incomplètes –. L'IBPT se limite notamment à prétendre qu'il serait établi que « Belgacom était parfaitement au courant [– depuis le 11 janvier 2012 –] d'une limitation sur le protocole CFM malgré l'absence de réponse de l'OLO X et que la non fourniture de [la configuration des trames Ethernet utilisées par l'OLO X] ne peut avoir empêché Belgacom d'investiguer davantage le problème et en tout cas, cela ne peut avoir empêché Belgacom de corriger son offre de référence » (Décision entreprise, point 76). Or, l'absence de toute communication par l'OLO X de toute information plus spécifique constitue précisément, comme Belgacom l'a démontré (et l'avait déjà démontré dans ses observations écrites du 3 septembre 2013), un facteur l'empêchant de pouvoir investiguer davantage les causes de l'incident et de constater l'existence d'un

- Enfin, Belgacom constate que le raisonnement de l'IBPT – visant à tenter de démontrer que les clarifications apportées en novembre 2012 à l'offre de référence par le biais d'un addendum auraient dépassé tout délai raisonnable – est contredit par le fait que l'IBPT n'a toujours pas, à ce stade, approuvé de manière définitive l'addendum proposé par Belgacom.

Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle. A cet égard, force est de constater que la motivation de l'IBPT en ce qui concerne le grief relatif aux limitations en débit repose sur une appréciation manifestement erronée du contexte factuel de l'espèce, est entachée de nombreuses incohérences et/ou contradictions et méconnaît la portée spécifique des obligations réglementaires de transparence telles qu'elles sont précisées au niveau du cadre réglementaire sectoriel.

b) Quant à la transparence des VLANs

53. **Présentation technique.** Belgacom rappelle que, dans le cadre de l'option Dedicated VLAN de l'offre WBA VDSL2, chaque client spécifique d'un opérateur alternatif dispose d'un certain nombre de VLANs – appelés C-VLANs – qui lui sont spécifiquement attribués. Ces C-VLANs sont rassemblés, au niveau de l'ISAM, dans un canal dédié via l'introduction d'un VLAN complémentaire, le S-VLAN²¹⁸.

Comme Belgacom l'a déjà précisé²¹⁹, les C-VLANs émanant d'un client final spécifique d'un opérateur alternatif faisant usage du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN sont identifiés par le biais d'un identifiant spécifique (ID). L'identifiant étant établi sur la base d'une séquence de 12 bits, il en résulte que 4096 possibilités d'identifiants sont disponibles²²⁰. Comme l'IBPT le précise lui-même²²¹, un ID égal à 0 signifiant qu'il n'y a pas de VLAN et l'ID 4095 étant réservé, il en résulte que les identifiants peuvent être choisis dans un intervalle de 1 à 4094. Au niveau de la structure de la trame Ethernet, Belgacom rappelle que les identifiants de type C-VLAN sélectionnés par l'opérateur alternatif en fonction des besoins de ses utilisateurs finals constituent une composante des *inner tags* que Belgacom a déjà évoqués dans le cadre de la section relative au *scope* de l'offre de référence²²².

L'IBPT prétend disposer d'éléments qui montreraient que certains C-VLANs – dont l'identifiant est compris dans l'intervalle de 1 à 4094 – ne seraient pas traités de manière

éventuel changement pertinent susceptible de justifier une mise à jour de l'offre de référence. A cet égard, Belgacom constate d'ailleurs que la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 relative à l'analyse des marchés large bande stipule, en son point 1380, ce qui suit : « *Un ordre de réparation [ou ticket de réparation] est un support qui doit permettre à un OLO de notifier à Belgacom un incident quelconque. Cet ordre doit contenir un ensemble d'éléments d'information qui permettent à l'opérateur puissant d'identifier parfaitement l'origine de l'incident. Il doit être explicite, en ce sens qu'il contient toutes les informations nécessaires pour permettre sa compréhension et son exécution* » (*quod certe non* dans le cas d'espèce).

²¹⁸ Pour plus de détails sur cette question, voir paragraphe 29 *supra*.

²¹⁹ Voir paragraphe 29 *supra*.

²²⁰ Comme l'IBPT le précise (Décision entreprise, note de bas de page 59), un bit étant susceptible de correspondre à une valeur de 0 ou de 1, il en résulte que le nombre de combinaisons possibles sur la base d'une séquence de 12 bits est égal à 2¹², c'est-à-dire 4096.

²²¹ Décision entreprise, point 92.

²²² Pour plus de précisions sur cette question, voir paragraphe 29 *supra*.

transparente au niveau du CPE (*Customer Premises Equipment*) de l'utilisateur final²²³. De manière plus spécifique, certaines restrictions – qui affecteraient la circulation des C-VLANs et impliqueraient que certains identifiants seraient bloqués – seraient imposées par le modem fourni par l'entreprise [CONFIDENTIEL]. Ces restrictions concerneraient plus particulièrement les VLANs dont l'identifiant est 1, 12, 100 et 4090 (ci-après, « VLAN 1 », « VLAN 12 », « VLAN 100 » et « VLAN 4090 »). En ce qui concerne le VLAN 4090, l'IBPT reconnaît que l'offre de référence mentionne explicitement que les éventuelles restrictions susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE sont dues au fait que ce VLAN est spécifiquement dédié à la gestion à distance et à la mise à jour du CPE et qu'il n'est donc pas possible de l'utiliser à d'autres fins²²⁴. L'analyse de l'IBPT porte donc essentiellement sur les restrictions susceptibles de s'appliquer aux VLAN 1, VLAN 12 et VLAN 100. Belgacom souligne, dès à présent, que l'IBPT entend donc constater une infraction, dans le chef de Belgacom, qui ne concernerait que l'utilisation de trois identifiants spécifiques sur 4094 possibilités d'identifiants, ce qui représente seulement 0,07 % du nombre total d'identifiants. Ce constat devrait, à lui seul, conduire à rejeter l'ensemble de l'argumentation de l'IBPT dans la mesure où son analyse porte sur un nombre très négligeable d'identifiants.

54. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans le cadre de l'analyse du second grief, l'IBPT commence par identifier la disposition de l'offre de référence qu'il estime incorrecte²²⁵. Il s'agit de la disposition 11.2.2.1 de l'offre de référence qui est formulée comme suit :

« Le modem VDSL2 connecte de façon transparente les VLANs entre la ligne VDSL2 et le CPE du client. L'interface avec le CPE est de 100 MBps et elle est uniquement en mode de propagation des VLANs (trunked) (IEEE 802.1Q) (pas d'[E]thernet natif) »²²⁶.

L'IBPT précise ensuite le cadre technique de son analyse. Il rappelle ce qu'il faut entendre par la notion de VLAN (*Virtual Local Area Network*)²²⁷ et identifie le nombre d'identifiants disponibles²²⁸ ainsi que leur localisation au niveau de la trame Ethernet²²⁹.

L'IBPT analyse ensuite l'impact spécifique – au niveau des services pris en charge par les opérateurs alternatifs – susceptible de découler d'éventuelles restrictions imposées par la configuration des modems fournis par [CONFIDENTIEL]. En vue de tenter de démontrer l'existence d'un impact, l'IBPT se limite en réalité à formuler ce qui suit :

« Dès lors que certains C-VLANs ne sont pas acheminés de façon transparente, il est nécessaire que l'opérateur [alternatif] de communications électroniques connaisse la capacité du réseau de Belgacom (ou des équipements utilisés – en l'occurrence le CPE) à supporter chaque C-VLAN ID de 1 à 4094, afin qu'il puisse estimer correctement la configuration à mettre en place chez son client final »²³⁰.

²²³ Pour plus de précisions sur la notion de CPE, voir paragraphe 28 *supra*.

²²⁴ Décision entreprise, point 107.

²²⁵ Décision entreprise, point 88.

²²⁶ Traduction libre fournie par l'IBPT de l'extrait suivant : « [t]he VDSL2 modem connects transparently the VLANs between the VDSL2 line and the customer CPE. The interface with the CPE is 100 Mbps and is in trunked mode only (IEEE 802.1Q) (No native Ethernet) » (voir la page 28, disposition 11.2.2.1, de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence, version 9b).

²²⁷ Décision entreprise, points 90 et 91.

²²⁸ Décision entreprise, point 92.

²²⁹ Décision entreprise, point 93.

²³⁰ Décision entreprise, point 99.

L'IBPT retrace par après la chronologie des faits en vue de tenter d'identifier la date à partir de laquelle il considère que Belgacom était au courant des restrictions découlant de la configuration des modems de [CONFIDENTIEL]²³¹. Selon l'Institut, Belgacom aurait pris connaissance de l'existence de certains problèmes de transparence au niveau du CPE le 30 septembre 2010, date à laquelle Belgacom aurait détecté, sur la base de tests en laboratoire, l'existence de certaines restrictions s'appliquant au VLAN 12 et au VLAN 100²³².

Après avoir développé quelques éléments en réponse à certains arguments soulevés par Belgacom dans le cadre de ses observations du 3 septembre 2013²³³, l'IBPT précise que l'infraction aurait pris fin le 26 novembre 2012, date à laquelle Belgacom a proposé d'insérer une modification de l'offre de référence²³⁴. L'IBPT termine en précisant qu'il décide de retenir la date de septembre 2010 comme étant la date initiale de référence pour l'infraction dont Belgacom se serait rendue coupable²³⁵.

i) *A titre principal : absence de tout caractère erroné de l'offre de référence*

55. Analyse générale au regard du contenu et du contexte de l'offre de référence. Contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que la disposition 11.2.2.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence ait un quelconque caractère erroné. De manière générale, il ressort en effet clairement du contenu spécifique de la section 11 de l'annexe 2 de l'offre de référence ainsi que de l'intégralité du texte de l'offre de référence que les informations techniques (limitées) fournies par Belgacom en ce qui concerne le modem de [CONFIDENTIEL] – qui est un équipement situé au niveau du CPE de l'utilisateur final – ne reflètent en réalité que la configuration que Belgacom souhait(er)ait voir mise en œuvre par [CONFIDENTIEL] et n'ont pas vocation, en tant que telles, à engager la responsabilité de Belgacom.

A cet égard, il convient tout d'abord de constater que le service de connectivité fourni par Belgacom sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, tel qu'il est défini dans l'offre de référence, ne va pas jusqu'à englober les équipements situés au niveau du CPE. Ce service permet de mettre à disposition de l'opérateur alternatif – selon les modalités spécifiques de mise en œuvre propre à l'option Dedicated VLAN – un segment de réseau situé entre l'OAL et la ligne VDSL2²³⁶. Il ne s'étend pas aux équipements – tels que le CPE – situés au-delà du point de terminaison du réseau (*Network Termination Point* ou NTP²³⁷). Il résulte de ce constat que la responsabilité technique de Belgacom n'est clairement pas

²³¹ Décision entreprise, points 101 à 107.

²³² Décision entreprise, point 104.

²³³ Décision entreprise, points 108 à 112.

²³⁴ Décision entreprise, points 113 et 114.

²³⁵ Décision entreprise, point 118.

²³⁶ Ce constat ressort notamment de la définition du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN telle qu'elle est opérée dans le cadre de l'offre de référence. Il est en effet précisé, dans le cadre de la disposition 5.1 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence que « [le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN] offre une connectivité Ethernet entre l'OLO Access Line et les lignes VDSL2 » (traduction libre de l'extrait suivant : « [t]his Wholesale Broadband Access VDSL2 [...] service is offering an Ethernet connectivity between the OLO Access Line and the VDSL2 lines »). Belgacom constate que l'IBPT confirme d'ailleurs que les limites du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ne s'étendent pas au-delà de la ligne VDSL2 (voir notamment le schéma figurant au paragraphe 49 de la Décision entreprise).

²³⁷ Le NTP correspond au point de terminaison du réseau d'un opérateur, situé à l'extrémité de la boucle locale du côté des équipements de l'utilisateur final.

absolue et ne peut *a priori* être étendue au-delà du NTP. A cet égard, Belgacom précise que, conformément à l'offre de référence et en dehors des éventuelles restrictions qui pourraient exister au niveau du CPE, tous les C-VLANs sont bien acheminés de manière transparente sur son réseau, c'est-à-dire entre le NTP et l'OAL²³⁸.

Le fait que la responsabilité technique de Belgacom ne puisse *a priori* être étendue au-delà du NTP implique que c'est bien l'opérateur alternatif – faisant usage du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – qui est responsable de la gestion du CPE. Divers éléments précisés dans l'offre de référence attestent clairement de ce constat :

- Il est clairement précisé dans le document « *Main Body* » de l'offre de référence qu'il revient à l'opérateur alternatif (et non à Belgacom) de livrer le modem au client final et, le cas échéant, de le raccorder²³⁹ ;
- Le fait que l'opérateur alternatif soit responsable de la gestion du CPE découle également du fait que Belgacom n'impose aucunement l'utilisation du modem de [CONFIDENTIEL] – qui ne constitue qu'une option proposée par Belgacom en supplément du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – mais laisse à l'opérateur alternatif le choix du type de modem qu'il souhaite mettre en place. Il est ainsi clairement indiqué dans l'offre de référence que l'opérateur alternatif peut faire le choix d'installer son propre modem (ou OLO CPE) à la place du modem proposé par Belgacom²⁴⁰ ;
- La responsabilité laissée à l'opérateur alternatif ressort également du fait qu'il est précisément indiqué, dans le cadre de l'annexe 2 de l'offre de référence, que l'opérateur alternatif doit s'adresser directement à [CONFIDENTIEL] en vue d'obtenir toute information en ce qui concerne le modem fourni par [CONFIDENTIEL]²⁴¹. La mise en place et le raccordement du modem par l'opérateur alternatif – ainsi que l'identification d'éventuels problèmes de transparence – doit donc avoir lieu en concertation avec [CONFIDENTIEL].

Enfin, Belgacom tient à préciser que la disposition 11.2.2 de l'annexe 2 de l'offre de référence – qui contient l'extrait que l'IBPT juge incorrect – se réfère à la configuration spécifique du modem que Belgacom souhait(er)ait voir mise en œuvre par

²³⁸ L'IBPT ne remet d'ailleurs pas en question cette transparence. Cela est attesté par le fait qu'il ne prétend plus, contrairement à ce qui figurait dans son projet de décision, que la disposition 11.2.2.2 de l'annexe 2 de l'offre de référence – dans le cadre de laquelle Belgacom garantit un acheminement transparent des C-VLANs au sein de son réseau – serait incorrecte.

²³⁹ La disposition 4.10 du document « *Main Body* » de l'offre de référence (version 9b) contient en effet la mention suivante : « [le] modem sera fourni et installé par le Client [c'est-à-dire l'opérateur alternatif], ou l'utilisateur final du Client » (traduction libre de l'extrait suivant : « [the] modem will be provided and installed by the Customer, or the Customer's end user »).

²⁴⁰ Voir, par exemple, la disposition 4.10 du document « *Main Body* » de l'offre de référence ou la disposition 11.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence (version 9b). Belgacom souligne que l'IBPT a lui-même confirmé que les opérateurs alternatifs peuvent faire le choix d'une solution « OLO CPE » (voir notamment le point 142 de la Décision du Conseil de l'IBPT du 23 décembre 2011 concernant l'interopérabilité des CPEs dans le cadre de l'offre de référence WBA VDSL2).

²⁴¹ La disposition 11.2 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence (version 9b) contient ainsi la mention suivante : « [t]oute information sur ce produit [c'est-à-dire le modem fourni par [CONFIDENTIEL]] doit être demandée directement par le client [c'est-à-dire l'opérateur alternatif] à [CONFIDENTIEL] » (traduction libre de l'extrait suivant : « [a]ll information on this product must be requested directly by the Customer to [CONFIDENTIEL] »).

[CONFIDENTIEL]²⁴². A cet égard, il convient de souligner que la disposition 11.2.2 ne contient aucune garantie indiquant que les spécifications requises par Belgacom seront suivies à la lettre par [CONFIDENTIEL] ou n'ont pas été modifiées entre-temps²⁴³. Ce constat, qui doit être compris en ligne avec la responsabilité technique limitée de Belgacom à l'égard des équipements situés au niveau du CPE, renforce la nécessité pour l'opérateur alternatif de contacter directement [CONFIDENTIEL], conformément à ce qui est explicitement indiqué dans l'offre de référence, pour toute information en lien avec le modem qu'elle fournit.

56. **Critique de l'approche suivie par l'IBPT.** Comme cela ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent, il n'est pas du tout établi, contrairement à ce que l'IBPT prétend, que la disposition 11.2.2.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence serait incorrecte.

De manière plus spécifique, Belgacom tient à formuler les critiques suivantes à l'égard de l'approche suivie par l'IBPT :

- L'IBPT ne prend pas du tout en compte le fait que la disposition 11.2.2.1 n'implique en réalité aucun engagement unilatéral de la part de Belgacom dans la mesure où il ressort clairement de l'offre de référence que (1) le champ de responsabilité de Belgacom ne peut *a priori* être étendu aux équipements – tels que le modem de [CONFIDENTIEL] – situés au-delà du NTP, (2) qu'il incombe aux opérateurs alternatifs d'assumer la responsabilité liée à la gestion du CPE et (3) que les spécificités techniques précisées à la disposition 11.2.2.1 ne font que refléter la configuration que Belgacom souhait(er)ait voir mise en œuvre par [CONFIDENTIEL]. Belgacom rappelle par ailleurs que l'IBPT ne remet pas en question que tous les C-VLANs sont bien acheminés de manière transparente, dans les limites de l'option Dedicated VLAN, c'est-à-dire entre le NTP et l'OAL²⁴⁴. Aucun reproche ne peut donc être adressé à Belgacom ;
- En ce qui concerne l'affirmation de l'IBPT selon laquelle « *l'opérateur alternatif ne dispose d'un accord commercial qu'avec Belgacom et non avec [CONFIDENTIEL]* » et qu'« *[i]l revient donc à Belgacom de traiter les demandes d'informations techniques à l'égard de ce CPE qu'elle vend aux opérateurs alternatifs* »²⁴⁵, Belgacom tient à souligner que l'absence de tout accord commercial direct avec [CONFIDENTIEL] n'empêche évidemment pas les opérateurs alternatifs concernés

²⁴² A cet égard, Belgacom précise qu'elle a d'ailleurs transmis à l'IBPT, dans un courrier du 29 septembre 2010, les spécifications techniques générales telles que requises auprès de [CONFIDENTIEL] en ce qui concerne la configuration du modem dans le cadre de l'option Dedicated VLAN. Il y est clairement indiqué que la demande de Belgacom auprès de [CONFIDENTIEL] est de mettre en place une configuration permettant de connecter les C-VLANs de manière transparente entre la ligne VDSL2 et le CPE du client (à l'exception du VLAN 4090 dédié à la gestion à distance et à la mise à jour du CPE).

²⁴³ Il semble utile de mentionner à cet égard que l'annexe 2 du document « *VDSL2 CPE for OLO's General Terms and Conditions of sale* » tel que publié par Belgacom sur la Page Personnelle (*Personal Page*) des opérateurs alternatifs reprend une description synoptique du produit de [CONFIDENTIEL] qui contient la mention suivante : « *[I]es informations et les spécifications mentionnées sont susceptibles d'être modifiées sans notification préalable. [CONFIDENTIEL] essaie de garantir que toutes les informations contenues dans ce document sont correctes, mais n'endosse aucune responsabilité en cas d'erreur ou d'omission* » (traduction libre de l'extrait suivant : « *[t]he information and specifications included are subject to change without prior notice. [CONFIDENTIEL] tries to ensure that all information in this document is correct, but does not accept liability for error or omission* »).

²⁴⁴ Voir note de bas de page 238 *supra*.

²⁴⁵ Décision entreprise, point 109.

de contacter [CONFIDENTIEL] – qui est la mieux à même de les éclairer sur la configuration des modems qu'elle produit et fournit – en vue de solliciter certaines informations spécifiques. L'offre de référence, telle qu'approuvée par l'IBPT, contient d'ailleurs d'autres extraits visant à favoriser la mise en œuvre de liens du même type, entre opérateurs alternatifs et fournisseurs d'équipements²⁴⁶.

ii) *A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence*

57. **Eléments généraux.** A supposer que Belgacom soit malgré tout tenue de mentionner, dans le cadre de l'offre de référence, l'existence de certaines limitations s'appliquant aux C-VLANs au niveau du CPE – alors même que l'objectif de la disposition 11.2.2 de l'annexe 2 de l'offre de référence n'est pas de mentionner d'éventuelles limitations (dont l'identification doit avoir lieu par le biais d'une prise de contact avec [CONFIDENTIEL]) mais d'indiquer le type de configuration requise par Belgacom –, l'IBPT ne démontre absolument pas que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle, telles qu'elles ont été précisées précédemment²⁴⁷.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera ainsi, à titre strictement subsidiaire, qu'aucun reproche ne peut être avancé à son encontre (1) au regard de son attitude lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ou (2) au regard d'une éventuelle nécessité de mettre l'offre de référence à jour.

58. **Analyse lors de la publication des spécificités techniques liées au produit régulé.** Il n'est pas démontré que Belgacom ne se soit pas conformée à son obligation de transparence lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN dans la mesure où Belgacom n'avait pas connaissance, lors de cette publication, d'éventuelles limitations s'appliquant aux C-VLANs.

A cet égard, Belgacom précise qu'elle a effectué des tests en vue d'évaluer la transparence permise par la configuration technique mise en place par [CONFIDENTIEL] à la demande de Belgacom. Ces tests ont eu lieu avant le lancement commercial des services de détail de Belgacom supposant une transparence des VLANs. Ils ont porté sur un certain nombre d'identifiants VLAN²⁴⁸, une évaluation impliquant l'ensemble des identifiants étant trop lourde et coûteuse. Les tests n'ont révélé aucun problème de transparence spécifique.

En outre, Belgacom tient à souligner que, avant la publication de l'offre de référence, elle n'a jamais été mise au courant par [CONFIDENTIEL] – en dehors de la limitation s'appliquant au VLAN 4090 qui est indiquée dans l'offre de référence – d'éventuels problèmes liés à un manque de transparence au niveau du CPE. Ce constat est d'ailleurs confirmé par l'IBPT,

²⁴⁶ Ainsi, la disposition 6.1.1 de l'annexe 9 *Roles & Responsibilities throughout the OLO CPE lifecycle* de l'offre de référence (version 9b), qui a été approuvée par l'IBPT, contient la mention suivante : « [s]i nécessaire, l'OLO contactera le vendeur du DSLAM de Belgacom [c'est-à-dire [CONFIDENTIEL]] en vue de mettre en œuvre de tels tests (ou par le biais d'un des sous-traitant[s] de l'OLO) » (traduction libre de l'extrait suivant : « [i]f necessary, OLO shall contact the vendor of Belgacom's DSLAM to perform such tests (or via one of the OLO's subcontractor(s)) »).

²⁴⁷ Voir les paragraphes 40 à 42 *supra*.

²⁴⁸ Les tests relatifs à la mise en œuvre du service VPN de couche 2 de Belgacom ont ainsi porté sur un ensemble de 500 VLANs, compris entre les identifiants 500 et 1000. Ces informations avaient été apportées par Belgacom dans le cadre de sa réponse du 8 novembre 2013 à la demande de compléments d'informations de l'IBPT du 10 octobre 2013. Force est de constater que l'IBPT n'en tient toutefois pas compte dans le cadre de la Décision entreprise. Les éléments à décharge de Belgacom sont ainsi ignorés par l'IBPT.

comme cela ressort de l'extrait suivant de la Décision du 8 août 2013 concernant l'analyse des marchés des lignes louées :

« L'équipement DSLAM utilisé dans le cadre du service d'accès à un débit binaire WBA et les modems fournis par Belgacom dans ce cadre n'offrent pas la transparence annoncée par leurs fournisseurs (certains éléments de protocole sont bloqués par les équipements) »²⁴⁹.

59. **Analyse de la nécessité de mettre l'offre de référence à jour.** Belgacom rappelle tout d'abord, comme elle l'a déjà précisé à plusieurs reprises²⁵⁰, qu'elle n'est soumise à aucune obligation absolue de mettre à jour l'offre de référence. Cela implique que l'IBPT ne peut constater une infraction dans le chef de Belgacom découlant du simple fait qu'elle n'aurait pas sollicité une telle mise à jour.

En outre, Belgacom tient à préciser que les informations relatives à l'existence d'éventuelles limitations au niveau du CPE constituent des informations confidentielles – dont la mise à disposition dans le cadre d'une offre de référence (publiée) est susceptible de porter atteinte à la réputation du fournisseur d'équipements – dans la mesure où elles renseignent sur l'existence de certains *bugs* affectant le fonctionnement des équipements conçus par les fournisseurs. Leur éventuelle divulgation doit donc se réaliser, comme Belgacom l'a déjà précisé²⁵¹, par des canaux de discussion parallèles assurant le respect de la confidentialité. A cet égard, force est de constater que l'offre de référence contient toutes les garanties nécessaires à la prise en charge, de manière collaborative et dans le respect de la confidentialité, de tout problème susceptible de se poser dans le cadre de la mise en œuvre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN²⁵².

Enfin, Belgacom rappelle que, en tout état de cause, seuls les changements pertinents sont susceptibles – dans la mesure du nécessaire – de justifier une mise à jour des informations contenues dans l'offre de référence²⁵³. A cet égard, force est de constater que les éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE ne posent aucun problème en pratique dans la mesure où leur impact sur le niveau des services fournis par les opérateurs alternatifs est quasiment nul et où les opérateurs alternatifs – et, en particulier, l'OLO X – étaient en mesure de prendre connaissance de leur existence pour peu que cette existence soit avérée.

De manière générale, Belgacom tient à souligner, comme elle l'a déjà évoqué²⁵⁴, que l'existence d'éventuels problèmes de transparence au niveau de l'acheminement du VLAN 1,

²⁴⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78 (Belgacom souligne).

²⁵⁰ Voir notamment le paragraphe 41 *supra*.

²⁵¹ Voir notamment le paragraphe 42 *supra*.

²⁵² L'identification et la résolution d'un éventuel problème peut ainsi se faire par le biais d'échanges bilatéraux ou dans le cadre du Comité de mise en œuvre (ou Réunion d'équipe Qualité). L'offre de référence recommande par ailleurs, comme cela a déjà été indiqué (voir paragraphe 55 *supra*), que l'opérateur alternatif s'adresse directement au fournisseur des modems – [CONFIDENTIEL] –, ce dernier étant susceptible de fournir de plus amples explications en vue de résoudre les éventuels problèmes liés au CPE susceptibles de se poser lors de la mise en œuvre opérationnelle du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN.

²⁵³ Voir notamment le paragraphe 41 *supra*.

²⁵⁴ Voir paragraphe 53 *supra*.

du VLAN 12 et du VLAN 100 – c'est-à-dire seulement 0,07 % du nombre total d'identifiants – a un impact quasiment nul sur le niveau des services fournis sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN²⁵⁵. A cet égard, Belgacom n'a fait face à aucune difficulté – qui serait liée à d'éventuels problèmes de transparence au niveau du CPE – dans le cadre de la mise en œuvre de sa solution Explore. [CONFIDENTIEL].

En ce qui concerne le VLAN 4090, Belgacom rappelle que l'offre de référence mentionne explicitement que les éventuelles restrictions susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE sont dues au fait que ce VLAN est spécifiquement dédié à la gestion à distance et à la mise à jour du CPE et qu'il n'est donc pas possible de l'utiliser à d'autres fins²⁵⁶. Aucun manquement aux obligations réglementaires de transparence ne peut donc être reproché à Belgacom par rapport à ce VLAN spécifique. L'IBPT le reconnaît d'ailleurs de manière explicite dans la Décision entreprise²⁵⁷.

En ce qui concerne le VLAN 1, Belgacom souligne que tout opérateur raisonnablement prudent et diligent est au courant d'éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau de ce VLAN spécifique. Il est en effet clairement déconseillé, dans le cadre du document « *VLAN security best practice* » de Cisco²⁵⁸, d'utiliser le VLAN 1 en vue d'acheminer tout type de trafic de données. A cet égard, Belgacom souligne que le document « *VLAN security best practice* » de Cisco est suivi par la plupart des opérateurs et entreprises au niveau des choix de configuration de réseau qu'ils effectuent. Il est en effet rare de trouver des réseaux ne comprenant pas des équipements de Cisco, ce dernier étant une référence essentielle et incontestable dans le monde professionnel des communications électroniques de ce type et même, d'ailleurs, pour l'IBPT²⁵⁹. De manière plus spécifique, de nombreux opérateurs alternatifs – y compris l'OLO X – choisissent d'utiliser un routeur Cisco en complément du modem de [CONFIDENTIEL] et connaissent donc le document « *VLAN security best practice* » de Cisco.

L'OLO X avait par ailleurs bien connaissance des limitations susceptibles de s'appliquer au VLAN 1. L'email que l'OLO X a envoyé à Belgacom le 8 juillet 2013 – contenant une description de son service LL – contient en effet la mention suivante [CONFIDENTIEL] :

« [CONFIDENTIEL] »²⁶⁰.

En ce qui concerne le VLAN 12 et le VLAN 100, Belgacom n'a détecté certains problèmes de transparence au niveau de ces VLANs – sur la base de tests en laboratoire – que le 30 septembre 2010. Elle a tout de suite notifié – en ouvrant un ticket à la même date – le résultat de ses analyses auprès de [CONFIDENTIEL] afin que cette dernière puisse apporter une solution au problème. En attendant qu'une correction permanente soit apportée par [CONFIDENTIEL], Belgacom a néanmoins entrepris des démarches, de manière proactive, en vue de limiter l'impact des limitations qu'elle avait détectées. Elle a ainsi rapidement

²⁵⁵ Une offre de référence n'a pas vocation à documenter les éventuelles défaillances opérationnelles ou techniques qui n'ont aucun impact sur le niveau de service. L'identification de ces éventuelles défaillances doit avoir lieu lors de la mise en œuvre concrète des services de l'opérateur alternatif – utilisant le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – en collaboration avec Belgacom et le fournisseur d'équipements.

²⁵⁶ Voir la disposition 11.2.2.2 de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence.

²⁵⁷ Voir le point 107 de la Décision entreprise.

²⁵⁸ Cisco est une entreprise américaine qui conçoit, fabrique et vend des équipements de réseau.

²⁵⁹ L'IBPT se réfère en effet, à diverses reprises dans la Décision entreprise, à des documents de référence de Cisco (voir, par exemple, les paragraphes 90 et 125 de la Décision entreprise).

²⁶⁰ [CONFIDENTIEL].

fourni un *workaround*²⁶¹ pour le VLAN 12 permettant d'éviter le blocage des données au niveau du CPE en retirant simplement le VLAN 12 du paquet. Ce *workaround* a permis de réduire l'impact éventuel d'éventuels problèmes de transparence en ce qui concerne le VLAN 12 à un niveau quasiment nul. En ce qui concerne le VLAN 100, un *workaround* n'était pas possible dans la mesure où il est apparu qu'il s'agissait d'un VLAN réservé par [CONFIDENTIEL] pour un usage interne, ce qui pourrait expliquer le manque de priorité accordé au ticket de Belgacom par le fournisseur²⁶². Belgacom souligne toutefois que le VLAN 100 semble en pratique rarement utilisé dès lors qu'aucune plainte n'a été enregistrée concernant ce VLAN (hormis la plainte de l'OLO X).

Avant qu'il ne commande ses premières lignes WBA VDSL2, l'OLO X a été mis au courant par Belgacom, par le biais d'échanges bilatéraux, des éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE, et, en particulier, de la limitation relative au VLAN 100 – qui constitue le seul VLAN dont l'utilisation (qui semble très rare, en pratique) est susceptible de poser certains problèmes –. [CONFIDENTIEL] :

« [CONFIDENTIEL] »²⁶³.

Eu égard à ces éléments, il est particulièrement surprenant que l'OLO X ait intégré dans sa plainte du 8 août 2012 un grief relatif aux limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE dans la mesure où il était parfaitement au courant de ces éventuelles limitations – qui n'ont aucun impact en pratique – et semblait avoir fait le choix de mettre en œuvre la solution « OLO CPE ». Aucun manque de transparence ne peut être reproché à Belgacom sur ce point.

En ce qui concerne, de manière plus générale, le cas du nouvel entrant potentiel, Belgacom note que ce dernier est supposé suivre le trajet tel que documenté dans le *Welcome Pack* mis à disposition par Belgacom pour le WBA VDSL2²⁶⁴ et il paraît clair qu'en cas de demande concrète de sa part, toute une série d'aspects liés à la mise en œuvre de l'offre seront discutés avec lui, en ce compris toute limitation technique du service proposé. Le cas échéant, des échanges concernant spécifiquement la configuration du modem de [CONFIDENTIEL] – à supposer que l'opérateur alternatif souhaitant faire usage du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ne fasse pas le choix de s'orienter plutôt vers la solution « OLO CPE » – pourront notamment avoir lieu dans le cadre du Comité de mise en œuvre (ou Réunion d'équipe Qualité), en collaboration avec [CONFIDENTIEL]²⁶⁵.

Il ressort également de l'ensemble de ces considérations que la nécessité de mettre à jour l'offre de référence – sur la base de changements pertinents – n'a jamais été avérée dans la mesure où les éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE ont un

²⁶¹ Un *workaround* est une solution de rechange permettant le contournement d'un *bug* ou d'un problème par une solution temporaire, dans l'attente d'une résolution plus conventionnelle – qui, en l'espèce, doit être apportée par [CONFIDENTIEL] –.

²⁶² A cet égard, Belgacom note que le fait que les fabricants réservent certains identifiants pour un usage interne (ici, le VLAN 100) est une pratique courante.

²⁶³ [CONFIDENTIEL].

²⁶⁴ Les opérateurs alternatifs ont notamment accès à ce *Welcome Pack* sur la base du lien suivant :

http://www.belgacomwholesale.be/wholesale/en/jsp/dynamic/product.jsp?dcrName=nws_wba_vdsl2.

²⁶⁵ Belgacom tient toutefois à préciser, en ligne avec sa responsabilité technique limitée en ce qui concerne les équipements situés au niveau du CPE, que l'opérateur alternatif faisant face à d'éventuelles limitations au niveau du modem doit avant tout s'adresser directement à [CONFIDENTIEL], comme cela est explicitement indiqué dans l'offre de référence.

impact quasiment nul²⁶⁶ et où les opérateurs alternatifs avaient connaissance de leur existence ou étaient, en tout cas, en mesure d'en prendre connaissance. Les développements qui précèdent montrent par ailleurs que Belgacom a toujours adopté une attitude prudente et diligente. Elle a toujours tenté de solutionner les éventuels problèmes qui ont pu se poser en lien avec la configuration du modem de [CONFIDENTIEL], et ce, alors même que la gestion du CPE sort du champ de sa responsabilité technique et que les informations relatives au CPE ne peuvent donc être considérées comme des informations devant, en tant que telles, faire partie de l'offre de référence obligatoire.

60. **Critique de l'approche suivie par l'IBPT.** Si l'IBPT ne semble pas contester que Belgacom se soit bien conformée aux obligations de transparence lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, il estime toutefois que Belgacom aurait dû demander une adaptation de l'offre de référence dès le mois de septembre 2010, date à laquelle Belgacom a détecté certaines limitations concernant le VLAN 12 et le VLAN 100²⁶⁷.

A cet égard, Belgacom tient tout d'abord à rappeler que l'ensemble de l'analyse développée par l'IBPT sous-entend que Belgacom serait soumise à une obligation de mettre à jour l'offre de référence, ce qui n'est pas le cas en réalité, comme Belgacom l'a déjà précisé dans les développements qui précèdent²⁶⁸. Aucun manquement ne peut donc être constaté dans le chef de Belgacom et aucune amende ne peut lui être imposée sur cette base.

En outre, si l'IBPT semble reconnaître que l'existence de certains *bugs* justifie que des informations relatives à la configuration spécifique des modems de [CONFIDENTIEL] ne soient pas reprises dans le cadre de l'offre de référence, il estime néanmoins, comme dans le cadre du grief relatif aux prétendues limitations en débit de certains types de données, que Belgacom aurait dû adapter l'offre de référence en vue d'inviter le bénéficiaire de l'offre à la contacter pour obtenir plus d'informations à l'égard de la transparence des VLANs²⁶⁹. Cette approche de l'IBPT ne peut être suivie. Le fait que c'est bien l'opérateur alternatif – et non Belgacom – qui est responsable de la gestion du CPE implique précisément, comme cela est indiqué dans l'offre de référence, que cet opérateur s'adresse directement à [CONFIDENTIEL] en vue d'obtenir des informations plus spécifiques en lien avec la configuration du modem. En tout état de cause, l'opérateur alternatif pourra toujours avoir recours aux canaux de communication – mis en place par exemple par le biais du Comité de mise en œuvre (ou Réunion d'équipe Qualité) – prévus dans l'offre de référence.

Enfin, Belgacom tient à souligner que l'IBPT ne démontre absolument pas que la mise à jour de l'offre de référence – supposant l'existence de changements pertinents – aurait été nécessaire. Diverses critiques peuvent être formulées à l'encontre de l'approche de l'IBPT sur ce point :

- En se limitant à supposer l'existence d'un impact général et théorique lié aux éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE²⁷⁰, l'IBPT ne

²⁶⁶ Seul le VLAN 100 – qui ne représente que 0,02 % du nombre total d'identifiants disponibles – est potentiellement susceptible de limiter l'utilisation de l'opérateur alternatif. Comme Belgacom l'a déjà indiqué, ce VLAN semble toutefois rarement utilisé en pratique et les opérateurs alternatifs souhaitant avoir recours au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN sont mis au courant de cette limitation – comme l'OLO X l'a été – par le biais d'échanges bilatéraux.

²⁶⁷ Décision entreprise, point 118.

²⁶⁸ Voir notamment le paragraphe 41 *supra*.

²⁶⁹ Décision entreprise, point 110.

²⁷⁰ Voir notamment le point 99 de la Décision entreprise.

démontre absolument pas que ces limitations auraient un impact concret sur le niveau des services fournis par les opérateurs alternatifs. Or, comme cela ressort des développements qui précèdent²⁷¹, cet impact concret est quasiment nul. En outre, le simple fait que l'opérateur alternatif doit éviter d'utiliser certains VLANs n'est pas de nature à démontrer l'existence d'un quelconque impact réel dans la mesure où Belgacom a démontré que les opérateurs alternatifs ont connaissance ou sont, en tout cas, en mesure de connaître les VLANs spécifiquement concernés par d'éventuelles limitations et où la mise en œuvre de services de détail par les opérateurs alternatifs ne suppose évidemment pas que l'ensemble des identifiants VLAN soient utilisés²⁷² ;

- L'IBPT reconnaît que le fait que l'OLO X ait été mis au courant des éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE et que « [c]ette communication de Belgacom envers [l'OLO X] atténue la gravité de l'infraction ». L'IBPT estime toutefois que les autres opérateurs alternatifs ainsi que tout nouvel entrant potentiel ne disposent pas de cette information²⁷³.

A cet égard, Belgacom tient à souligner qu'elle a précisément démontré que l'ensemble des opérateurs alternatifs ainsi que des nouveaux entrants sont en mesure de prendre connaissance des éventuelles limitations s'appliquant au niveau du CPE²⁷⁴. En ce qui concerne le VLAN 1, il est clairement établi que tout opérateur raisonnablement prudent et diligent est au courant des éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau de ce VLAN spécifique dans la mesure où son utilisation est déconseillée dans le document « *VLAN security best practice* » de Cisco. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les opérateurs alternatifs ou les nouveaux entrants soient au courant d'éventuelles limitations s'appliquant au VLAN 12 dans la mesure où Belgacom a précisément mis en place un *workaround* pour ce VLAN spécifique. En tout état de cause, toute éventuelle limitation relative aux VLANs sera clairement identifiée dans le cadre des échanges bilatéraux qui précèdent la mise en œuvre opérationnelle du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN²⁷⁵.

- Contrairement à ce que prétend l'IBPT, il n'est pas nécessaire de préciser, dans le cadre de l'offre de référence, que les opérateurs alternatifs doivent prendre en compte le document « *VLAN security best practice* » de Cisco en vue de les informer sur les éventuelles limitations susceptibles de concerner le VLAN 1²⁷⁶. Comme Belgacom l'a indiqué²⁷⁷, ce document constitue une référence connue de tous – et notamment de l'OLO X –. Le fait que Cisco soit un vendeur d'équipement et non un institut de normalisation ou que l'équipement mis en cause soit un équipement de [CONFIDENTIEL] et non de Cisco n'y change rien, dans la mesure où il est établi que la plupart des opérateurs ont recours à des équipements fournis par Cisco et que beaucoup d'entre eux choisissent notamment d'installer un routeur de Cisco en complément du modem de [CONFIDENTIEL], ce qui implique qu'ils ont pris connaissance du document « *VLAN security best practice* ». En outre, Belgacom

²⁷¹ Voir paragraphe 59 *supra*.

²⁷² [CONFIDENTIEL].

²⁷³ Décision entreprise, point 111.

²⁷⁴ Voir paragraphe 59 *supra*.

²⁷⁵ C'est d'ailleurs précisément par ce biais que l'OLO X a été mis au courant des limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE.

²⁷⁶ Décision entreprise, point 105.

²⁷⁷ Voir paragraphe 59 *supra*.

constate que l'IBPT se réfère lui-même à diverses reprises, dans la Décision entreprise, à des documents de référence de Cisco²⁷⁸ ;

- Le fait que les éventuelles limitations susceptibles de s'appliquer au niveau du CPE ont un impact quasiment nul et que les opérateurs alternatifs ainsi que les nouveaux entrants sont pleinement en mesure de prendre connaissance de leur existence implique qu'il n'était pas du tout nécessaire, contrairement à ce que l'IBPT prétend²⁷⁹, que Belgacom mette à jour l'offre de référence après qu'elle ait détectée – le 30 septembre 2010 – l'existence des limitations s'appliquant au VLAN 12 et au VLAN 100. Ce constat est renforcé par le fait que Belgacom a fourni un *workaround* pour le VLAN 12 – qui a permis de réduire l'impact de la limitation à un niveau quasiment nul – et qu'il revenait à [CONFIDENTIEL] de corriger la « défaillance » détectée par Belgacom ;
- Enfin, Belgacom constate que le raisonnement de l'IBPT – visant à tenter de démontrer que les clarifications apportées en novembre 2012 à l'offre de référence par le biais d'un addendum auraient dépassé tout délai raisonnable – est contredit par le fait que l'IBPT n'a toujours pas, à ce stade, approuvé de manière définitive l'addendum proposé par Belgacom et qu'aucun opérateur ne semble avoir rencontré la moindre difficulté sur les points examinés ci-avant.

Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle. A cet égard, force est de constater que la motivation de l'IBPT en ce qui concerne le grief relatif à la transparence des VLANs repose sur une appréciation manifestement erronée du contexte factuel de l'espèce, est entachée de nombreuses incohérences et / ou contradictions et méconnaît la portée spécifique des obligations réglementaires de transparence telles qu'elles sont précisées au niveau du cadre réglementaire sectoriel.

c) *Quant à la transparence des protocoles de type L2CP*

61. **Présentation technique.** Les protocoles de type L2CP (*Layer 2 Control Protocol*) – ci-après « L2CPs » – sont des protocoles de contrôle conçus en vue de faciliter la communication entre les différents équipements situés au niveau de la couche 2 du modèle OSI, tels que les ponts (*bridges*) ou les commutateurs (*switches*). Ces protocoles circulent par le biais de l'émission de messages de contrôle et utilisent des adresses MAC réservées de type multicast dont la plupart ne sont en principe pas acheminées par des ponts ou des commutateurs et sont donc limitées à un seul lien de couche 2. Il y a également lieu de noter que certains L2CPs sont point à point et ne devraient donc pas être acheminés dans le cas d'un service multipoint à multipoint tel que le service Ethernet VPN. Les différents types de L2CPs ont été définis par l'IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*)²⁸⁰. Pour certains L2CPs, comme le STP (*Spanning Tree Protocol*), Cisco a introduit des améliorations par rapport à la version IEEE résultant dans des protocoles L2CP propriétaire Cisco.

²⁷⁸ Voir, par exemple, les paragraphes 90 et 125 de la Décision entreprise.

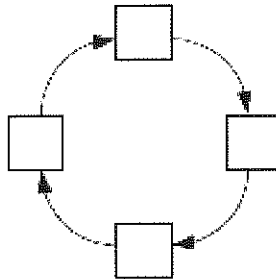
²⁷⁹ Décision entreprise, point 118.

²⁸⁰ L'IEEE est une association professionnelle américaine constituée d'ingénieurs électriciens, d'informaticiens et de tout autre professionnel du domaine des télécommunications. L'IEEE joue un rôle très important dans l'établissement des normes. Ce rôle est assuré par l'IEEE *Standards Association* (IEEE-SA).

L'IBPT précise, dans la Décision entreprise, qu'il existe de nombreux types de L2CPs permettant d'assurer diverses fonctions telles que le contrôle des flux Ethernet²⁸¹, l'authentification de portes des équipements²⁸², mais aussi la gestion des bouclages. Dans sa plainte du 8 août 2012, l'OLO X indique avoir constaté que les trames de données configurées selon le protocole STP (*Spanning Tree Protocol*) – qui est un L2CP – resteraient bloquées à l'interface du réseau²⁸³. Même si l'IBPT se réfère de manière générale à l'ensemble des L2CPs, il faut bien constater que les problèmes de transparence qu'il estime pouvoir identifier – qui impliqueraient que la version R3.6.03f de l'ISAM mise en œuvre par Belgacom dans le cadre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN éliminerait une partie importante des trames contenant des informations de type L2CP – ne concernent en réalité que le protocole STP.

Le protocole STP permet d'éviter des problèmes de tempête de diffusion dans un réseau de couche 2 susceptibles de découler du type de topologie caractérisant ce réseau. Le terme « topologie » est employé en vue de désigner la manière dont la connexion des différents équipements du réseau – par exemple, les ponts et les commutateurs – et des différents liens (ou câbles) du réseau est opérée. Il existe différents types de topologie de réseau, dont les principaux sont les suivants :

- Une topologie en anneau : un réseau a une topologie en anneau quand tous les équipements sont connectés en chaîne les uns aux autres par une liaison bipoint et que le dernier équipement est relié au premier. Chaque équipement joue donc le rôle d'intermédiaire. Un réseau en anneau est considéré comme « bouclé », c'est-à-dire qu'une donnée diffusée dans le réseau peut revenir à son destinataire sans devoir transiter plus d'une fois par les mêmes équipements. Une telle topologie peut être représentée comme suit²⁸⁴ :



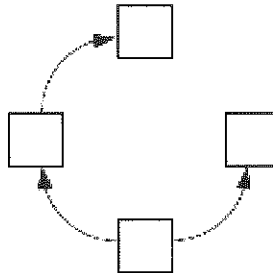
²⁸¹ Il ressort de la Décision entreprise que « [le] contrôle de flux est un mécanisme qui permet au récepteur de contrôler le débit de l'émetteur dans le but d'éviter toute congestion dans le réseau » (Décision entreprise, point 122).

²⁸² Il ressort de la Décision entreprise que « [ce] protocole permet d'empêcher un client non authentifié (et donc non autorisé) de se connecter à un réseau local à travers des portes de l'équipement accessible publiquement » (Décision entreprise, point 122).

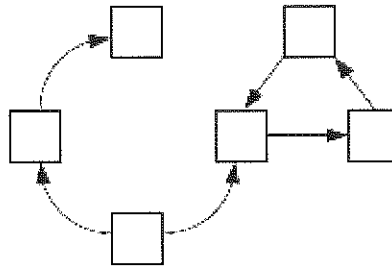
²⁸³ [CONFIDENTIEL].

²⁸⁴ Ce schéma figure à la note de bas de page 82 de la Décision entreprise.

- Une topologie en arbre : dans le cadre d'un réseau en arbre, une donnée diffusée ne peut pas revenir vers son destinataire sans devoir transiter sur les mêmes équipements. Cette topologie de réseau peut être représentée comme suit²⁸⁵ :



- Une combinaison de topologies : une combinaison entre une topologie de réseau en anneau et une topologie de réseau en arbre peut par exemple être représentée comme suit²⁸⁶ :

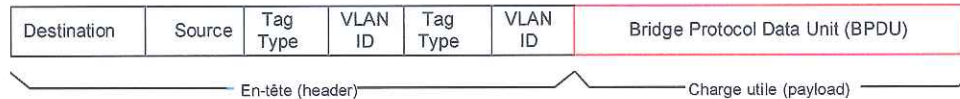


Des problèmes de tempête de diffusion dans un réseau de couche 2 sont susceptibles de se présenter dans le cadre d'une topologie en anneau ou d'une topologie contenant une structure en anneau dans la mesure où, dans le cadre de ce type de topologie, une même trame de données peut être transmise continuellement dans la boucle – si les bouclages ne sont pas correctement contrôlés – sans même peut-être atteindre son destinataire. Cela s'explique par le fait qu'un pont ou commutateur diffuse les trames Ethernet du type broadcast ou des trames Ethernet unicast dont l'adresse MAC n'est pas connue par ledit pont ou commutateur. Le protocole STP vise à corriger les problèmes de bouclages susmentionnés. Il permet de découvrir les boucles sur le réseau, de créer une topologie logique évitant tout bouclage en bloquant certains trajets, de contrôler la disponibilité de cette topologie logique et de basculer au besoin sur une topologie logique de secours.

²⁸⁵ Ce schéma figure à la note de bas de page 82 de la Décision entreprise.

²⁸⁶ Ce schéma figure à la note de bas de page 82 de la Décision entreprise.

De manière plus spécifique, le protocole STP met chaque interface du pont ou commutateur en statut « *forwarding* » ou en statut « *blocking* » pour créer une topologie logique évitant tout bouclage. En statut « *blocking* », l'interface ne peut pas acheminer ou recevoir des trames Ethernet. La mise en œuvre du protocole STP suppose que les informations relatives au protocole STP soient incorporées dans une trame Ethernet de contrôle qui sera transmise aux différents équipements de couche 2. Ces informations seront contenues au niveau de la charge utile (ou *payload*) de ces trames Ethernet spécifiques portant le nom de BPDU (*Bridge Protocol Data Unit*). La structure d'une trame Ethernet configurée selon le protocole STP peut être représentée de la manière suivante²⁸⁷ :



62. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans le cadre de l'analyse de ce troisième grief, l'IBPT commence par identifier la disposition de l'offre de référence qu'il estime incorrecte²⁸⁸. Il s'agirait plus spécifiquement de la disposition 7.7.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence qui est formulée comme suit :

*« Aucune mesure de sécurité n'est appliquée dans le réseau de Belgacom : l'opérateur alternatif est responsable de la sécurité de son réseau (p.ex. le nombre d'adresses MAC, les aspects relatifs au MAC learning, les trames de contrôle, [le] multi- et broadcast...) »*²⁸⁹.

L'IBPT précise ensuite le cadre technique de son analyse²⁹⁰. Après avoir défini la portée de la notion de L2CP, il identifie les fonctions associées au protocole STP et précise la structure de la trame Ethernet de contrôle configurée en fonction de ce protocole. L'IBPT précise en outre que l'absence de tout mécanisme de sécurité dans le réseau de Belgacom – telle qu'elle ressort de la disposition 7.7.1 de l'offre de référence – impliquerait l'absence de toute restriction à l'égard des L2CPs²⁹¹.

L'IBPT analyse ensuite l'impact spécifique que d'éventuelles restrictions à l'égard des L2CPs seraient susceptibles d'avoir sur les services pris en charge par les opérateurs alternatifs²⁹². L'Institut précise notamment que la transparence des L2CPs serait particulièrement importante pour les utilisateurs de service qui choisissent de déployer des équipements de couche 2 plutôt que des routeurs. Cela ressort de l'extrait suivant de la Décision entreprise :

« Cisco souligne qu'il est important que les réseaux métropolitains Ethernet soient capables de traiter les protocoles de type L2CP pour les utilisateurs de service (c.-à-d. les clients finaux) qui choisissent de déployer des équipements de couche 2 (ponts – bridge – ou commutateurs – switch) répondant à la norme 802.1Q plutôt que des

²⁸⁷ Ce schéma figure au point 122 de la Décision entreprise mais a légèrement été adapté par Belgacom pour mieux refléter l'offre de référence.

²⁸⁸ Décision entreprise, point 119.

²⁸⁹ Traduction libre fournie par l'IBPT de l'extrait suivant : « [n]o security measures are applied in the Belgacom network: the OLO is responsible for the security of its network (eg number of MAC addresses, MAC learning aspects, control frames, multi- and broadcast, ...) » (voir la page 23, disposition 7.7.1, de l'annexe 2 *Technical Specifications* de l'offre de référence, version 9b).

²⁹⁰ Décision entreprise, points 121 à 124.

²⁹¹ Décision entreprise, point 123.

²⁹² Décision entreprise, points 125 à 127.

routeurs (couche 3) comme équipement à l'interface avec l'opérateur. En effet, dès lors que les protocoles de type L2CP sont utilisés par un client souhaitant par exemple interconnecter deux sites distants, il est pour lui essentiel de connaître la façon avec laquelle ces protocoles sont traités dans le réseau métropolitain offrant un service sécurisé et transparent de couche 2 »²⁹³.

En outre, l'IBPT estime que le fait que le protocole STP ne puisse être acheminé, de manière générale, entre deux sites d'un utilisateur final impliquerait que les opérateurs alternatifs ne seraient pas en mesure de proposer aux utilisateurs finals des services performants en adéquation avec leurs besoins²⁹⁴.

L'IBPT retrace par après la chronologie des faits en vue de tenter d'identifier la date à partir de laquelle il considère que Belgacom était au courant de l'élimination d'une partie importante des trames de type L2CP²⁹⁵. Trois dates jugées déterminantes sont retenues par l'IBPT dans le cadre de son analyse :

- L'IBPT estime que Belgacom disposait déjà le 16 avril 2009, date à laquelle elle a proposé d'ajouter les dispositions liées à l'option Dedicated VLAN dans l'offre de référence WBA VDSL2, de suffisamment d'informations techniques indiquant que la version R3.6.03f de l'ISAM mis en œuvre par Belgacom éliminerait une partie importante des trames de type L2CP. [CONFIDENTIEL] ;
- [CONFIDENTIEL] ;
- L'IBPT estime que, en tout état de cause, Belgacom était au courant des restrictions à l'égard des L2CPs depuis le mois de mars 2012, date à laquelle les ingénieurs de Belgacom auraient commencé à avoir des soupçons sur la transparence de l'ISAM à l'égard de ces protocoles.

Après avoir précisé qu'il résulterait de son analyse que la disposition 7.7.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence induirait le bénéficiaire de l'offre de référence en erreur²⁹⁶, l'IBPT développe certains éléments en réponse à certains arguments soulevés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013²⁹⁷.

Enfin, l'IBPT précise que l'infraction aurait pris fin le 26 novembre 2012, date à laquelle Belgacom a proposé d'insérer une modification de l'offre de référence²⁹⁸. L'IBPT termine en précisant par ailleurs qu'il décide de retenir la date d'avril 2009 comme étant la date initiale de référence pour l'infraction dont Belgacom se serait rendue coupable²⁹⁹.

i) A titre principal : absence de tout caractère erroné de l'offre de référence

63. Analyse générale au regard du contexte de l'offre de référence. Contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que la disposition 7.7.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence ait un quelconque caractère erroné. Les limitations susceptibles de s'appliquer à

²⁹³ Décision entreprise, point 125.

²⁹⁴ Décision entreprise, points 126 et 127.

²⁹⁵ Décision entreprise, points 128 à 137.

²⁹⁶ Décision entreprise, point 138.

²⁹⁷ Décision entreprise, point 139.

²⁹⁸ Décision entreprise, points 140 et 141.

²⁹⁹ Décision entreprise, point 146.

l'égard des L2CPs au niveau de l'ISAM n'ont en effet aucun caractère absolu et peuvent être facilement contournées.

A cet égard, Belgacom précise que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN est transparent en ce qui concerne les L2CPs – en ce compris les protocoles de type *Spanning Tree* – établis par Cisco. L'utilisation d'équipements de Cisco – largement répandus sur le marché – permet donc d'éviter les éventuelles restrictions susceptibles de s'appliquer au niveau de l'ISAM. Il ressort en effet du rapport technique TR-101 du *Broadband World Forum*³⁰⁰ – auquel la version R3.6.03f se conforme, du moins en partie³⁰¹ – que, par défaut, seuls les L2CPs établis selon les standards de l'IEEE – et non les L2CPs établis selon Cisco – sont bloqués dans le cadre d'un modèle *cross-connect* (ou CC)³⁰².

Sans entrer dans les détails à ce stade, Belgacom tient en outre à souligner que, lorsque l'opérateur alternatif ou l'utilisateur final souhaite utiliser le protocole STP selon la norme IEEE, les éventuelles restrictions liées à la version R3.6.03f de l'ISAM peuvent également être évitées en ayant recours à une solution de type L2PT (*Layer 2 Protocol Tunneling*). Cette solution peut en effet tout à fait être mise en œuvre sur le réseau de Belgacom³⁰³.

64. **Utilisation par l'OLO X méconnaissant le *scope* de l'offre de référence.** Il est important de préciser que les problèmes que l'OLO X a pu rencontrer dans le cadre de la mise en œuvre de son service LL découlent directement et exclusivement du fait que, comme Belgacom l'a démontré dans le cadre de ses développements relatifs à l'analyse du *scope* de l'offre de référence, ce service méconnaît le *scope* de l'offre de référence. De manière plus spécifique, Belgacom constate que l'extrait de l'offre de référence auquel l'IBPT se réfère – contenu à la disposition 7.7.1 – ne pose en réalité aucun problème pour peu que les services mis en place sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN respectent le *scope* de l'offre de référence.

Outre le constat général – que Belgacom a déjà évoqué³⁰⁴ – selon lequel la transparence totale requise par le service LL de l'OLO X n'est pas en phase avec la notion de transparence technique telle qu'elle résulte de l'offre de référence, Belgacom souligne que, conformément aux standards définis par le MEF (*Metro Ethernet Forum*)³⁰⁵, la mise en œuvre d'un service de type ligne privée Ethernet (*Ethernet Private Line* ou EPL) – tel que le service LL de l'OLO X – implique un traitement particulièrement transparent des L2CPs, ce qui n'est pas le

³⁰⁰ Le *Broadband World Forum* est une conférence annuelle rassemblant des spécialistes issus de l'industrie des télécommunications. Cet organisme remplit un rôle de normalisation.

³⁰¹ Belgacom tient à souligner qu'elle n'a toutefois été mise au courant par [CONFIDENTIEL] de la conformité de la version R3.6.03f de l'ISAM au rapport TR-101 du *Broadband World Forum* qu'à la suite du mois de juin 2012. Ce n'est en effet qu'à partir de ce mois que Belgacom a effectué des tests plus approfondis jusqu'au mois de septembre 2012, sur la base des informations communiquées par l'OLO X le 27 juin 2012, en collaboration avec [CONFIDENTIEL].

³⁰² La configuration spécifique des trames de contrôle de type L2CP – telle qu'elle résulte notamment d'un tableau dont l'OLO X s'est lui-même servi lors de la réunion trilatérale du 5 septembre 2012 – permet en effet d'éviter tout blocage au niveau de l'ISAM (voir la Pièce n° 16 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013).

³⁰³ Cela a d'ailleurs été démontré par Belgacom dans le cadre du rapport repris à la Pièce n° 53 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013.

³⁰⁴ Voir paragraphe 47 *supra*.

³⁰⁵ Belgacom rappelle que la référence aux standards définis par le MEF est faite par l'OLO X lui-même. A cet égard, Belgacom souligne, comme elle l'a déjà indiqué (voir notamment le paragraphe 33 *supra*), que rien ne permet d'affirmer en réalité que l'offre de référence aurait été élaborée en référence aux standards du MEF.

cas dans le cadre du type de services de détail – tels que les services VPN de couche 2 ou de couche 3 – devant être considérés comme conformes au *scope* de l’offre de référence.

En outre, Belgacom rappelle que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN est avant tout destiné à une utilisation au niveau de la couche 3³⁰⁶. Les opérateurs alternatifs utilisant des services de transport Ethernet de Belgacom – tels que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ou le service Ethernet VPN qui en est dérivé – vont, dans l’énorme majorité des cas, installer un routeur – c’est-à-dire un équipement de couche 3 – en complément des équipements de couche 2. L’utilisation d’un routeur permet d’éviter de devoir configurer le protocole STP.

Enfin, si l’OLO X souhaitait néanmoins – de manière non conforme au *scope* de l’offre de référence – déployer un équipement de couche 2, il aurait tout à fait pu éviter les éventuelles restrictions s’appliquant au niveau de l’ISAM en ayant recours à des équipements Cisco ou en optant pour la solution L2PT³⁰⁷.

65. **Critique additionnelle de l’approche suivie par l’IBPT.** Contrairement à ce qu’il prétend, l’IBPT n’établit pas du tout que l’extrait de la disposition 7.7.1 de l’annexe 2 de l’offre de référence auquel il se réfère serait incorrect ou susceptible d’induire en erreur. Les limitations susceptibles de s’appliquer à l’égard des L2CPs au niveau de l’ISAM n’ont en réalité, comme cela a été démontré, aucun caractère absolu et peuvent être facilement contournées. En outre, l’IBPT fonde essentiellement son analyse sur une utilisation spécifique du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – celle mise en place par l’OLO X – qui méconnaît le *scope* réel de l’offre de référence, ce qui le conduit à adopter une lecture particulièrement restrictive des dispositions de cette offre.

De manière plus spécifique, Belgacom tient à formuler les critiques suivantes à l’encontre de l’approche suivie par l’IBPT dans le cadre de l’analyse du grief relatif à la transparence des L2CPs :

- Dans le cadre de son analyse de l’impact prétendument lié à d’éventuelles limitations susceptibles de s’appliquer aux L2CPs au niveau de l’ISAM, l’IBPT semble se focaliser sur l’utilisation inappropriée de l’OLO X et ne tient pas du tout compte du fait que l’énorme majorité des opérateurs alternatifs configurent un service de couche 3 sur la base d’un produit de transport Ethernet, ce qui relativise fortement la nécessité d’un traitement totalement transparent des L2CPs. L’IBPT ne tient pas non plus compte du fait que les limitations qu’il croit pouvoir identifier ne sont en réalité pas absolues et qu’il existe de nombreuses solutions alternatives – telles que l’utilisation d’un équipement Cisco ou la mise en œuvre d’une solution L2PT – permettant de les contourner. Ces solutions permettent à tout opérateur – tel que l’OLO X – souhaitant malgré tout déployer des équipements de couche 2 sur la base d’un produit de transport Ethernet de ne subir aucune des limitations identifiées par l’IBPT dans la Décision entreprise ;
- L’IBPT croit pouvoir démontrer l’importance pour les opérateurs actifs sur le segment professionnel d’une grande transparence des L2CP en prétendant que cette transparence aurait été assurée en Autriche et en Espagne dans le cadre de produits de couche 2 similaires au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN³⁰⁸. En dehors du fait que les produits fournis de couche 2 visés par l’IBPT ne sont précisément pas

³⁰⁶ Voir paragraphes 28 et 32 *supra*.

³⁰⁷ [CONFIDENTIEL].

³⁰⁸ Décision entreprise, point 139.

similaires au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN³⁰⁹, Belgacom tient à souligner que la transparence des L2CPs ne ressort pas clairement des offres correspondant à ces produits et [CONFIDENTIEL].

ii) *A titre subsidiaire : analyse générale de la conformité aux obligations de transparence*

66. **Eléments généraux.** A supposer que Belgacom soit malgré tout tenue de mentionner, dans le cadre de l'offre de référence, l'existence de certaines limitations s'appliquant aux L2CPs au niveau de l'ISAM – alors même que ces limitations ne sont en réalité pas absolues et peuvent facilement être contournées et que l'analyse de l'IBPT est fondée sur une utilisation, par l'OLO X, non conforme au *scope* de l'offre de référence –, l'IBPT ne démontre absolument pas que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle, telles qu'elles ont été précisées précédemment³¹⁰.

Dans les développements qui suivent, Belgacom démontrera ainsi, à titre strictement subsidiaire, qu'aucun reproche ne peut être avancé à son encontre (1) au regard de son attitude lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ou (2) au regard d'une éventuelle nécessité de mettre l'offre de référence à jour.

67. **Analyse lors de la publication des spécificités techniques liées au produit régulé.** Il n'est pas démontré que Belgacom ne se soit pas conformée à son obligation de transparence lors de la publication des spécificités techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN dans la mesure où Belgacom n'avait pas connaissance, lors de cette publication, d'éventuelles limitations s'appliquant aux L2CPs.

A cet égard, Belgacom tient tout d'abord à préciser qu'elle n'a observé aucun problème en matière de transparence des L2CPs dans le cadre des tests qu'elle a pu mettre en œuvre en vue de développer son service VPN de détail dans la mesure où les éventuelles limitations imposées au niveau de l'ISAM n'ont *a priori* aucun impact sur des services de ce type. Au niveau de détail, Belgacom commercialise en effet essentiellement des services de couche 3 de type IP VPN³¹¹ dans le cadre desquels la transparence des L2CPs n'est pas pertinente. En outre, Belgacom rappelle que l'énorme majorité des opérateurs alternatifs utilisant le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN ainsi que le service Ethernet VPN qui en est dérivé en font une utilisation au niveau de la couche 3, par le biais de l'installation d'un routeur, ce qui implique également que les éventuelles limitations s'appliquant aux L2CPs au niveau de l'ISAM n'ont aucun impact à leur égard³¹².

En outre, Belgacom tient à souligner que la documentation technique d'[CONFIDENTIEL] telle qu'applicable à la version de l'ISAM qu'elle a mise en place dans le cadre de son produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN – c'est-à-dire la version R3.6.03f de l'ISAM – ne contient aucun élément indiquant qu'une limitation s'appliquerait aux L2CPs au niveau de l'ISAM dans le cadre d'un mode d'acheminement *cross-connect* (ou CC). A l'inverse du mode *residential bridge* (ou *iBridge*) – qui implique, comme cela ressort de la documentation

³⁰⁹ L'offre proposée par Telefónica en Espagne ne permet par exemple pas, contrairement à l'offre WBA VDSL2 de Belgacom, d'interconnexion au niveau local, mais seulement à un niveau régional. En outre, seulement trois qualités de service (*Quality of Service* ou QoS) sont proposées dans le cadre de cette offre – alors que Belgacom en propose quatre dans le cadre de son offre WBA VDSL2 – et le multicast n'est pas supporté.

³¹⁰ Voir les paragraphes 40 à 42 *supra*.

³¹¹ [CONFIDENTIEL].

³¹² [CONFIDENTIEL].

technique, la mise en place de différents mécanismes de sécurité –, le mode CC utilisé dans le cadre de l'option Dedicated VLAN est supposé acheminer, conformément à la même documentation, tout type de trafic – en ce compris donc le trafic de type L2CP – de manière transparente. La grande transparence caractérisant le mode CC – en ce compris à l'égard des L2CPs – ressort de divers extraits – que Belgacom a déjà mentionnés³¹³ – contenus dans la description du système :

« [CONFIDENTIEL] »³¹⁴ ;

« [CONFIDENTIEL] »³¹⁵ ;

« [CONFIDENTIEL] »³¹⁶.

S'il semble effectivement qu'une plus grande transparence à l'égard des L2CPs ait été introduite par le fabricant dans le cadre de versions ultérieures de l'ISAM, il n'en ressort pas que Belgacom aurait automatiquement dû en déduire que cette transparence n'était pas totalement garantie dans le cadre de la version R3.6.03f de l'ISAM. A cet égard, force est tout d'abord de constater que Belgacom étant pleinement occupée par le déploiement de cette version R3.6.03f, elle n'avait pas à sa disposition les moyens humains pour procéder à une analyse de la documentation de la version R3.7 de l'ISAM qu'elle n'a d'ailleurs même pas téléchargée du site d'[CONFIDENTIEL]. En outre, il ne ressort pas de la *Customer Release Note* de la version R4.1 de l'ISAM que la plus grande transparence à l'égard des L2CPs ait été introduite en tant que nouvelle option, qui n'était pas disponible dans la version R3.6.03f.

En outre, Belgacom tient à préciser qu'il n'est, en tout état de cause et contrairement à ce que l'IBPT semble supposer, pas faisable d'analyser systématiquement tous les détails de la documentation technique de chacune des versions de l'ISAM. Un tel traitement ne peut être réservé qu'à la version qui sera réellement déployée sur le réseau de Belgacom, c'est-à-dire, en l'espèce, la version R3.6.03f de l'ISAM. A cet égard, Belgacom souligne que l'introduction de la version R3.6.03f a pris environ un an et a notamment impliqué des analyses et des tests de validation approfondis. Un tel travail engendre des coûts élevés et ne peut être reproduit pour chaque nouvelle version de l'ISAM développée par [CONFIDENTIEL].

[CONFIDENTIEL] :

« [CONFIDENTIEL] »³¹⁷.

[CONFIDENTIEL] :

« [CONFIDENTIEL] »³¹⁸.

[CONFIDENTIEL]^{319 320}.

³¹³ Voir paragraphe 50 *supra*.

³¹⁴ [CONFIDENTIEL].

³¹⁵ [CONFIDENTIEL].

³¹⁶ [CONFIDENTIEL].

³¹⁷ [CONFIDENTIEL].

³¹⁸ [CONFIDENTIEL].

³¹⁹ [CONFIDENTIEL].

³²⁰ [CONFIDENTIEL].

Pour ces raisons, Belgacom estime que c'est manifestement à tort que l'IBPT a retenu une infraction en matière de transparence à son encontre.

68. **Analyse de la nécessité de mettre l'offre de référence à jour.** Belgacom rappelle tout d'abord, comme elle l'a déjà précisé à plusieurs reprises³²¹, qu'elle n'est soumise à aucune obligation absolue de mettre à jour l'offre de référence. Cela implique que l'IBPT ne peut constater une infraction dans le chef de Belgacom découlant du simple fait qu'elle n'aurait pas sollicité une telle mise à jour.

En outre, Belgacom rappelle que, en tout état de cause, seuls les changements pertinents sont susceptibles – dans la mesure du nécessaire – de justifier une mise à jour des informations contenues dans l'offre de référence³²². A cet égard, Belgacom tient tout d'abord à souligner qu'une mise à jour de la disposition 7.7.1 de l'annexe 2 de l'offre de référence ne se justifiait pas dans la mesure où l'existence d'éventuelles limitations à l'égard des L2CPs n'a *a priori* aucun impact sur les utilisations du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN conformes au *scope* de l'offre de référence, c'est-à-dire les utilisations se situant au niveau de la couche 3 – et supposant l'installation d'un routeur – et non de la couche 2 du modèle OSI³²³. Belgacom rappelle que l'existence d'un impact sur les utilisations situées au niveau de la couche 2 n'est, elle non plus, pas du tout établie dans la mesure où les éventuelles limitations à l'égard des L2CPs peuvent tout à fait être contournées en ayant recours à des équipements Cisco ou en optant pour la solution L2PT³²⁴.

Par ailleurs, Belgacom souligne qu'elle n'a suspecté l'existence d'éventuelles limitations s'appliquant aux L2CPs au niveau de l'ISAM qu'à partir du mois de mars 2012³²⁵. L'existence de ces éventuelles limitations a ensuite dû être investiguée plus en profondeur, dans tous ses aspects, et être confirmée au travers de tests détaillés en laboratoire. Suite à ces démarches, Belgacom a informé l'OLO X, de manière proactive, quant à la nature des limitations susceptibles de concerner les L2CPs³²⁶. Belgacom a ensuite mené des investigations additionnelles en concertation avec [CONFIDENTIEL] jusqu'au mois de septembre 2012. Le 26 novembre 2012, elle a proposé une modification de l'offre de référence en vue d'y intégrer le résultat de ces investigations. Belgacom a ainsi toujours adopté une attitude prudente et diligente. Elle a toujours tenté de solutionner les éventuels problèmes qui étaient susceptibles de se poser en lien avec la configuration de la version R3.6.03f de l'ISAM, et ce, alors même que les éventuelles limitations à l'égard des L2CPs n'ont *a priori* aucun impact sur les services fournis sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, que l'existence de ces limitations n'était pas établie au regard de la documentation technique de la version R3.6.03f de l'ISAM et que l'OLO X utilisait le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN de manière non conforme au *scope* de l'offre de référence³²⁷.

³²¹ Voir notamment le paragraphe 41 *supra*.

³²² Voir notamment le paragraphe 41 *supra*.

³²³ Voir, à cet égard, le paragraphe 64 *supra*.

³²⁴ Voir notamment le paragraphe 63 *supra*.

³²⁵ Belgacom a en effet découvert en mars 2010 l'existence de certaines limitations à l'égard des L2CPs au niveau des cartes GE-NT (carte de terminaison réseau de type Gigabit Ethernet) utilisées dans le cadre de l'offre BROBA Ethernet, ce qui l'a amenée à avoir des soupçons à l'égard du degré de transparence susceptible de s'appliquer aux L2CPs au niveau de l'ISAM.

³²⁶ [CONFIDENTIEL].

³²⁷ Comme elle l'a déjà indiqué (voir paragraphe 51 *supra*), Belgacom rappelle, à cet égard, que l'OLO X n'a communiqué la description de son service LL que le 8 juillet 2013. Belgacom n'était donc pas en

69. **Critique de l'approche suivie par l'IBPT.** Contrairement à ce que l'IBPT prétend, Belgacom s'est conformée aux obligations de transparence qui s'imposaient à elle lors de la publication des spécifications techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, c'est-à-dire en avril 2009. Il résulte en effet des développements qui précèdent que, lors de cette publication, Belgacom n'avait pas connaissance ou ne pouvait raisonnablement avoir connaissance d'éventuelles limitations à l'égard des L2CP dans la mesure où l'existence de telles limitations ne peut être établie au regard de la documentation technique de la version R3.6.03f de l'ISAM et n'a aucun impact sur les services de type VPN fournis par Belgacom sur la base d'un produit de type WBA VDSL2 Dedicated VLAN.

De manière plus spécifique, Belgacom tient à formuler les critiques suivantes à l'encontre de l'approche suivie par l'IBPT en ce qui concerne la conformité aux obligations de transparence lors de la publication des spécifications techniques liées au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN :

- Contrairement à ce que l'IBPT prétend³²⁸, Belgacom n'était pas raisonnablement en mesure de supposer l'existence d'éventuelles limitations à l'égard des L2CPs sur la base de la documentation technique applicable aux versions de l'ISAM ultérieures à la version R3.6.03f, c'est-à-dire les versions R3.7 et R4.1.0.3 de l'ISAM. En outre, l'IBPT ne tient pas du tout compte du fait que, [CONFIDENTIEL], Belgacom n'aurait été en mesure d'identifier – sur la base de la configuration des versions R3.7 et R4.1.0.3 – d'éventuelles limitations à l'égard des L2CPs dans le cadre de la version R3.6.03f qu'à la suite de toute une série de tests et d'analyses approfondies (qui n'ont pas été effectués dès lors qu'ils étaient sans pertinence pour les activités concernées de Belgacom)³²⁹.

[CONFIDENTIEL]^{330 331}.

[CONFIDENTIEL]³³² ;

- [CONFIDENTIEL]³³³ ;

- [CONFIDENTIEL]³³⁴.

[CONFIDENTIEL].

- [CONFIDENTIEL]^{335 336}.

mesure, avant cette date, de se rendre compte que l'utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN faite par l'OLO X n'était pas conforme au *scope* de l'offre de référence.

³²⁸ Décision entreprise, points 129 et 132.

³²⁹ Pour plus de précisions sur ce point, voir paragraphe 67 *supra*.

³³⁰ [CONFIDENTIEL].

³³¹ [CONFIDENTIEL].

³³² [CONFIDENTIEL].

³³³ [CONFIDENTIEL].

³³⁴ Décision entreprise, point 139.

³³⁵ Décision entreprise, point 129.1.

³³⁶ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007): *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78 (Belgacom souligné).

Belgacom tient à formuler certaines critiques additionnelles à l'encontre d'autres affirmations de l'IBPT – en lien avec la question de la nécessité de mettre l'offre de référence à jour – :

- Contrairement à ce que l'IBPT laisse entendre³³⁷, il n'est pas du tout établi que Belgacom aurait tardé à proposer une modification de l'offre de référence. Au contraire, Belgacom a démontré qu'elle avait réagi de manière rapide et proactive après avoir découvert certains indices laissant supposer que certaines limitations à l'égard des L2CPs existeraient au niveau de l'ISAM et qu'aucun reproche ne pouvait lui être adressé à cet égard³³⁸ ;
- En outre, Belgacom tient à réagir par rapport à l'affirmation de l'IBPT selon laquelle Belgacom aurait dû informer les opérateurs, dans le cadre de son offre de référence, du fait que la configuration de la version R3.6.03f de l'ISAM suivrait – du moins, en partie – les standards définis dans le cadre du rapport technique TR-101 du *Broadband World Forum*³³⁹.

Belgacom n'a en réalité été informée par [CONFIDENTIEL] de la conformité – sur certains aspects – de la version R3.6.03f de l'ISAM aux standards définis dans le cadre du rapport technique TR-101 que peu de temps avant la réunion trilatérale du 5 septembre 2012. Elle était donc difficilement en mesure de pouvoir intégrer cette information antérieurement dans l'offre de référence. En outre, une référence spécifique au rapport technique TR-101 dans le cadre de cette offre n'aurait pas été judicieuse dans la mesure où la version R3.6.03f de l'ISAM n'est pas totalement conforme à ce rapport technique ;

- Belgacom tient par ailleurs à souligner que de nombreux arguments formulés dans le cadre de cette requête – notamment les arguments liés au constat selon lequel l'OLO X n'utilise manifestement pas le produit WBA VDSL2 de manière conforme au *scope* de l'offre de référence ou que les limitations à l'égard des L2CPs ne sont pas absolues et peuvent facilement être contournées – avaient déjà été avancés par Belgacom dans le cadre de ses observations écrites du 3 septembre 2013 ou dans le cadre de sa réponse du 8 novembre 2013 à la demande de compléments d'informations de l'IBPT du 10 octobre 2013. Force est de constater que l'IBPT ne répond pas du tout – ou de manière extrêmement sommaire – à ces arguments dans la Décision entreprise ;
- Enfin, Belgacom constate que le raisonnement de l'IBPT – visant à tenter de démontrer que les clarifications apportées en novembre 2012 à l'offre de référence par le biais d'un addendum auraient dépassé tout délai raisonnable – est contredit par le fait que l'IBPT n'a toujours pas, à ce stade, approuvé de manière définitive l'addendum proposé par Belgacom.

Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle. A cet égard, force est de constater que la motivation de l'IBPT en ce qui concerne le grief relatif à la transparence des L2CPs repose sur une appréciation manifestement erronée du contexte factuel de l'espèce, est entachée de nombreuses incohérences et/ou contradictions et méconnaît la portée spécifique des obligations réglementaires de transparence telles qu'elles sont précisées dans le cadre réglementaire sectoriel.

³³⁷ Décision entreprise, point 137.

³³⁸ Voir paragraphe 68 *supra*.

³³⁹ Décision entreprise, point 136.

d) [CONFIDENTIEL]

70. [CONFIDENTIEL]^{340 341 342 343 344 345 346}

71. [CONFIDENTIEL]^{347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360}

i) [CONFIDENTIEL]

72. [CONFIDENTIEL]^{361 362 363}

73. [CONFIDENTIEL]^{364 365 366 367 368}

340 [CONFIDENTIEL].

341 [CONFIDENTIEL].

342 [CONFIDENTIEL].

343 [CONFIDENTIEL].

344 [CONFIDENTIEL].

345 [CONFIDENTIEL].

346 [CONFIDENTIEL].

347 [CONFIDENTIEL].

348 [CONFIDENTIEL].

349 [CONFIDENTIEL].

350 [CONFIDENTIEL].

351 [CONFIDENTIEL].

352 [CONFIDENTIEL].

353 [CONFIDENTIEL].

354 [CONFIDENTIEL].

355 [CONFIDENTIEL].

356 [CONFIDENTIEL].

357 [CONFIDENTIEL].

358 [CONFIDENTIEL].

359 [CONFIDENTIEL].

360 [CONFIDENTIEL].

361 [CONFIDENTIEL].

362 [CONFIDENTIEL].

363 [CONFIDENTIEL].

364 [CONFIDENTIEL].

365 [CONFIDENTIEL].

366 [CONFIDENTIEL].

367 [CONFIDENTIEL].

ii) [CONFIDENTIEL]

74. [CONFIDENTIEL]³⁶⁹

75. [CONFIDENTIEL]^{370 371 372 373}

76. [CONFIDENTIEL]^{374 375 376}

77. [CONFIDENTIEL]^{377 378 379 380}

e) *Considérations additionnelles portant sur l'analyse de l'impact menée par l'IBPT*

78. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans la section 8 de la Décision entreprise intitulée « *Analyse d'impact* »³⁸¹, l'IBPT analyse le prétendu impact qu'aurait eu l'infraction alléguée, d'une part, de manière générale par rapport aux objectifs poursuivis par l'obligation de publier une offre de référence et, d'autre part, de manière plus spécifique et concrète sur les opérateurs alternatifs en l'espèce.

Concernant l'impact par rapport aux objectifs poursuivis par les obligations de transparence³⁸², l'IBPT indique, de manière purement théorique et abstraite, que la mise en œuvre de ces obligations permet de garantir le respect de l'objectif de promotion de la concurrence ainsi que d'autres obligations réglementaires telles que celle de non-discrimination. Selon l'IBPT, il ressortirait de ces considérations que la présence dans l'offre de référence d'informations incorrectes et induisant en erreur aurait, de manière automatique, un impact négatif sur les opérateurs alternatifs dans la mesure où les objectifs liés aux obligations de transparence ne seraient pas respectés.

³⁶⁸ [CONFIDENTIEL].

³⁶⁹ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁰ [CONFIDENTIEL].

³⁷¹ [CONFIDENTIEL].

³⁷² [CONFIDENTIEL].

³⁷³ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁴ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁵ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁶ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁷ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁸ [CONFIDENTIEL].

³⁷⁹ [CONFIDENTIEL].

³⁸⁰ [CONFIDENTIEL].

³⁸¹ Décision entreprise, points 175 à 219.

³⁸² Décision entreprise, points 175 à 192.

Concernant l'impact de l'infraction en l'espèce³⁸³, l'IBPT tente de démontrer l'existence d'un prétendu impact concret que l'infraction alléguée aurait eu à l'égard de tous les opérateurs alternatifs (à savoir l'OLO X et les autres opérateurs alternatifs).

Il ressort des développements consacrés à cet égard par l'IBPT que ce dernier estime que cet impact serait établi principalement au regard de deux facteurs :

- L'IBPT semble prétendre que le fait que certains opérateurs alternatifs aient réagi dans le cadre de la consultation organisée par l'IBPT au sujet de la proposition de Belgacom du 26 novembre 2012 visant à adapter certains aspects de l'offre de référence (l'Addendum) indiquerait que ces opérateurs sont particulièrement sensibles à la question de la transparence du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN et que le caractère prétendument erroné de l'offre de référence sur cette question aurait (eu) un impact à leur égard ;
- L'IBPT estime par ailleurs avoir établi l'existence d'un impact concret de l'infraction alléguée sur l'OLO X en ce que, d'une part, ce dernier aurait dû mobiliser des ressources importantes pour mener des investigations approfondies sur les problèmes qu'il rencontrait et, d'autre part, il aurait subi une perte de clientèle en raison de l'infraction alléguée.

79. Position de Belgacom. Belgacom considère que l'analyse d'impact menée par l'IBPT ne repose pas sur une motivation adéquate en ce qu'elle est hautement théorique et abstraite, méconnaît les principes du cadre réglementaire sectoriel, repose sur des éléments de fait erronés, est entachée de nombreuses contradictions et/ou incohérences et ne permet en aucun cas de démontrer l'existence d'un impact concret de la prétendue infraction (alors que l'IBPT semble reconnaître que la démonstration d'un tel impact est nécessaire pour pouvoir conclure à l'existence de l'infraction alléguée telle que retenue dans la Décision entreprise). Belgacom avait d'ailleurs déjà démontré ces constatations, de manière circonstanciée, dans ses observations écrites du 3 septembre 2013 mais elle constate que l'IBPT n'y a répondu que de manière très partielle et erronée dans la Décision entreprise³⁸⁴.

i) Quant à l'analyse de l'impact par rapport aux objectifs liés aux obligations de transparence

80. Analyse hautement théorique et purement abstraite. Comme déjà démontré³⁸⁵, le simple rappel par l'IBPT des objectifs des obligations de transparence ne peut constituer une analyse d'impact. C'est pourtant ce que l'IBPT se limite à faire dans le cadre de l'analyse qu'il développe aux points 175 à 185 de la Décision entreprise.

Une véritable analyse d'impact implique que l'IBPT indique de manière très concrète en quoi le contenu de l'offre de référence (i) aurait induit en erreur des opérateurs alternatifs utilisant le produit de gros de Belgacom conformément au *scope* de l'offre de référence et (ii) aurait eu sur ces derniers un impact concret négatif. A aucun moment, l'IBPT ne se livre à un tel exercice qui aurait pourtant dû le conduire à conclure que l'offre de référence ne soulevait pas la moindre difficulté pratique ou concrète.

³⁸³ Décision entreprise, points 193 à 219.

³⁸⁴ Observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013, pp. 84 à 108. Pour ces raisons, Belgacom maintient toutes les critiques qu'elle a formulées dans ses observations, qui seront probablement reprises dans le dossier administratif de l'IBPT.

³⁸⁵ Belgacom a déjà répondu aux arguments avancés par l'IBPT dans le cadre de cette analyse au paragraphe 43 *supra*.

81. **Méconnaissance des principes du cadre réglementaire.** Belgacom note que, si l'IBPT reconnaît explicitement que l'obligation de publier une offre de référence ne peut être dissociée de l'obligation de non-discrimination³⁸⁶, il n'en tient cependant pas compte dans le cadre de son analyse d'impact.

Comme déjà démontré, une analyse d'impact ne peut en effet être menée – en faisant abstraction du principe de non-discrimination – au regard de tout type d'utilisation du produit régulé, comme le fait pourtant l'IBPT.

Une analyse d'impact doit nécessairement être développée en référence aux utilisations du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN qui, comme cela résulte de l'obligation de non-discrimination et du *scope* de l'offre en question, correspondent aux offres de détail que Belgacom a elle-même développées sur la base de ce produit et que les opérateurs alternatifs doivent pouvoir répliquer.

Ce constat permet d'emblée de rejeter l'approche suivie par l'IBPT.

ii) *Quant à l'analyse de l'impact dans le cas d'espèce*

82. **Absence de pertinence d'une analyse de l'impact sur l'OLO X.** Belgacom tient à souligner que l'existence d'un éventuel impact limité sur l'OLO X, tel que l'IBPT pense pouvoir l'identifier, ne démontre absolument pas que l'offre de référence serait erronée d'une quelconque manière.

L'impact éventuellement subi par l'OLO X est en effet uniquement dû au fait, comme cela a été démontré dans le cadre des développements qui précèdent, que cet opérateur utilisait le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN de manière non conforme au *scope* de l'offre de référence.

Si l'OLO X souhaitait répliquer une offre de détail de type ligne louée, il aurait dû plutôt s'orienter vers une offre de gros de type BROTSoLL (*Belgacom Reference Offer for Terminating Segments of Leased Lines*) configurée par exemple sous la forme d'un circuit partiel³⁸⁷. Cette offre de référence correspond précisément aux résultats de l'analyse de marché de l'IBPT qui porte sur les produits de lignes louées, ce qui n'est manifestement pas le cas de l'offre WBA VDSL2. Le choix de l'OLO X de s'orienter vers une offre de gros correspondant davantage à ses besoins spécifiques lui aurait permis d'éviter tout impact découlant d'une utilisation inappropriée de l'offre de référence WBA VDSL2³⁸⁸.

³⁸⁶ Décision entreprise, notamment point 177 : « L'obligation de publier une offre de référence (...) ne peut être dissocié[e] des remèdes d'accès et de non-discrimination ».

³⁸⁷ D'autres produits alternatifs auraient également pu être exploités par l'OLO X tels qu'une solution commerciale Explore déployée sur une technologie d'accès de type EFM (*Ethernet in the First Mile*) plutôt que de type VDSL2. Le fait que cette solution multi-paires commerciale soit plus onéreuse qu'une solution déployée sur une technologie d'accès VDSL2 est logique et ne peut être évoqué par l'IBPT en vue de tenter de démontrer que l'OLO X ne disposerait pas d'une solution alternative économiquement rentable afin d'adresser le segment des petites et moyennes entreprises (PME) (voir Décision entreprise, point 209). Si l'OLO X voulait adresser ce segment sur la base du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, il aurait dû le faire en mettant en œuvre des services de type VPN conformes au *scope* de l'offre de référence.

³⁸⁸ A cet égard, si l'OLO X lui avait communiqué une description de son service LL dans le cadre de discussions / négociations précédant la commercialisation de ses services, Belgacom aurait sans doute été à même de le réorienter vers une offre de gros plus adéquate. Cette description n'a malheureusement été communiquée par l'OLO X, comme cela a déjà été mentionné (voir paragraphe 51 *supra*), que le 8 juillet 2013. Il va également de soi que l'OLO X n'a pas suffisamment procédé aux tests et

En tout état de cause, Belgacom constate que l'IBPT reste en défaut de démontrer que le prétendu impact subi par l'OLO X découlerait de l'infraction alléguée.

En effet, comment l'IBPT peut-il affirmer que l'OLO X a dû mettre fin à certains de ses contrats en raison de l'infraction alléguée, faute de pouvoir assurer la continuité du service jusqu'alors proposé, alors que Belgacom a reporté la date butoir de l'ATM *outphasing* pour justement permettre à l'OLO X, si il le souhaite, de migrer son service LL vers le service WBA VDSL2 Dedicated VLAN sur la base des nouvelles versions de l'ISAM et du CPE ? En d'autres termes, l'IBPT reste en défaut de démontrer le moindre lien causal entre l'infraction alléguée et la résiliation de ses contrats avec ses clients finals.

Belgacom ne peut en outre que déplorer le fait que le seul élément apparemment concret sur lequel l'IBPT se fonde dans son analyse, à savoir les réponses fournies par l'OLO X le 30 octobre 2013 à la demande de compléments d'informations adressée par l'IBPT, n'ont jamais été communiquées à Belgacom, alors que Belgacom avait démontré que cet impact (pour autant qu'il existe) ne pouvait être que particulièrement limité. Comme déjà démontré, un tel procédé est manifestement contraire aux droits de la défense de Belgacom. Ainsi, et sans préjudice de ce qui en a déjà été dit ci-avant, Belgacom ne peut à ce stade que réserver tous ses droits à ce propos.

83. **Absence de démonstration d'un impact général sur les opérateurs alternatifs.** Force est de constater que l'IBPT – qui se limite à formuler des arguments généraux et théoriques – ne démontre en réalité aucun impact spécifique dans le chef des opérateurs alternatifs autres que l'OLO X.

De manière plus spécifique, la référence par l'IBPT aux résultats de la consultation qu'il a réalisée dans le cadre de la proposition de Belgacom du 26 novembre 2012 d'adapter certains aspects de l'offre de référence ne démontre en rien l'existence d'un impact spécifique sur les opérateurs alternatifs.

Il est clair que, lors d'une telle consultation, les opérateurs consultés formulent une série de réactions en vue d'élargir le plus possible les fonctionnalités auxquelles ils sont (théoriquement) susceptibles d'avoir accès dans le cadre d'une offre de référence. Ces réactions ne signifient évidemment pas que ces opérateurs auraient subi un impact concret lors de la mise en œuvre d'un accès spécifique au produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN³⁸⁹.

A cet égard, Belgacom voit mal comment une utilisation conforme au *scope* de l'offre de référence WBA VDSL2 pourrait mener des opérateurs alternatifs à subir un impact négatif quelconque. Belgacom a au contraire démontré, dans le cadre des développements qui précèdent, que le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN permet largement de répondre aux attentes des opérateurs alternatifs souhaitant mettre en place des services de type VPN – conformes au *scope* de l'offre de référence –. La meilleure preuve en est qu'aucun opérateur

développements nécessaires avant de lancer le produit concerné. A cet égard, l'IBPT adopte une attitude particulièrement ambiguë dans la Décision entreprise dès lors qu'il affirme que l'OLO X aurait bien procédé de la sorte, tout en affirmant en même temps que l'OLO X aurait déjà conclu des contrats pour le produit concerné avant de procéder aux tests préalables nécessaires. L'impact qui en résulterait ne peut à aucun moment être attribué au comportement de Belgacom. Belgacom reviendra encore sur ces éléments de chronologie dans la discussion qui suit.

³⁸⁹ Par ailleurs, Belgacom note pour le bon ordre que ces commentaires semblent en réalité émaner de l'OLO X, de manière directe ou indirecte par l'entremise d'associations auxquelles il appartient, tout comme la plupart des opérateurs cités dans la Décision entreprise. Ces commentaires sont dès lors clairement orientés.

alternatif n'a fait part à Belgacom de difficultés qu'il aurait rencontrées dans le cadre de la mise en œuvre de l'offre de référence en cause pour ses besoins et pour ceux de ses clients.

84. Incohérences et éléments de fait erronés dans l'analyse de l'IBPT. Enfin, comme elle l'avait déjà démontré dans ses observations du 3 septembre 2013, Belgacom constate pour le surplus que la motivation de la Décision entreprise est, sur de nombreux points, entachée d'incohérences et / ou de contradictions, et repose sur des éléments de fait erronés.

Tel est notamment le cas en ce qui concerne les points suivants :

- La chronologie des faits dont l'IBPT fait état aux points 210 à 215 de la Décision est manifestement erronée. Ainsi, contrairement à ce que l'IBPT prétend, les tests fonctionnels n'ont pas été réalisés par l'OLO X au mois de décembre 2011 mais dès le mois de septembre 2011, comme cela ressort du courrier adressé par l'OLO X le 21 septembre 2011 à Belgacom³⁹⁰. Il ressort également de la Pièce 5 jointe aux observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013 que l'OLO X a commandé ses premières lignes WBA VDSL2 Dedicated VLAN pour des clients finals dès le mois de novembre 2011. En outre, contrairement à ce que l'IBPT prétend, l'OLO X n'a pas dû mobiliser des ressources importantes en vue de procéder à des analyses approfondies des causes des problèmes auxquels il a pu faire face dans la mesure où, comme déjà démontré, ces analyses ont été en réalité principalement menées par Belgacom, à partir du mois de juin 2012.
- L'IBPT entend se référer aux produits VULA (*Virtual Unbundling*) comme prétendu exemple de la tendance du marché à délivrer des services de détail de couche 2 et non de couche 3. Or, force est de constater que si les produits VULA sont des produits de gros de couche 2, leur utilisation au niveau de détail se situe en revanche principalement au niveau de la couche 3. Ainsi, l'exemple cité par l'IBPT vient en réalité contredire la thèse qu'il soutient.

85. Conclusion. Pour les raisons développées ci-avant ainsi que celles figurant dans les observations soumises par Belgacom à l'IBPT le 3 septembre 2013 (auxquelles ce dernier n'a nullement répondu de manière adéquate), la prétendue analyse d'impact menée par l'IBPT ne peut être suivie et cette constatation doit également conduire à la mise à néant de la Décision entreprise qui conclut à tort à l'existence d'une infraction.

2.3 Conclusion

86. Absence de violation des obligations réglementaire de transparence. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, il n'est pas du tout établi que Belgacom ne se serait pas conformée aux obligations réglementaires de transparence qui s'imposent à elle. Force est de constater que la motivation de l'IBPT en ce qui concerne la portée spécifique des obligations réglementaires de transparence, en ce qui concerne les différents griefs retenus dans le cadre de la Décision entreprise ainsi qu'en ce qui concerne l'analyse de l'impact lié à une prétendue infraction dans le chef de Belgacom repose sur une appréciation manifestement erronée du contexte factuel de l'espèce, est entachée de nombreuses incohérences et/ou contradictions et méconnaît la portée réelle des obligations réglementaires de transparence telles qu'elles sont précisées dans le cadre réglementaire sectoriel.

³⁹⁰ Pièce n° 3 des observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013, p. 1 : « [L'OLO X] a l'intention d'utiliser l'offre WBA VDSL2 et a commencé à tester les fonctionnalités de cette offre » (traduction libre de l'extrait suivant : « [OLO X] has the intention to use the WBA VDSL2 offer and has started testing the features of this offer »).

D. MOYEN RELATIF A LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS ET DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE

87. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans le cadre des observations qu'elle avait formulées au sujet du projet de décision entreprise, Belgacom avait fait remarquer à l'IBPT que l'amende administrative envisagée procédait d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs et du principe d'impartialité en ce que l'IBPT cumule, d'une part, les pouvoirs de poursuite et d'instruction et, d'autre part, le pouvoir de sanction³⁹¹.

Belgacom fondait son grief, non pas sur l'article 6 de la Convention EDH, mais sur les principes généraux du droit belge reconnus par la jurisprudence, parmi lesquels figurent le principe d'impartialité et le principe de la séparation des pouvoirs³⁹².

Nonobstant cette précision importante, l'IBPT a écarté le grief invoqué par Belgacom en se limitant à énoncer que, selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, les garanties découlant de l'article 6 de la Convention EDH ne sont pas applicables en tant que telles à la procédure de sanction prévue par l'article 21 de la loi IBPT-statut :

« Concernant le troisième argument, l'IBPT se réfère à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 12 juin 2013. La Cour d'appel a ainsi jugé entre autres ce qui suit :

"Le législateur ayant instauré, aux termes de l'article 2 de la loi sur les recours à l'encontre des décisions de l'IBPT, un recours en pleine juridiction, au sens le plus large, il a rencontré la jurisprudence de la CJDH relative à l'article 6,1° de la CEDH lorsqu'une autorité administrative inflige une amende administrative" (§ 54) ;

"Partant, eu égard à la nature de la décision attaquée et au recours instauré devant la cour, les garanties de la CEDH qui s'appliquent aux procé[d]ures judiciaires ne doivent pas s'appliquer en tant que telles à la procédure d'amendes administratives instaurée auprès de l'IBPT" (§ 55) »³⁹³.

88. **Position de Belgacom.** Dès lors que la motivation apportée par l'IBPT dans la Décision entreprise ne répond manifestement pas au grief invoqué par Belgacom, Belgacom le réitère à ce stade en tant que moyen à l'appui de sa requête en annulation.

Belgacom considère ainsi que la Décision entreprise est illégale et doit par conséquent être annulée, en ce qu'elle procède d'une violation des principes de l'équité procédurale au sens large, tels que consacrés en tant que principes généraux du droit belge par la jurisprudence.

1. Rappel des principes

89. **L'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention EDH n'exonère pas l'autorité administrative de respecter les principes de l'équité procédurale.** Au niveau international, les garanties découlant de l'article 6 de la Convention EDH sont applicables lorsque la sanction administrative revêt un caractère pénal au sens autonome de cet article. La Cour

³⁹¹ Observations de Belgacom du 3 septembre 2013 relatives au projet de décision entreprise, pp. 114 à 117.

³⁹² Observations de Belgacom du 3 septembre 2013 relatives au projet de décision entreprise, p. 115 : « l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention n'exonère pas l'autorité administrative qui impose une sanction de respecter les garanties découlant du principe de l'équité procédurale qui ont été reconnues, au niveau national, comme principes généraux du droit par la jurisprudence. (...) Partant, l'IBPT est notamment tenu de respecter les principes généraux du droit tels que la séparation des pouvoirs et l'impartialité ».

³⁹³ Décision entreprise, points 230, 230.1 et 230.2.

d'appel de Bruxelles a déjà expressément confirmé que tel était le cas des sanctions administratives prononcées par l'IBPT sur la base de l'article 21 de la loi IBPT-statut³⁹⁴.

Belgacom constate, sous réserve de tous droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme semble néanmoins admettre que l'autorité administrative qui prononce une sanction ne doit pas nécessairement respecter toutes les garanties prévues par l'article 6 précité lorsque sa décision peut être « *soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant toutes les garanties de cette disposition* »³⁹⁵.

Cela étant, l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention EDH n'exonère pas l'autorité administrative qui impose une sanction de respecter les garanties découlant du principe de l'équité procédurale qui ont été reconnues, au niveau national, comme principes généraux du droit par la jurisprudence.

En effet, la Cour d'appel de Bruxelles a expressément confirmé de telles considérations s'agissant spécifiquement de sanctions administratives prononcées par l'IBPT :

*« L'inapplicabilité de la CEDH n'empêche pas que la procédure d'imposition d'amendes par l'IBPT doit offrir les garanties de l'application des principes généraux de droit reconnus par la Cour de Cassation, tels les principes de bonne administration, de l'impartialité, du devoir de motivation, du droit de la défense et du droit à la loyauté dans l'administration de la preuve »*³⁹⁶.

Partant, l'IBPT est notamment tenu de respecter les principes généraux du droit tels que la séparation des pouvoirs et l'impartialité.

90. **Le principe de la séparation des pouvoirs.** Le principe de la séparation des pouvoirs constitue un principe général du droit à valeur constitutionnelle, dans la mesure où il se déduit de la Constitution belge qui établit une distinction entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire³⁹⁷.

Ceci implique que le principe de la séparation des pouvoirs est hiérarchiquement supérieur à la loi et qu'en cas de contradiction apparente entre la loi et un tel principe général du droit, il y a lieu d'examiner si la loi ne peut être interprétée conformément au principe auquel il est prétendument dérogé³⁹⁸.

A titre indicatif, en France, le Conseil constitutionnel a décidé dans un arrêt du 5 juillet 2013 que la procédure de sanction prévue par le Code des postes et des communications

³⁹⁴ Bruxelles (18^{ème} ch.), 12 juin 2013, R.G. 2011/AR/2481, point 52.

³⁹⁵ Voir notamment Cour EDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, requête n° 43509/08, point 59 ; Cour EDH, décisions du 30 juin 2009 sur les requêtes n° 14308/08, *Bayrak*, n° 18527/08, *Gamaleddyn*, et n° 43563/08, *Aktas*, point 1.

³⁹⁶ Bruxelles (18^{ème} ch.), 12 juin 2013, R.G. 2011/AR/2481, point 56.

³⁹⁷ Rapport annuel 2002-2003 de la Cour de cassation, pp. 119 à 120 et 141 à 142, et les références jurisprudentielles et doctrinales qui y sont citées. La doctrine confirme que « [l]a séparation des pouvoirs est un principe général du droit qui comporte des aspects multiples et évolutifs » (X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 193, n° 202 (Belgacom souligne)).

³⁹⁸ Rapport annuel 2002-2003 de la Cour de cassation, pp. 141 à 142 (Belgacom souligne).

électroniques était contraire au principe de la séparation des pouvoirs³⁹⁹ et au principe d'impartialité en ce qu'elle n'assurait pas au sein de l'autorité réglementaire nationale (ARCEP) une séparation organique entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction et, d'autre part, les fonctions de jugement :

« Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ;

Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés (...) les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; (...)

Considérant que (...) les dispositions (...) du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution »⁴⁰⁰.

Ainsi, en raison de ce constat d'inconstitutionnalité prononcé par le Conseil constitutionnel français sur pied de la séparation des pouvoirs et du principe d'impartialité, l'ARCEP s'est vu priver de son pouvoir d'imposer des amendes administratives.

Le législateur français a toutefois réhabilité l'ARCEP à imposer des amendes administratives par l'adoption de l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique⁴⁰¹, qui prévoit désormais que les membres de l'ARCEP qui sont chargés de prononcer les sanctions (formation restreinte au sein du régulateur) ne peuvent être désignés parmi ceux qui ont participé à la préparation des actes de poursuite et d'instruction⁴⁰².

91. **Le principe d'impartialité.** Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, le principe de l'impartialité constitue « un principe général du droit qui, en règle, est applicable à tout organe de l'administration active »⁴⁰³.

³⁹⁹ Le principe de la séparation des pouvoirs est consacré en droit français à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁴⁰⁰ Conseil constitutionnel français, 5 juillet 2013, n° 2013-331 (Belgacom souligne).

⁴⁰¹ Voir en particulier le Titre II de l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, intitulé « Rétablissement du pouvoir de sanction de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes ».

⁴⁰² Ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, article 4 : « La formation restreinte est chargée de prononcer les sanctions (...). Elle est composée des trois membres le plus récemment nommés à l'Autorité à la date de la sanction, à l'exception du président de l'Autorité. Elle ne peut délibérer que si au moins deux de ses membres sont présents. Les personnes assistant les membres de la formation restreinte ne peuvent être choisies parmi celles ayant participé à la préparation des actes de poursuite et d'instruction ».

⁴⁰³ Cass., 9 janvier 2002, P.00.0855.F., disponible sur www.juridat.be.

L'impartialité s'apprécie selon une *démarche subjective*, en prenant en considération la conviction personnelle et le comportement de l'autorité administrative, c'est-à-dire de savoir si celle-ci a fait preuve de parti pris ou de préjugé personnel, et une *démarche objective* consistant à déterminer si les structures et le contexte institutionnel dans lequel l'autorité est appelée à exercer ses compétences offrent des garanties suffisantes permettant d'exclure toute crainte légitime quant à son impartialité⁴⁰⁴.

En ce qui concerne la dimension objective du principe d'impartialité, la jurisprudence est fixée en ce sens qu'une même personne ne peut être à la fois juge et partie, notamment en jouant un rôle d'accusation ou d'instruction et un rôle de sanction dans une même affaire⁴⁰⁵.

La jurisprudence précise en outre que la dimension objective du principe d'impartialité s'impose à une autorité administrative dans la mesure où la législation applicable et la structure de l'autorité concernée n'y font pas obstacle⁴⁰⁶.

A titre comparatif, le Conseil d'Etat a décidé à cet égard que le CSA – c'est-à-dire l'homologue de l'IBPT au niveau de la Communauté française – devait respecter le principe de l'équité procédurale (sous l'angle de l'impartialité objective) lorsqu'il impose une sanction, dans la mesure où la législation applicable et la structure de cette autorité ne fait obstacle au respect de ce principe⁴⁰⁷. Le Conseil d'Etat a confirmé une telle jurisprudence à l'égard de la CREG, c'est-à-dire le régulateur fédéral en charge des marchés de l'électricité et du gaz naturel⁴⁰⁸.

Enfin, dans le cadre de son Avis relatif au projet de loi sur la nouvelle loi-concurrence, le Conseil d'Etat s'est expressément référé à cette jurisprudence afin d'insister sur la nécessaire séparation qui doit exister entre le pouvoir d'instruction et le pouvoir de décision :

*« Le principe de l'équité procédurale peut être mis à mal lorsque des membres du personnel d'un organe administratif prennent part tant à l'instruction préalable qu'à la délibération sur l'application d'une sanction à caractère pénal »*⁴⁰⁹.

2. La procédure de sanction prévue par la loi IBPT-statut viole le principe de la séparation des pouvoirs et le principe d'impartialité

92. **Violation des principes de la séparation des pouvoirs et de l'impartialité objective.** A la lumière des considérations développées ci-avant, Belgacom constate que la procédure de sanction mise en œuvre en l'espèce par l'IBPT n'est pas conforme aux principes de la séparation des pouvoirs et de l'impartialité objective.

En effet, le Conseil de l'IBPT cumule les pouvoirs de poursuite et d'instruction, d'une part, et le pouvoir de sanction, d'autre part.

Les enseignements dégagés par la jurisprudence précitée dans le rappel des principes sont pleinement transposables en l'espèce.

⁴⁰⁴ Voir notamment P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 132 à 134.

⁴⁰⁵ C.E., 5 juin 2012, n° 219.613 ; C.E., 21 septembre 2011, n° 215.255 ; C.E., 20 juin 2011, n° 214.005.

⁴⁰⁶ C.E., 1^{er} octobre 2002, n° 110.791 ; C.E., 31 janvier 1996, n° 57.936.

⁴⁰⁷ C.E., 17 janvier 2006, n° 153.839.

⁴⁰⁸ C.E., 7 avril 2011, n° 212.557, p. 10.

⁴⁰⁹ *Doc. parl.*, Avis du Conseil d'Etat n° 51.810/1 du 20 septembre 2012, Ch. des repr., session 2012-2013, doc n° 2591/001, p. 157, note de bas de page 12.

Le fait que ni la loi IBPT-statut ni la structure de l'IBPT ne fassent mention d'une quelconque séparation ne peut pas avoir pour conséquence que le principe de l'impartialité objective ne soit pas pleinement appliqué et respecté dans le cadre de la présente procédure. Ni la loi IBPT-statut ni la structure de l'IBPT n'y font obstacle non plus.

Par conséquent, en l'absence d'obstacle légal ou structurel empêchant que l'IBPT institue une séparation organique interne entre le pouvoir de poursuite / d'instruction et le pouvoir de sanction, à défaut d'adoption d'un règlement d'ordre intérieur par l'IBPT et donc d'une disposition spécifique instituant une telle séparation organique, et à défaut de l'organisation d'une telle séparation dans le cadre du traitement de la présente procédure, l'on ne peut que conclure que cette procédure viole les principes de la séparation des pouvoirs et de l'impartialité objective.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, Belgacom invite par conséquent la Cour d'appel à prononcer l'annulation de la Décision entreprise pour violation des principes de la séparation des pouvoirs et de l'impartialité objective.

E. MOYEN RELATIF À LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES

93. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans le projet de décision entreprise, l'IBPT proposait de sanctionner la prétendue violation par Belgacom des obligations de transparence lui incombant par l'imposition d'une amende administrative fondée sur l'article 21 de la loi IBPT-statut telle que modifiée par la loi du 10 juillet 2012 (ci-après « **la version 2012** »)⁴¹⁰.

Dans ses observations du 3 septembre 2013 relatives au projet de décision entreprise, Belgacom avait fait remarquer à l'IBPT que l'amende proposée ne pouvait pas lui être imposée en ce qu'elle procédait d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines (article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme) à plusieurs égards⁴¹¹.

D'une part, l'amende proposée était dénuée de fondement juridique en ce que la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut n'habilitait pas le régulateur à imposer une amende administrative à une entreprise lorsqu'il avait déjà été mis fin à l'infraction constatée (ce que l'IBPT constatait précisément à plusieurs reprises dans son projet de décision au sujet de la prétendue infraction commise par Belgacom).

D'autre part, l'IBPT entendait appliquer rétroactivement la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut à des faits qui se sont presque exclusivement produits avant son entrée en vigueur alors que celle-ci prévoit un régime de sanction plus sévère que celui prévu par les versions 2003 et 2009 dudit article qui étaient applicables sur plus de 90 % de la période incriminée.

Dans l'intervalle entre le dépôt des observations de Belgacom et l'adoption de la version finale de la Décision entreprise, le législateur a modifié le texte de l'article 21 de la loi IBPT-statut par l'adoption de la loi modificative du 27 mars 2014 (ci-après « **la version 2014** »)⁴¹².

⁴¹⁰ Projet de décision, section 6 « Base légale », points 31 à 33.

⁴¹¹ Observations de Belgacom du 3 septembre 2013 relatives au projet de décision entreprise, pp. 109 à 114.

⁴¹² Comme Belgacom le démontrera au paragraphe 119 *infra*, la loi modificative du 27 mars 2014 a été spécifiquement adoptée pour les besoins de la présente procédure, afin de favoriser les thèses de l'IBPT, de sorte que l'adoption de cette loi constitue une ingérence étatique contraire au principe du droit à un procès équitable tel que consacré à l'article 6 de la Convention EDH.

Ainsi, la version 2014 de la loi IBPT-statut prévoit dorénavant que l'IBPT peut imposer une amende administrative à une entreprise alors même qu'il aurait déjà été remédié à l'infraction constatée.

Dans la Décision entreprise, l'amende administrative que l'IBPT impose à Belgacom est désormais fondée non plus sur la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut mais sur la version 2014 dudit article⁴¹³.

L'IBPT prétend que la version 2014 de la loi IBPT-statut serait d'application immédiate aux litiges en cours en vertu de l'article 3 du Code judiciaire en ce que la disposition pertinente de la loi modificative du 27 mars 2014 serait une disposition de nature procédurale⁴¹⁴.

L'IBPT ajoute que, quand bien même cette disposition ne serait pas de nature procédurale, la version 2014 de la loi IBPT-statut devrait de toute manière être appliquée en l'espèce en ce qu'elle n'est pas plus sévère que la version 2012 de ladite loi. L'IBPT se réfère à cette fin aux travaux préparatoires de la loi modificative du 27 mars 2014 dont il ressortirait que la version 2012 de la loi IBPT-statut habilitait prétendument déjà l'IBPT à imposer une amende administrative à une entreprise même s'il avait déjà été mis fin à l'infraction constatée⁴¹⁵.

94. Position de Belgacom. Après avoir rappelé les principes juridiques applicables (**section 1**), Belgacom démontrera que la Décision entreprise est illégale en ce que l'amende administrative imposée par l'IBPT procède toujours d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines à plusieurs égards.

D'une part, l'IBPT applique rétroactivement la version 2014 de la loi IBPT-statut à des faits qui se sont produits antérieurement à son entrée en vigueur alors que celle-ci prévoit un régime de sanction plus sévère que celui prévu par les versions 2003, 2009 et 2012 dudit article qui étaient applicables au moment des faits litigieux (**section 2**).

D'autre part, l'amende administrative imposée par l'IBPT est dénuée de fondement juridique en ce que les versions 2003, 2009 et 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut n'habilitaient pas l'IBPT à imposer une amende administrative à une entreprise lorsqu'il avait déjà été remédié à l'infraction constatée, comme tel est le cas en l'espèce selon les propres constatations de l'IBPT (**section 3**).

1. Rappel des principes

1.1 Le principe de la légalité des délits et des peines

95. Fondement légal. Le principe de la légalité des délits et des peines (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) trouve son fondement à l'article 7, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après « la Convention EDH ») :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

⁴¹³ Décision entreprise, point 41.

⁴¹⁴ Décision entreprise, point 229.

⁴¹⁵ Décision entreprise, points 228 et 229.

Ce principe est également consacré par le droit de l'Union européenne (article 49, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux) ainsi qu'en droit national (articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 2 du Code pénal).

96. **Champ d'application.** L'article 7, § 1^{er}, de la Convention EDH s'applique à toutes les normes légales au sens large qui érigent un fait en infraction (lois d'incrimination), organisent le régime répressif d'une infraction (causes de justification, causes d'excuse, circonstances atténuantes / aggravantes), ainsi qu'à celles qui édictent une peine (lois de pénalité).

Comme le précise en outre la jurisprudence européenne, le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas confiné au droit pénal au sens strict mais s'applique également aux sanctions administratives :

« Le principe de légalité des peines (...) s'impose tant aux normes de caractère pénal qu'aux instruments administratifs spécifiques imposant ou permettant d'imposer des sanctions administratives (...). Il s'applique non seulement aux normes qui établissent les éléments constitutifs d'une infraction, mais également à celles qui définissent les conséquences qui découlent d'une infraction aux premières »⁴¹⁶.

Le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle confirment également que les sanctions administratives ayant la nature d'une peine sont soumises au principe de la légalité des délits et des peines⁴¹⁷.

97. **Portée du principe.** En ce qui concerne la portée du principe, il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'article 7, § 1^{er}, de la Convention EDH que l'imposition de sanctions administratives est subordonnée au respect des exigences suivantes⁴¹⁸ :

- l'exigence de légalité des infractions et des sanctions ;
- l'interprétation restrictive des dispositions établissant des infractions et des sanctions ;
- la non-rétroactivité des infractions et des sanctions plus sévères ;
- la rétroactivité des infractions et des sanctions plus douces.

Seules les trois premières exigences seront brièvement examinées ci-après dans la mesure où elles sont pertinentes en l'espèce.

⁴¹⁶ TUE, 13 juillet 2011, *Schindler Holding Ltd c. Commission*, aff. T-138/07, point 97 ; TUE, 19 mai 2010, *Wieland-Werke AG c. Commission*, aff. T-11/05, point 59 ; TUE, 28 avril 2010, *Amann & Söhne GmbH c. Commission*, aff. T-446/05, point 125 ; TUE, 5 avril 2006, *Degussa c. Commission*, T-279/02, point 67. Cette jurisprudence s'inscrit d'ailleurs en droite ligne de la position exprimée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation R (91) 1 du 13 février 1991 relative aux sanctions administratives (voir Recommandation n° R (91) 1 du Comité des Ministres aux Etats membres relatives aux sanctions administratives (adoptée par le Comité des Ministres le 13 février 1991, lors de la 452^{ème} réunion des Délégués des Ministres).

⁴¹⁷ Conseil d'Etat : *Doc. parl.*, Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 25 février 1998 sur un avant-projet de loi relatif à la sécurité lors des matches de football, Ch. des repr., session 1997-1998, document n° 1572/1, p. 44. Cour constitutionnelle : Cour constitutionnelle, 6 novembre 2002, n° 157/2002 ; Cour constitutionnelle, 7 juin 2001, n° 77/2001.

⁴¹⁸ Pour la synthèse de ces exigences, voir Cour EDH, 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, requête n° 10249/03, points 92 à 109.

L'exigence de légalité impose que les infractions et les sanctions soient établies par une norme légale au sens large répondant aux exigences de clarté, précision, prévisibilité et accessibilité. Comme le précise la Cour de Strasbourg, ces conditions se trouvent remplies « *lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* »⁴¹⁹.

Le principe de l'interprétation restrictive commande « *de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé* »⁴²⁰. Ce principe est expressément confirmé par le Conseil d'Etat en matière administrative, lequel se réfère au « *principe de l'interprétation restrictive des dispositions assorties de sanctions* »⁴²¹.

Le principe de la non-rétroactivité des infractions et des sanctions plus sévères interdit aux autorités de poursuite d'appliquer une loi adoptée postérieurement à l'accomplissement des faits litigieux et qui est plus sévère à l'égard de la personne poursuivie que la loi qui était applicable au moment desdits faits.

Pour déterminer quelle loi est la plus sévère, il convient de comparer objectivement les lois en présence. A titre exemplatif, en cas de comparaison entre deux lois qui, sans modifier les contours des incriminations ou les peines, établissent un régime répressif différent, la loi nouvelle sera considérée comme plus sévère lorsqu'elle supprime une circonstance exonératoire ou atténuante (cause de justification, cause d'excuse, circonstance atténuante) qui existait sous l'empire de la loi applicable au moment des faits litigieux :

*« Lorsqu'une loi conserve l'infraction mais ajoute une cause de justification, une cause d'excuse, ou toute autre circonstance qui empêche ou édulcore la répression, cette loi nouvelle est considérée comme plus douce. (...) Par contre, une loi qui institue une circonstance aggravante, supprime une cause de justification ou interdit l'admission de circonstances atténuantes ne peut s'appliquer qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur, puisqu'elle est moins favorable au prévenu »*⁴²².

98. Cas particuliers au regard du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. Certaines lois méritent un examen particulier au regard du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. Il en va de la sorte pour les lois pénales de forme et les lois pénales interprétatives.

99. Les lois pénales de forme. Par opposition aux lois pénales de fond ou lois pénales matérielles, les lois pénales de forme sont celles qui « *ne touchent pas au fond du droit* » en ce sens qu'elles n'établissent pas ou ne modifient pas les éléments constitutifs d'une infraction, le régime répressif d'une infraction ou la peine attachée à une infraction⁴²³.

Sont ainsi visées par cette définition, les lois pénales d'organisation judiciaire, les lois de compétence et les lois de procédure.

Contrairement aux lois pénales de fond, les lois pénales de forme ne sont pas soumises au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale mais sont d'application immédiate à tous les

⁴¹⁹ Cour EDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, requête n° 40403/02, point 28.

⁴²⁰ Cour EDH, 29 mars 2006, *Achour c. France*, requête n° 67335/01, point 41.

⁴²¹ C.E., 13 septembre 2011, n° 215.121.

⁴²² S. DERRE, « L'application de la loi pénale dans le temps », in *Postal Mémoires – Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, Waterloo, décembre 2005, A 190, pp. 10-11.

⁴²³ Cass., 16 novembre 1994, P.94.1206.F; Cass., 5 avril 1996, A.94.0002.F, disponibles sur www.juridat.be.

litiges en cours, sauf dérogation légale expresse, conformément à l'article 3 du Code judiciaire⁴²⁴.

Cela étant, l'application immédiate des lois pénales de forme ne constituent pas un principe absolu. En effet, comme il sera démontré plus loin, le principe de la prééminence du droit et les garanties du droit à un procès équitable (article 6 de la Convention EDH) s'opposent dans certaines circonstances à ce qu'une loi pénale de forme puisse s'appliquer de manière rétroactive aux litiges en cours.

100. *Les lois pénales interprétatives.* La loi interprétative est celle qui a pour objet « d'interpréter, d'une manière uniforme et obligatoire pour tous, des dispositions législatives peu claires, qui sont susceptibles d'interprétations en sens divers »⁴²⁵. Ce pouvoir est reconnu au législateur en vertu de l'article 84 de la Constitution⁴²⁶.

La loi interprétative vise à conférer à la loi interprétée « le sens que, dès son adoption, le législateur a voulu lui donner et qu'elle pouvait raisonnablement recevoir »⁴²⁷.

Ce faisant, la loi interprétative n'est pas considérée comme une loi nouvelle mais est réputée faire corps avec la loi interprétée, de sorte qu'elle sortira ses effets rétroactivement à la date d'entrée en vigueur de la loi interprétée⁴²⁸.

Dès lors que le législateur pourrait être tenté de déguiser une loi modificative pure et simple en loi interprétative afin de bénéficier de l'effet rétroactif qui s'y attache, l'utilisation d'une loi interprétative est régie par plusieurs principes.

Premièrement, la loi interprétative doit rester une exception de sorte qu'il n'est pas possible d'y recourir si la loi concernée est claire. Ce n'est que si le sens de la loi concernée est douteux ou obscure (en raison notamment de controverses jurisprudentielles ou de contradictions par rapport aux travaux préparatoires) que le recours à la loi interprétative est admis⁴²⁹.

⁴²⁴ Article 3 du Code judiciaire : « Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement cependant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi ».

⁴²⁵ Doc. parl., Avis du Conseil d'Etat n° L.30.111/2, Ch. des repr., session 2000-2001, législature 50, document n° 1329/001, p. 24.

⁴²⁶ Article 84 de la Constitution : « L'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi ».

⁴²⁷ Cour constitutionnelle, 21 juin 2006, n° 102/2006, point B.5.2.

⁴²⁸ Cour constitutionnelle, 19 décembre 2002, n° 189/2002, point B.12.1.

⁴²⁹ Doc. parl., Avis du Conseil d'Etat n° L.30.111/2, Ch. des repr., session 2000-2001, législature 50, document n° 1329/001, p. 24.

Deuxièmement, comme le souligne la Cour constitutionnelle, il faut que la loi interprétée ait pu raisonnablement recevoir dès son adoption le sens donné par la loi interprétative :

« [L]a garantie de la non-rétroactivité des lois ne pourrait être éludée par le seul fait qu'une loi ayant un effet rétroactif serait présentée comme une loi interprétative. Il convient donc d'examiner si le législateur a donné à la loi le sens qu'elle pouvait raisonnablement recevoir dès son adoption »⁴³⁰ ;

« Si tel n'est pas le cas, la disposition dite interprétative est en réalité une disposition rétroactive pure et simple »⁴³¹.

Troisièmement, la Cour constitutionnelle précise que le recours à la loi interprétative et l'effet rétroactif qui s'y attache ne peuvent pas porter atteinte aux « règles applicables en droit pénal »⁴³², et plus particulièrement au « principe de légalité en matière pénale »⁴³³.

Certains auteurs de doctrine en déduisent que la rétroactivité des lois pénales interprétatives semble par conséquent purement et simplement exclue, sauf si la loi interprétative est plus favorable à la personne incriminée⁴³⁴.

Cette position doctrinale semble être confirmée par un arrêt récent de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui stipule que la modification de l'interprétation donnée à une norme à caractère pénal ne saurait recevoir une portée rétroactive si la nouvelle interprétation est moins favorable à la personne incriminée, quand bien même cette nouvelle interprétation serait plus conforme à la lettre de la norme interprétée. Comme le souligne en effet la Cour strasbourgeoise, « l'article 7 de la Convention prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'intéressé »⁴³⁵.

101. ***Limites posées par Cour EDH quant à l'utilisation de lois rétroactives.*** En sus des limitations déjà évoquées ci-avant, quand bien même une loi pénale pourrait être qualifiée de loi interprétative ou de loi procédurale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pose dans certaines circonstances des limites quant à l'utilisation de telles lois et de l'effet rétroactif qui pourrait s'y attacher.

⁴³⁰ Cour constitutionnelle, 26 novembre 2009, n° 192/2009, point B.7.

⁴³¹ Cour constitutionnelle, 24 novembre 2004, n° 193/2004, point B.8.4.

⁴³² Cour constitutionnelle, 7 décembre 2005, n° 177/2005, point B.12.4.

⁴³³ Cour constitutionnelle, 26 novembre 2009, n° 192/2009, point B.7.

⁴³⁴ S. DERRE, « L'application de la loi pénale dans le temps », in *Postal Memorialis – Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, Waterloo, décembre 2005, A 190, pp. 6 à 7 ; voir également en ce sens F. TULKENS et M. VAN DE KERCKHOVE, *Introduction au droit pénal : aspects juridiques et criminologiques*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 193, note de bas de page 283.

⁴³⁵ Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, requête n° 42750/09, points 111 à 118. Dans cette affaire, la modification de l'interprétation donnée à la loi résultait d'un revirement de jurisprudence. Les enseignements dégagés par cette jurisprudence sont transposables aux lois interprétatives dans la mesure où les effets produits par ces deux mécanismes, l'un législatif (loi interprétative), l'autre jurisprudentiel (revirement de jurisprudence), sont identiques : la modification de l'interprétation donnée à une norme dans le but de lui donner le sens qu'elle aurait dû recevoir dès son adoption.

Ainsi, de jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'Homme interdit au législateur d'adopter des lois à portée rétroactive dans le but d'influencer l'issue d'un litige déterminé auquel l'Etat est partie, dans la mesure où une telle ingérence serait contraire aux principes de prééminence du droit et du droit à un procès équitable tels que consacrés à l'article 6 de la Convention EDH :

« La Cour doit être particulièrement attentive aux dangers inhérents à l'utilisation d'une législation rétroactive qui a pour effet d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige auquel l'Etat est partie. Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable commandent de traiter avec le plus grand degré de circonspection possible les raisons avancées pour justifier de telles mesures. (...) »

La Cour réaffirme que si, en principe, rien ne s'oppose à ce que le pouvoir législatif adopte (...) des nouvelles dispositions à portée rétroactive afin de régler des droits découlant des lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif – sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général – dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige auquel l'Etat est partie »⁴³⁶.

Il résulte de cette jurisprudence que les garanties découlant du droit à un procès équitable sont méconnues lorsqu'une loi interprétative ou procédurale (à portée rétroactive), d'une part, ne poursuit pas un but légitime d'intérêt général mais vise spécifiquement un litige déterminé dans lequel l'Etat est partie⁴³⁷ et, d'autre part, porte atteinte de manière disproportionnée aux droits de la partie opposée à l'Etat en plaçant cette dernière « dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁴³⁸.

Pour apprécier l'ingérence portée par l'Etat, la Cour européenne des droits de l'Homme examine notamment « le calendrier et les modalités de l'adoption de la loi litigieuse »⁴³⁹. Ainsi, si une loi « sur mesure » est adoptée spécifiquement afin de favoriser les thèses de l'Etat dans une procédure en cours, il ne fait nul doute que l'ingérence du législateur viole le droit à un procès équitable.

Dans le même ordre d'idées, à titre exemplatif, la Cour de Strasbourg a également déjà condamné certains Etats contractants qui, sous le couvert d'une loi prétendent

⁴³⁶ Voir notamment Cour EDH, 18 janvier 2007, *Bulgakova c. Russie*, requête n° 69524/01, point 35 (traduction libre de : « The Court should be especially mindful of the dangers inherent in the use of retrospective legislation which has the effect of influencing the judicial determination of a dispute to which the State is a party. Respect for the rule of law and the notion of a fair trial require that any reasons adduced to justify such measures be treated with the greatest possible degree of circumspection. (...) The Court reaffirms that while in principle the legislature is not precluded (...) from adopting new retrospective provisions to regulate rights arising under existing laws, the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature – other than on compelling grounds of the general interest – with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute to which the State was a party »).

⁴³⁷ Cour EDH, 20 février 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, requête n° 47316/99, point 64 ; Cour EDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society e.a. c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 21319/93, 21449/93 et 21675/93, point 110.

⁴³⁸ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, point 46 ; Cour EDH, 20 février 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, requête n° 47316/99, point 65.

⁴³⁹ Cour EDH, 18 janvier 2007, *Bulgakova c. Russie*, requête n° 69524/01, point 36 ; Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, point 47.

interprétative s'appliquant à « toutes les situations existantes, pendantes ou non devant les tribunaux, car elle n'introduirait pas une nouvelle réglementation et ne modifierait pas la disposition litigieuse, mais se bornerait à en éclaircir le véritable sens », adoptaient en réalité une loi sur mesure afin d'orienter en faveur de l'Etat le dénouement d'une procédure en cours⁴⁴⁰.

1.2 Le pouvoir de l'IBPT d'imposer une amende administrative

102. **Fondement juridique.** Le pouvoir de l'IBPT d'imposer une amende administrative à une entreprise PSM en raison d'une violation des obligations réglementaires *ex ante* qui lui sont imposées trouve son fondement à l'article 21 de la loi IBPT-statut.

Depuis son entrée en vigueur en 2003 (version initiale), la procédure de sanction prévue par l'article 21 de la loi IBPT-statut a fait l'objet de plusieurs modifications législatives, lesquelles sont successivement examinées ci-après.

Une distinction sera spécifiquement établie entre, d'une part, *les infractions en cours* et, d'autre part, *les infractions auxquelles il a été mis fin*, dans la mesure où cette nuance est fondamentale dans le cadre du présent recours pour déterminer le pouvoir de sanction dont était investi l'IBPT au moment où il a constaté la prétendue infraction commise par Belgacom.

103. **Version initiale (applicable du 23 avril 2003 au 13 juin 2009).** La version initiale de l'article 21 de la loi IBPT-statut prévoyait une procédure de sanction unique s'appliquant indistinctement à l'ensemble des infractions au cadre réglementaire sectoriel des communications électroniques⁴⁴¹.

Parmi l'ensemble des versions de l'article 21 de la loi IBPT-statut, la procédure de sanction instituée par la version initiale de la loi était la plus clémente dans la mesure où ce n'est que si l'entreprise incriminée persistait à maintenir un état infractionnel, malgré la mise en demeure d'y mettre fin adressée par l'IBPT, qu'une amende administrative pouvait lui être imposée.

Ainsi, au niveau de son déroulement⁴⁴², la procédure de sanction débutait formellement par une **mise en demeure** adressée par l'IBPT à l'entreprise incriminée, invitant cette dernière à remédier à l'infraction constatée dans le délai fixé par le régulateur.

Si, au terme du délai fixé, l'entreprise incriminée remédiait à l'infraction constatée, l'article 21 de la loi IBPT-statut prévoyait une **cause exonératoire** en ce sens que l'entreprise ne pouvait se voir imposer une amende administrative.

⁴⁴⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, points 42 à 50.

⁴⁴¹ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications (*M.B.*, 24 janvier 2003, p. 2595).

⁴⁴² Article 21 de la loi IBPT-statut (version initiale) : « § 1^{er}. Lorsque le Conseil constate une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou à une décision prise en application de celles-ci, il adresse au contrevenant une mise en demeure motivée en l'invitant à remédier aux infractions dans un délai qu'il fixe. § 2. Si, au terme du délai qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas remédié aux infractions, le Conseil peut, après l'avoir entendu, lui infliger une amende administrative au profit du Trésor public d'un montant (...) de 0,5 % au minimum et de 5 % au maximum du chiffre d'affaire de l'année complète de référence la plus récente dans le marché concerné pour les personnes morales, sans que le montant total de l'amende imposée à une personne morale ne puisse dépasser un montant de 12,5 millions EUR ».

Ce n'est que si l'entreprise incriminée ne remédiait pas à l'infraction dans le délai fixé que l'IBPT pouvait alors – après l'avoir entendue – lui imposer une amende administrative d'un montant situé entre 0,5 % et 5 % du chiffre d'affaires de l'année complète de référence la plus récente sur le marché concerné (avec un montant plafonné à 12,5 millions d'euros)⁴⁴³.

Conclusion : Il découle de ce qui précède que sous l'empire de la version initiale de la loi IBPT-statut, l'imposition d'une amende administrative ne se concevait pas pour les *infractions auxquelles il avait déjà été mis fin*, l'IBPT n'étant habilité à imposer une amende administrative que pour les *infractions toujours en cours* après l'écoulement du délai fixé dans la mise en demeure adressée à l'entreprise incriminée.

104. Version 2009 (applicable du 14 juin 2009 au 3 août 2012). La procédure de sanction prévue par l'article 21 de la loi IBPT-statut a fait l'objet d'une refonte par la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques⁴⁴⁴.

A la suite de cette modification, deux procédures de sanction distinctes furent prévues par la loi IBPT-statut :

- *une procédure ordinaire* (article 21)⁴⁴⁵ s'appliquant de manière générale et résiduelle à l'ensemble des infractions à la réglementation sectorielle *ex ante* dont l'IBPT contrôle le respect ; et
- *une procédure dérogatoire* (article 21/1)⁴⁴⁶ s'appliquant uniquement à une série d'infractions limitativement énumérées par la loi, parmi lesquelles figuraient notamment les infractions aux obligations réglementaires *ex ante* qui sont imposées aux entreprises en raison de leur statut PSM⁴⁴⁷.

Seule la procédure dérogatoire est pertinente en l'espèce dans la mesure où le présent recours concerne une prétendue infraction à l'obligation réglementaire *ex ante* de transparence qui fut imposée à Belgacom en raison de son statut PSM sur les marchés large bande.

⁴⁴³ Une légère modification à la procédure de sanction initiale fut apportée par la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 8 mai 2007, p. 25103, article 162) afin de supprimer la partie basse de la fourchette (0,5 % du chiffre d'affaires) de l'amende administrative que l'IBPT pouvait imposer.

⁴⁴⁴ Loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 4 juin 2009, p. 39917), articles 5 et 6.

⁴⁴⁵ Article 21 de la loi IBPT-statut (version 2009) : « § 1^{er}. Sous réserve de l'article 21/1, en cas d'infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect, le Conseil notifie ses griefs au contrevenant ainsi que le montant envisagé de l'amende administrative au profit du Trésor public d'un montant (...) de 5 % au maximum du chiffre d'affaires du contrevenant pendant l'année complète de référence la plus récente dans le secteur des communications électroniques en Belgique pour les personnes morales ».

⁴⁴⁶ Article 21/1 de la loi IBPT-statut (version 2009) : « § 1^{er}. Par dérogation à l'article 21, lorsque le Conseil constate une infraction aux obligations imposées par ou en vertu des articles 9, §§ 1^{er} et 3, 11, § 3, 18, § 1^{er}, 51, § 2, alinéa 1^{er}, 56, § 2, et 57 à 65, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, il adresse au contrevenant un projet de décision portant amende administrative en l'invitant à mettre fin à l'infraction dans un délai fixé par le Conseil. Ce délai ne peut être inférieur à un mois à compter de la notification du projet de décision, sauf accord du contrevenant. (...) § 3. Si, au terme du délai visé au § 1^{er} qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas mis fin à l'infraction, le Conseil peut lui infliger l'amende administrative visée à l'article 21, § 1^{er} ».

⁴⁴⁷ Articles 57 à 65 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, c'est-à-dire notamment les obligations d'accès, de non-discrimination, de transparence, de séparation comptable, de contrôle sur les prix.

Contrairement à la procédure ordinaire de sanction⁴⁴⁸, la procédure dérogatoire maintenait un régime de sanction clément, identique à celui prévu par la version initiale de l'article 21 de la loi IBPT-statut.

Ainsi, la procédure dérogatoire débutait par l'envoi d'un **projet de décision** à l'entreprise incriminée, invitant cette dernière à remédier à l'infraction constatée dans le délai fixé par le régulateur (minimum un mois à compter de la notification du projet).

Si, au terme du délai fixé, l'entreprise incriminée remédiait à l'infraction constatée, l'article 21/1 de la loi IBPT-statut prévoyait une **cause exonératoire** en ce sens que l'entreprise ne pouvait se voir imposer une amende administrative.

Ce n'est que si l'entreprise incriminée ne remédiait pas à l'infraction dans le délai fixé que l'IBPT pouvait alors – après l'avoir entendue – lui imposer une amende administrative d'un montant maximal de 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise pendant l'année complète de référence la plus récente dans le secteur des communications électroniques en Belgique.

Conclusion : Par identité de motifs à ce qui a été dit concernant la version initiale de l'article 21 de la loi IBPT-statut, sous l'empire de la version 2009 de la loi, l'imposition d'une amende administrative ne se concevait pas pour les *infractions auxquelles il avait déjà été mis fin*, l'IBPT n'étant habilité à imposer une amende administrative que pour les *infractions toujours en cours* après l'écoulement du délai fixé dans la mise en demeure adressée à l'entreprise incriminée.

105. **Version 2012 (applicable du 4 août 2012 au 7 mai 2014).** Le régime de sanction prévu par la loi IBPT-statut a fait l'objet d'une nouvelle modification par la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques⁴⁴⁹.

Cette deuxième refonte a supprimé la distinction entre la procédure ordinaire de sanction et la procédure dérogatoire pour rétablir une procédure unique indistinctement applicable à l'ensemble des infractions au cadre réglementaire sectoriel des communications électroniques.

Au niveau de son déroulement⁴⁵⁰, la version 2012 de la procédure de sanction débutait formellement par la **communication des griefs** à l'entreprise incriminée, ainsi que des

⁴⁴⁸ La procédure ordinaire de sanction prévoyait un régime de sanction plus rapide et plus sévère que celui prévu par la version initiale de la loi IBPT-statut en raison de la suppression de la cause exonératoire qui permettait à l'entreprise incriminée d'échapper à l'imposition d'une amende administrative si elle avait remédié à l'infraction constatée dans le délai fixé par le régulateur.

⁴⁴⁹ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 25 juillet 2012, p. 40969), articles 8 et 9.

⁴⁵⁰ Article 21 de la loi IBPT-statut (version 2012) : « § 1^{er}. Si le Conseil dispose d'un faisceau d'indices qui pourraient indiquer une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou aux décisions prises par l'Institut en exécution de cette législation ou réglementation, il fait part de ses griefs à l'intéressé ainsi que des mesures envisagées visées au paragraphe 5 qui seront appliquées en cas de confirmation de l'infraction. (...) § 5. Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il ordonne d'y remédier, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit. L'ordre d'y remédier peut être accompagné de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes : (...) 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 ou des services postaux en Belgique ».

éventuelles mesures accompagnatrices facultatives que l'IBPT entendait imposer en cas de confirmation de l'infraction.

Si, après avoir pris connaissance des observations écrites de l'entreprise incriminée et entendu cette dernière lors d'une audition, l'IBPT concluait à l'existence d'une infraction, il ordonnait d'y remédier. **L'ordre de remédier à l'infraction** pouvait également être **accompagné d'éventuelles mesures complémentaires**, comme notamment le paiement d'une amende administrative d'un montant de 5 % au maximum du chiffre d'affaires de l'entreprise incriminée réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques.

Ainsi, sous l'empire de la version 2012 de la loi IBPT-statut, l'imposition d'une amende administrative ne constituait pas une sanction autonome mais uniquement une sanction accessoire (et d'ailleurs facultative) pouvant accompagner l'ordre de remédier à l'infraction constatée. Ce faisant, si l'infraction avait déjà cessé avant l'intervention de l'IBPT, ce dernier n'était plus fondé à émettre un ordre de remédier à ladite infraction et, par voie de conséquence, à imposer une amende administrative à l'entreprise incriminée.

Conclusion : Il découle de ce qui précède que sous l'empire de la version 2012 de la loi IBPT-statut, l'IBPT n'était habilité à imposer une amende administrative que pour les *infractions toujours en cours* au moment de son intervention.

En revanche, l'IBPT n'était pas habilité à imposer une amende administrative pour les *infractions auxquelles il avait déjà été mis fin* dans la mesure où l'imposition d'une amende constituait une sanction accessoire subordonnée à l'ordre de remédier à l'infraction.

106. **Version 2014 (applicable à partir du 8 mai 2014)**. Le régime de sanction prévu par la loi IBPT-statut a fait l'objet d'une dernière modification par la loi du 27 mars 2014 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques⁴⁵¹.

Parmi l'ensemble des versions de l'article 21 de la loi IBPT-statut, la version 2014 institue le régime de sanction le plus sévère en ce qu'il permet désormais à l'IBPT d'imposer une amende administrative à l'entreprise incriminée tant pour les infractions toujours en cours que pour les infractions auxquelles il a déjà été remédié.

Au niveau de son déroulement⁴⁵², la procédure débute de la même manière que sous l'empire de la version 2012 de la loi IBPT-statut, c'est-à-dire par la **communication des griefs** à l'entreprise incriminée, ainsi que des éventuelles mesures facultatives que l'IBPT entend imposer en cas de confirmation de l'infraction.

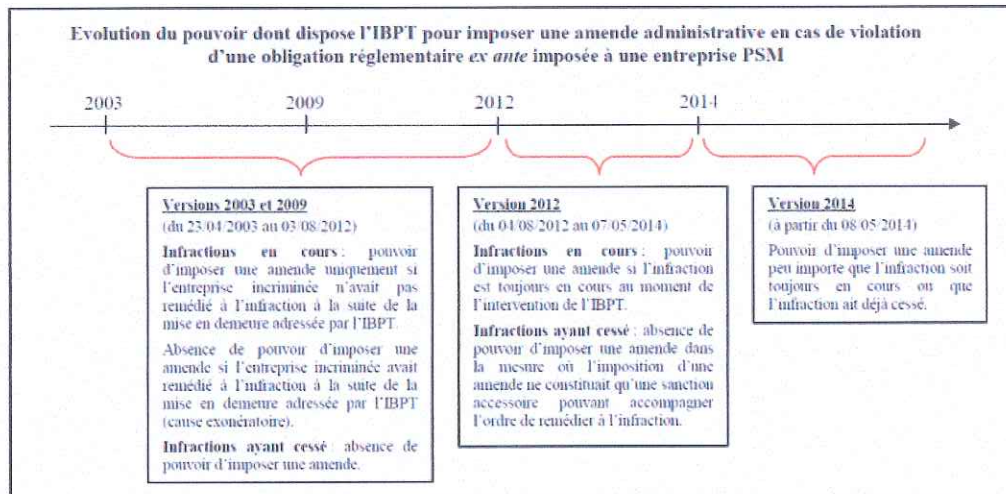
⁴⁵¹ Loi du 27 mars 2014 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 28 avril 2014, p. 35043), article 5.

⁴⁵² Article 21 de la loi IBPT-statut (version 2014) : « § 1^{er}. Si le Conseil dispose d'un faisceau d'indices qui pourraient indiquer une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou aux décisions prises par l'Institut en exécution de cette législation ou réglementation, il fait part le cas échéant de ses griefs à l'intéressé ainsi que des mesures envisagées visées au paragraphe 5 qui seront appliquées en cas de confirmation de l'infraction. (...) § 5. 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 ; (...) 2° le paiement dans le délai impartit 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 ».

Si, après avoir pris connaissance des observations écrites de l'entreprise incriminée et entendu cette dernière lors d'une audition, l'IBPT conclut à l'existence d'une infraction, il peut adopter **une ou plusieurs mesures (facultatives)**, telles que l'ordre de remédier à l'infraction si celle-ci n'a pas encore cessé ou l'imposition d'une amende administrative d'un montant de 5 % au maximum du chiffre d'affaires de l'entreprise incriminée réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques.

Conclusion : Il découle de ce qui précède qu'en application de la version 2014 de la loi IBPT-statut, l'IBPT est désormais habilité à imposer une amende administrative dès qu'il constate l'existence, même passée, d'une infraction à la réglementation sectorielle *ex ante*, c'est-à-dire peu importe que l'infraction soit toujours en cours ou qu'il y ait déjà été mis fin.

107. **Synthèse de l'évolution de l'article 21 de la loi IBPT-statut.** L'évolution législative dont la procédure de sanction prévue par l'article 21 de la loi IBPT-statut a fait l'objet peut être visualisée comme suit :



2. Application rétroactive de la version 2014 de la loi IBPT-statut

108. **Synthèse du moyen.** Dans la Décision entreprise, l'IBPT se fonde sur la version 2014 de l'article 21 de la loi IBPT-statut pour sanctionner la prétendue infraction que Belgacom aurait commise **du 16 avril 2009 au 26 novembre 2012**⁴⁵³.

Or, la version 2014 de la loi IBPT-statut n'est entrée en vigueur que **le 8 mai 2014**.

Ce faisant, l'IBPT applique rétroactivement la version 2014 de la loi IBPT-statut à des faits qui se sont produits antérieurement à son entrée en vigueur, alors que celle-ci prévoit un régime de sanction plus sévère que celui prévu par les versions dudit article qui étaient applicables au moment des faits litigieux.

⁴⁵³ La Décision entreprise confirme explicitement que les quatre griefs reprochés à Belgacom ont pris fin le 26 novembre 2012 (points 87, 118, 146 et 174). En revanche, concernant la date de commencement de l'infraction, seul un des quatre griefs reprochés à Belgacom aurait débuté le 16 avril 2009, à savoir le grief relatif à la transparence des protocoles de type L2CP (point 146). Le grief relatif aux limitations en débit de certains types de données n'aurait débuté qu'en mai 2010 (point 87), le grief relatif à la transparence des VLANs n'aurait débuté qu'en septembre 2010 (point 118) et le grief relatif au [CONFIDENTIEL] n'aurait débuté qu'en 2012, avant le mois de juillet (point 174).

La Décision entreprise procède par conséquent d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines qui « *prohibe de manière absolue l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'intéressé* »⁴⁵⁴.

L'IBPT croit cependant pouvoir s'affranchir du respect de ce principe sur la base de deux considérations.

D'une part, l'IBPT prétend que la version 2014 de la loi IBPT-statut ne serait pas plus sévère que la version 2012 de ladite loi, en sous-entendant que la loi modificative du 27 mars 2014 ne constituerait en quelque sorte qu'une loi interprétative (et donc à portée rétroactive) visant à clarifier le véritable sens de la version 2012 de la loi⁴⁵⁵.

D'autre part, l'IBPT prétend que la loi modificative du 27 mars 2014 constituerait de toute manière une loi pénale procédurale et non matérielle de sorte qu'elle ne serait pas soumise au principe de non-rétroactivité mais serait d'application immédiate aux litiges en cours, conformément à l'article 3 du Code judiciaire⁴⁵⁶.

Dans les paragraphes qui suivent, Belgacom démontrera que les justifications avancées par l'IBPT pour pouvoir appliquer rétroactivement la version 2014 de la loi IBPT-statut manquent en droit.

Belgacom démontrera tout d'abord que la Décision entreprise repose sur une base juridique erronée en ce qu'il n'existe aucun fondement juridique permettant de faire rétroagir une loi pénale nouvelle qui « *n'est pas plus sévère* » que la loi ancienne, dans la mesure où le principe de la légalité des délits et des peines consacre uniquement la rétroactivité de la loi pénale nouvelle « plus douce » ou « moins sévère » (2.1).

Indépendamment de ce premier constat, Belgacom démontrera ensuite que la version 2014 de la loi IBPT-statut ne saurait de toute manière rétroagir en l'espèce dans la mesure où elle prévoit un régime de sanction plus sévère que les versions de la loi IBPT-statut qui étaient applicables au moment des faits litigieux, à savoir respectivement les versions 2003, 2009 et 2012 de la loi (2.2)

Belgacom démontrera enfin que la loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi interprétative (2.3) ni de loi procédurale (2.4) et que, quand bien même elle pourrait être qualifiée de la sorte, elle ne saurait de toute manière pas recevoir une portée rétroactive en ce qu'elle constitue une ingérence étatique contraire au principe du droit à un procès équitable, dans la mesure où elle a été spécifiquement adoptée pour influencer l'issue de la présente procédure (2.5).

2.1 Absence de fondement juridique pour faire rétroagir une loi pénale nouvelle qui « *n'est pas plus sévère* » que la loi ancienne (seule une loi pénale nouvelle « moins sévère » ou « plus douce » peut rétroagir)

109. **Base juridique erronée.** A titre liminaire, Belgacom constate que l'IBPT ne prétend pas dans la Décision entreprise que la version 2014 de la loi IBPT-statut constituerait une loi « plus douce » ou « moins sévère » que la version 2012 de ladite loi.

⁴⁵⁴ Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, requête n° 42750/09, point 116.

⁴⁵⁵ Décision entreprise, points 228 et 229.

⁴⁵⁶ Décision entreprise, point 229.

L'IBPT se borne en effet à constater que la version 2014 de la loi IBPT-statut « *n'est pas plus sévère* » que la version 2012 de la loi⁴⁵⁷.

Or, il n'existe aucun fondement juridique permettant de faire rétroagir une loi pénale nouvelle qui « *n'est pas plus sévère* » que la loi ancienne⁴⁵⁸. Le principe de la légalité des délits et des peines consacre en effet uniquement la rétroactivité de la loi nouvelle « *plus douce* » ou « *moins sévère* » (c'est-à-dire favorable à la personne incriminée) et est donc étranger à l'hypothèse visée par l'IBPT dans la Décision entreprise.

Il en résulte que la base juridique sur laquelle repose la Décision entreprise est manifestement erronée, ce qui suffit déjà pleinement pour prononcer l'annulation de la Décision sur les points qui imposent une amende à Belgacom.

2.2 La version 2014 de l'article 21 de la loi IBPT-statut est plus sévère que les versions dudit article qui étaient applicables au moment des faits litigieux

110. **La comparaison des lois en présence menée par l'IBPT est biaisée.** Afin de déterminer si la version 2014 de la loi IBPT-statut pouvait s'appliquer rétroactivement à la période litigieuse, l'IBPT s'est limité à comparer – de manière très lapidaire – le degré de sévérité des versions 2014 et 2012 de la loi IBPT-statut.

Or, une telle comparaison est déjà biaisée en soi en ce qu'elle fait totalement abstraction des versions 2003 et 2009 de la loi IBPT-statut qui étaient pourtant applicables sur plus de 90 % de la période litigieuse.

En effet, sur le plan chronologique de l'infraction retenue par l'IBPT, la version 2003 de la loi IBPT-statut était d'application du 16 avril 2009 au 13 juin 2009, la version 2009 était applicable du 14 juin 2009 au 3 août 2012 et la version 2012 était applicable du 4 août 2012 au 26 novembre 2012.

Belgacom l'avait déjà fait remarquer à l'IBPT dans les observations qu'elle avait formulées au sujet du projet de décision mais l'IBPT n'y a pas apporté la moindre réponse dans la Décision entreprise. Belgacom en prend acte et en déduit que l'IBPT ne conteste pas que pour la période précédant le 4 août 2012, ce sont bien les versions 2003 et 2009 de la loi IBPT-statut qui étaient d'application.

Il s'ensuit qu'en ne prenant en considération que la version 2012 de la loi IBPT-statut dans le test de comparaison du degré de sévérité des lois en présence, le raisonnement de l'IBPT est biaisé dès l'origine et est donc erroné, et ce d'autant plus que les versions 2003 et 2009 de la loi prévoient un régime de sanction encore plus doux que celui prévu par la version 2012, ce que l'IBPT n'a d'ailleurs jamais contesté.

111. **La version 2014 de la loi IBPT-statut est plus sévère que les versions 2003, 2009 et 2012 de la loi.** Comme exposé *supra* dans le rappel des principes⁴⁵⁹, la version 2014 de la loi IBPT-statut prévoit un régime répressif plus sévère que celui prévu par les versions 2003,

⁴⁵⁷ Décision entreprise, point 229.

⁴⁵⁸ Cette formulation artificielle s'explique plus que vraisemblablement par le fait que l'IBPT, alors qu'il était bien conscient de ce que la version 2014 de la loi IBPT-statut n'est pas « plus douce » ou « moins sévère » que la version 2012 de la loi (voir section suivante), a toutefois voulu tenter de faire application du principe de la rétroactivité de la loi pénale la plus douce au présent cas d'espèce.

⁴⁵⁹ Voir paragraphes 102 à 107 *supra*.

2009 et 2012 de la loi, dans la mesure où elle permet désormais à l'IBPT de sanctionner des comportements qui n'étaient pas répréhensibles auparavant.

Ainsi, par rapport aux versions 2003 et 2009 de la loi, la version 2014 ne contient plus la cause exonératoire qui permettait à l'entreprise incriminée, si elle remédiait à l'infraction constatée dans le délai fixé dans la mise en demeure adressée par l'IBPT, de ne pas se voir imposer une amende administrative. Le régime répressif prévu par la version 2014 de la loi est dès lors nécessairement plus sévère que celui prévu par les versions 2003 et 2009 puisqu'il ne reprend plus un mécanisme qui empêchait l'imposition d'une amende dans ces circonstances.

Par rapport à la version 2012 de la loi, la version 2014 est également plus sévère dans la mesure où elle ne subordonne plus l'imposition d'une amende administrative à l'ordre de remédier à l'infraction. Ainsi, en vertu de la version 2014 de la loi, l'imposition d'une amende administrative est devenue une véritable sanction autonome alors qu'elle ne constituait, sous l'empire de la version 2012, qu'une sanction accessoire pouvant accompagner l'ordre de remédier à l'infraction. De par cette extension de son pouvoir de sanction, l'IBPT est ainsi désormais habilité à sanctionner d'une amende administrative des comportements qui n'étaient pas punissables sous l'empire de la version 2012 de la loi, à savoir plus précisément les infractions auxquelles il avait été mis fin avant l'intervention répressive de l'IBPT. Le régime prévu par la version 2014 de la loi est par conséquent plus sévère que celui prévu par la version 2012 en ce qu'il supprime un mécanisme qui empêchait l'imposition d'une amende.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que la version 2014 de la loi IBPT-statut prévoit un régime de sanction plus sévère que celui prévu par les versions 2003, 2009 et 2012 de la loi qui étaient applicables au moment des faits litigieux.

Une telle constatation interdit – conformément au principe de la légalité des délits et des peines, et plus spécifiquement du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère qui en découle – de faire rétroagir la version 2014 de la loi IBPT-statut à l'époque des faits litigieux.

Dès lors que l'amende imposée en l'espèce par l'IBPT est fondée sur la version 2014 de la loi IBPT-statut, la Décision entreprise procède d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines et doit, par conséquent, être annulée sur les points qui imposent une amende à Belgacom.

2.3 La loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi interprétative (rétroactive)

112. **Loi modificative déguisée en loi interprétative.** Dans la Décision entreprise, l'IBPT se fonde sur les travaux préparatoires de la loi modificative du 27 mars 2014 afin de prétendre que la version 2012 de la loi IBPT-statut lui permettait prétendument déjà d'imposer une amende administrative à une entreprise alors même qu'il aurait déjà été mis fin à l'infraction :

« Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 27 mars 2014, la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut habilitait l'IBPT à imposer une amende administrative à une entreprise lorsqu'il a été mis fin à l'infraction constatée »⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Décision entreprise, point 228.

Les travaux préparatoires de la loi modificative du 27 mars 2014 auxquels l'IBPT se réfère justifient la modification apportée à l'article 21 de la loi IBPT-statut comme suit :

« La modification du paragraphe 5 vise (...) à clarifier le texte de l'article 21. L'intention du législateur n'a en effet jamais été de considérer l'imposition d'amendes et d'autres mesures comme accessoires à l'ordre de remédier à l'infraction. Il est évident que l'ordre de remédier à l'infraction ne peut s'appliquer que si l'infraction n'a pas pris fin. Si elle a pris fin, le Conseil de l'IBPT qui constate l'existence, même passée, d'une infraction, peut imposer une amende administrative ou d'autres mesures appropriées et proportionnées »⁴⁶¹.

En d'autres termes, l'IBPT et le législateur sous-entendent que la loi modificative du 27 mars 2014 constituerait en quelque sorte une loi interprétative qui n'aurait fait que clarifier le sens véritable de la version 2012 de la loi IBPT-statut. Ainsi, dès lors que la loi interprétative n'est pas considérée comme une loi nouvelle mais est réputée faire corps avec la loi interprétée, la version 2014 de la loi IBPT-statut devrait sortir ses effets rétroactivement à la date d'entrée en vigueur de la version 2012, c'est-à-dire le 4 août 2012.

Belgacom démontrera dans les paragraphes qui suivent qu'une telle thèse ne peut cependant pas être suivie dans la mesure où la loi du 27 mars 2014 ne répond manifestement pas aux exigences posées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle pour pouvoir être qualifiée de loi interprétative.

Quand bien même la loi du 27 mars 2014 serait considérée comme une loi interprétative (*quod non*), la jurisprudence nationale et européenne interdit de toute manière en matière pénale qu'une loi interprétative puisse rétroagir si l'interprétation nouvelle qui est retenue est plus sévère et défavorable pour la personne incriminée.

113. **Le sens de la version 2012 de la loi IBPT-statut est clair.** Comme exposé *supra* dans le rappel des principes⁴⁶², le recours à une loi interprétative n'est admis que si le sens de la loi interprétée est douteux, en raison notamment de controverses jurisprudentielles ou de contradictions entre le texte de la loi et les travaux préparatoires.

Cette première condition n'est manifestement pas rencontrée en l'espèce dans la mesure où le sens de la version 2012 de la loi IBPT-statut est clair : l'imposition d'une amende administrative par l'IBPT ne constituait qu'une sanction accessoire pouvant accompagner l'ordre de remédier à l'infraction, de sorte que l'IBPT n'était pas habilité à imposer une amende s'il avait déjà été remédié à l'infraction.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au texte de la version 2012 de la loi IBPT-statut :

« Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il ordonne d'y remédier, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit.

L'ordre d'y remédier peut être accompagné de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes : (...) le paiement dans le délai imparti par le Conseil d'une amende administrative au profit du Trésor public »⁴⁶³.

⁴⁶¹ Doc. parl., projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, ch. des repr., session 2013-2014, législature 53, document n° 3318/001, pp. 8-9.

⁴⁶² Voir paragraphe 100 *supra*.

⁴⁶³ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 25 juillet 2012, p. 40969), article 8 (Belgacom souligné).

Ainsi, l'on peine véritablement à comprendre en quoi le sens de cette disposition serait douteux, et ce d'autant plus que les travaux préparatoires de la version 2012 de la loi excluent la moindre ambiguïté à ce sujet :

« Le paragraphe 5 du nouvel article 21 part (...) du principe selon lequel, lorsque le régulateur constate une infraction, il ordonne au moins d'y mettre fin. (...) »

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 »⁴⁶⁴.

Belgacom note par ailleurs que l'IBPT reste en défaut de citer la moindre controverse jurisprudentielle ou doctrinale relative à l'interprétation de la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut qui aurait précédé l'adoption de la loi du 27 mars 2014. Comme Belgacom le démontrera plus loin dans la présente requête, une telle constatation constitue un des éléments attestant du fait que la loi du 27 mars 2014 a été spécifiquement adoptée pour les besoins de la présente procédure.

Il s'ensuit que la loi du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi interprétative, dans la mesure où le sens de la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut est clair et ne nécessitait dès lors pas de recourir à une interprétation authentique.

114. **L'interprétation suggérée par la loi du 27 mars 2014 ne reflète pas la volonté exprimée en 2012 par le législateur.** La loi du 27 mars 2014 saurait d'autant moins être qualifiée de loi interprétative que l'interprétation qu'elle suggère ne reflète manifestement pas la volonté exprimée en 2012 par le législateur.

Plus encore, les travaux préparatoires de la loi modificative du 27 mars 2014 vont même jusqu'à méconnaître le sens et la portée de la version 2012 de la loi et de ses travaux préparatoires, ce qui atteste du fait – comme Belgacom le démontrera plus loin dans la présente requête – que la loi modificative de 2014 constitue une loi « sur mesure » adoptée spécifiquement pour les besoins de la présente procédure.

En effet, comment le législateur peut-il affirmer en 2014 que son intention en 2012 « *n'a en effet jamais été de considérer l'imposition d'amendes et d'autres mesures comme accessoires à l'ordre de remédier à l'infraction* » alors que les extraits de la version 2012 de la loi ainsi que de ses travaux préparatoires qui sont reproduits au paragraphe précédent démontrent exactement le contraire ?

Une telle constatation s'oppose à ce que la loi du 27 mars 2014 puisse être qualifiée de loi interprétative dans la mesure où, pour reprendre les termes employés par la Cour constitutionnelle, la loi du 27 mars 2014 n'a pas donné à la version 2012 de la loi « *le sens qu'elle pouvait raisonnablement recevoir dès son adoption* »⁴⁶⁵. Rappelons d'ailleurs à cet égard que les dispositions de droit pénal sont d'interprétation restrictive de sorte qu'elles ne sauraient être appliquées « *de manière extensive au détriment de l'accusé* »⁴⁶⁶.

Il s'ensuit que la loi du 27 mars 2014 ne constitue pas une loi interprétative comme le sous-entend la Décision entreprise mais bien une loi modificative pure et simple déguisée en loi interprétative.

⁴⁶⁴ *Doc. parl.*, projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, ch. des repr., session 2011-2012, législature 53, document n° 2143/001, p. 17 (Belgacom souligne).

⁴⁶⁵ Cour constitutionnelle, 26 novembre 2009, n° 192/2009, point B.7.

⁴⁶⁶ Cour EDH, 29 mars 2006, *Achour c. France*, requête n° 67335/01, point 41.

Or, comme l'enseigne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les fausses lois interprétatives ne peuvent recevoir une portée rétroactive :

« [L]a garantie de la non-rétroactivité des lois ne pourrait être éludée par le seul fait qu'une loi ayant un effet rétroactif serait présentée comme une loi interprétative. Il convient donc d'examiner si le législateur a donné à la loi le sens qu'elle pouvait raisonnablement recevoir dès son adoption.

*Si tel n'est pas le cas, la disposition dite interprétative est en réalité une disposition rétroactive pure et simple »*⁴⁶⁷.

Il en résulte qu'en appliquant rétroactivement la loi pseudo-interprétative du 27 mars 2014, la Décision entreprise a éludé le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale de sorte qu'elle procède d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines.

115. **Interdiction de la rétroactivité des lois pénales interprétatives plus sévères.** Enfin, quand bien même il serait considéré que la loi du 27 mars 2014 constitue une véritable loi interprétative (*quod non*), la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'Homme s'oppose de toute manière, en matière pénale, à ce qu'une loi interprétative puisse s'appliquer rétroactivement au détriment de la personne incriminée⁴⁶⁸.

Dès lors qu'il a été démontré plus haut que la version 2014 de la loi IBPT-statut prévoit un régime de sanction plus sévère que celui prévu par la version 2012 de la loi⁴⁶⁹, la loi du 27 mars 2014 ne saurait par conséquent pas recevoir une portée rétroactive.

2.4 La loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi procédurale d'application immédiate aux litiges en cours

116. **La loi du 27 mars 2014 constitue une loi pénale matérielle.** Contrairement à ce que l'IBPT soutient dans la Décision entreprise, la loi modificative du 27 mars 2014 ne saurait être qualifiée de loi pénale procédurale et donc être d'application immédiate aux litiges en cours⁴⁷⁰.

Pour rappel, les lois pénales de forme (ou procédurales) sont celles qui « *ne touchent pas au fond du droit* » en ce sens qu'elles n'établissent pas ou ne modifient pas les éléments constitutifs d'une infraction, le régime répressif d'une infraction ou la peine attachée à une infraction⁴⁷¹.

Or, comme il a déjà été démontré plus haut⁴⁷², la loi modificative du 27 mars 2014 a indéniablement modifié le régime répressif prévu par l'article 21 de la loi IBPT-statut en ce

⁴⁶⁷ Cour constitutionnelle, 26 novembre 2009, n° 192/2009, point B.7 ; Cour constitutionnelle, 24 novembre 2004, n° 193/2004, point B.8.4.

⁴⁶⁸ Voir paragraphe 100 *supra* où Belgacom se réfère notamment aux décisions suivantes : Cour constitutionnelle, 26 novembre 2009, n° 192/2009, point B.7 ; Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, requête n° 42750/09, points 111 à 118.

⁴⁶⁹ Voir paragraphe 111 *supra*.

⁴⁷⁰ Décision entreprise, point 229 : « *La disposition de la loi du 27 mars 2014 qui modifie l'article 21, § 5, est une disposition de nature procédurale, qui s'applique donc pour toutes les procédures d'infraction en cours* ».

⁴⁷¹ Cass., 16 novembre 1994, P.94.1206.F ; Cass., 5 avril 1996, A.94.0002.F, disponibles sur www.juridat.be.

⁴⁷² Voir paragraphe 111 *supra*.

que, d'une part, elle ne reprend plus la cause exonératoire qui existait sous l'empire des versions antérieures de la loi et, d'autre part, elle ne subordonne plus l'imposition d'une amende administrative à l'ordre de remédier à l'infraction comme le faisait la version 2012 de la loi.

Ainsi, en supprimant ces éléments qui empêchaient l'imposition d'une amende, la loi modificative du 27 mars 2014 a désormais rendu punissables d'une amende des comportements qui échappaient auparavant à toute sanction.

Il s'ensuit que la loi modificative du 27 mars 2014 constitue une loi pénale de fond ou loi pénale matérielle, contrairement à ce que prétend l'IBPT dans la Décision entreprise.

117. **Conséquences : application du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.** Dès lors que la loi modificative du 27 mars 2014 constitue une loi pénale matérielle, cette dernière est soumise au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

Par conséquent, en appliquant rétroactivement la loi modificative du 27 mars 2014 à la période litigieuse, la Décision entreprise procède d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines, ce qui justifie pleinement son annulation sur les points qui imposent une amende à Belgacom.

- 2.5 **A titre subsidiaire : la loi du 27 mars 2014 constitue une ingérence étatique contraire au principe du droit à un procès équitable**

118. **Rappel des principes posés par la jurisprudence de la Cour EDH.** Comme exposé *supra* dans le rappel des principes⁴⁷³, quand bien même une loi pénale pourrait être qualifiée de loi interprétative ou de loi procédurale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pose dans certaines circonstances des limites quant à l'utilisation de telles lois et de l'effet rétroactif qui pourrait s'y attacher.

Tel est notamment le cas lorsque la loi interprétative ou procédurale a été spécifiquement adoptée dans l'optique d'influencer le dénouement judiciaire d'un litige déterminé auquel l'Etat est partie, dans la mesure où une telle ingérence étatique serait contraire aux principes de prééminence du droit et du droit à un procès équitable (article 6 de la Convention EDH)⁴⁷⁴.

Conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, sur le plan probatoire, une telle ingérence de l'Etat peut généralement se déduire du « calendrier » et des « modalités de l'adoption » de la loi litigieuse⁴⁷⁵.

119. **La loi du 27 mars 2014 constitue une ingérence du législateur visant spécifiquement à influencer l'issue de la présente procédure.** A la lumière de ces principes, Belgacom considère que tout porte à croire en l'espèce que l'article 5 de la loi modificative du 27 mars 2014 a été spécifiquement adopté pour les besoins de la présente procédure, afin de favoriser les thèses de l'IBPT.

Le caractère « sur mesure » de cette disposition modificative est en effet trop flagrant pour qu'il ne puisse être question que d'une simple coïncidence, et ce particulièrement à la lumière du contenu de cette disposition et du calendrier de son adoption.

⁴⁷³ Voir paragraphe 101 *supra*.

⁴⁷⁴ Voir notamment Cour EDH, 18 janvier 2007, *Bulgakova c. Russie*, requête n° 69524/01, point 35.

⁴⁷⁵ Voir notamment Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, point 47.

Au niveau de son contenu, force est de constater que l'article 5 de la loi du 27 mars 2014 répond de manière chirurgicale à l'argument que Belgacom avait opposé à l'IBPT dans le cadre des observations qu'elle avait formulées au sujet du projet de décision entreprise :

Observations de Belgacom du 3 septembre 2013 :

« *Il ressort de [la formulation de la version 2012 de l'article 21 de la loi IBPT-statut] que l'imposition d'une amende administrative ne constitue pas une sanction autonome mais uniquement une sanction accessoire (et d'ailleurs facultative) pouvant accompagner l'ordre de remédier à une infraction constatée. Il s'en déduit en toute logique que s'il a déjà été remédié à l'infraction, l'IBPT n'est plus fondé à émettre un ordre de remédier à ladite infraction et, par voie de conséquence, à imposer une sanction administrative à l'entreprise incriminée* »⁴⁷⁶ ;

Travaux préparatoires de l'article 5 de la loi du 27 mars 2014 :

« *La modification du paragraphe 5 vise (...) à clarifier le texte de l'article 21. L'intention du législateur n'a en effet jamais été de considérer l'imposition d'amendes et d'autres mesures comme accessoires à l'ordre de remédier à l'infraction. Il est évident que l'ordre de remédier à l'infraction ne peut s'appliquer que si l'infraction n'a pas pris fin. Si elle a pris fin, le Conseil de l'IBPT qui constate l'existence, même passée, d'une infraction, peut imposer une amende administrative ou d'autres mesures appropriées et proportionnées* »⁴⁷⁷.

Un tel constat est plus que parlant.

Si l'on y ajoute en outre le calendrier d'adoption de l'article 5 de la loi du 27 mars 2014, plus aucun doute ne semble permis quant au fait que cet article a été spécifiquement adopté pour les besoins de la présente cause, afin de tenter de neutraliser l'argument de Belgacom :

- 3 septembre 2013 : dépôt des observations de Belgacom relatives au projet de décision entreprise de l'IBPT dans lesquelles l'argument de Belgacom est soulevé pour la première fois ;
- 14 novembre 2013 : approbation par le Conseil des Ministres de l'avant-projet de loi litigieuse, sur proposition du Ministre en charge des télécommunications⁴⁷⁸ ;
- 27 mars 2014 : adoption de la loi litigieuse ;
- 8 mai 2014 : entrée en vigueur de la loi litigieuse ;
- 20 mai 2014 : adoption de la Décision entreprise dans laquelle l'IBPT se prévaut de la loi litigieuse afin de contester l'argument de Belgacom.

Ces éléments pointent indéniablement dans le sens de l'adoption d'une loi « sur mesure » : l'avant-projet de loi litigieuse a été précisément soumis au Conseil des Ministres peu de temps après le dépôt des observations de Belgacom, tout comme la Décision entreprise fut adoptée juste après l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi litigieuse ...

En outre, l'on peut se demander pour quelle raison le Ministre en charge des télécommunications a jugé utile de devoir « clarifier » le sens de l'article 21 de la loi IBPT-

⁴⁷⁶ Observations de Belgacom du 3 septembre 2013 relatives au projet de décision entreprise, p. 112.

⁴⁷⁷ *Doc. parl.*, projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, ch. des repr., session 2013-2014, législature 53, document n° 3318/001, pp. 8-9.

⁴⁷⁸ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 14 novembre 2013, intitulé « *Dispositions diverses en matière de communications électroniques* ». Ce document peut être consulté en cliquant sur le lien hypertexte suivant : [2013-11-14 Communiqué de presse du Conseil des Ministres](#).

statut alors que, comme déjà indiqué plus haut, il n'existait à cette époque aucune controverse jurisprudentielle ou doctrinale relative à l'interprétation de cet article.

A cela s'ajoute que le Ministre n'a d'ailleurs pas pu avoir connaissance de son propre chef de l'argument soulevé par Belgacom, dans la mesure où la loi IBPT-statut n'impose pas la notification des observations formulées par l'entreprise incriminée au Ministre en charge des télécommunications (contrairement aux requêtes en annulation qui doivent lui être notifiées par le greffe de la Cour d'appel⁴⁷⁹).

Ceci démontre que des contacts ont donc nécessairement eu lieu entre l'IBPT et le Ministre en charge des télécommunications entre le 3 septembre 2013 et le 14 novembre 2013, et que la modification de l'article 21 de la loi IBPT-statut qui a été soumise en avant-projet de loi par le Ministre s'est faite sur avis ou proposition de l'IBPT.

Dans l'hypothèse où ces éléments ne seraient pas suffisants pour démontrer que l'article 5 de la loi du 27 mars 2014 a été spécifiquement adopté sur proposition de l'IBPT pour les besoins de la présente procédure (*quod non*), Belgacom invite l'IBPT à produire, en vertu des dispositions de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration⁴⁸⁰, les correspondances échangées entre l'Institut et le Ministre en charge des télécommunications entre le 3 septembre 2013 et le 14 novembre 2013 et qui se rapportent à l'article 21 de la loi IBPT-statut.

Par conséquent, dès lors que la loi du 27 mars 2014 a été spécifiquement adoptée dans le but d'influencer le dénouement de la présente procédure auquel l'Etat est partie à travers l'IBPT, les garanties du droit à un procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention EDH interdisent qu'une telle loi puisse recevoir une portée rétroactive et soit par conséquent applicable à la présente procédure, quand bien même cette loi pourrait être qualifiée de loi interprétative ou procédurale.

Dès lors que l'amende administrative imposée par l'IBPT est fondée sur une application rétroactive de la loi du 27 mars 2014, la Décision entreprise est illégale pour violation de l'article 6 de la Convention EDH.

3. Absence de fondement légal à l'amende administrative imposée par l'IBPT

120. **Introduction.** Il a été démontré à la section précédente que la Décision entreprise est illégale pour violation du principe de la légalité des délits et des peines, dans la mesure où l'amende administrative imposée par l'IBPT est fondée sur une application rétroactive de la version 2014 de l'article 21 de la loi IBPT-statut.

Pour autant que de besoin et à toutes fins utiles, Belgacom démontrera dans la présente section que même si l'amende administrative imposée par l'IBPT avait été fondée sur les versions de la loi IBPT-statut qui étaient applicables au moment des faits litigieux, la Décision entreprise demeurerait illégale pour violation du principe de la légalité des délits et des peines en ce que ces versions n'habilitaient pas l'IBPT à imposer une amende dans les circonstances de l'espèce.

⁴⁷⁹ 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, *M.B.*, 24 janvier 2003, article 2, § 2.

⁴⁸⁰ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994.

121. **Les versions de la loi IBPT-statut qui étaient applicables au moment des faits litigieux.** Comme déjà indique plus haut⁴⁸¹, sur le plan chronologique de l'infraction retenue par l'IBPT, la version 2003 de la loi IBPT-statut était d'application du 16 avril 2009 au 13 juin 2009, la version 2009 était applicable du 14 juin 2009 au 3 août 2012 et la version 2012 était applicable du 4 août 2012 au 26 novembre 2012.

Belgacom l'avait déjà fait remarquer à l'IBPT dans les observations qu'elle a formulées au sujet du projet de décision entreprise et elle constate que l'IBPT n'y a pas apporté la moindre réponse dans la Décision entreprise. Belgacom en prend acte et en déduit que l'IBPT ne conteste dès lors pas cette constatation.

122. **Les versions 2003 et 2009 de la loi n'habilitaient pas l'IBPT à imposer une amende dans les circonstances de l'espèce.** Comme déjà exposé *supra*, sous l'empire des versions 2003 et 2009 de la loi IBPT-statut, l'IBPT n'était habilité à imposer une amende administrative à une entreprise que si, après lui avoir adressé une mise en demeure de remédier à l'infraction constatée, l'entreprise persistait à maintenir l'état infractionnel⁴⁸².

Dès lors que l'IBPT n'a jamais adressé de mise en demeure à Belgacom entre le 16 avril 2009 et le 3 août 2012, les termes des versions 2003 et 2009 de la loi IBPT-statut n'habilitaient pas l'IBPT à imposer une amende administrative à Belgacom pour cette période.

Il en résulte qu'il n'existe aucun fondement juridique pour l'imposition d'une amende à Belgacom entre le 16 avril 2009 et le 3 août 2012. Toute amende qui serait imposée à Belgacom pour cette période procéderait par conséquent d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines.

123. **La version 2012 de la loi n'habilitait pas l'IBPT à imposer une amende dans les circonstances de l'espèce.** Comme déjà exposé *supra*, sous l'empire de la version 2012 de la loi IBPT-statut, l'IBPT n'était habilité à imposer une amende administrative à une entreprise que si l'infraction était toujours en cours au moment de son intervention.

L'IBPT restait en revanche sans pouvoir si l'infraction avait déjà cessé avant son intervention dans la mesure où l'imposition d'une amende administrative ne constituait qu'une sanction accessoire subordonnée à l'ordre de remédier à l'infraction⁴⁸³.

Dès lors que l'IBPT constate à plusieurs reprises dans la Décision entreprise que Belgacom a mis fin à la prétendue infraction qui lui est reprochée « *le 26 novembre 2012* »⁴⁸⁴, soit avant la

⁴⁸¹ Voir paragraphe 110 *supra*.

⁴⁸² Article 21 de la loi IBPT-statut (version 2003) : « § 1^{er}. Lorsque le Conseil constate une infraction (...), il adresse au contrevenant une mise en demeure motivée en l'invitant à remédier aux infractions dans un délai qu'il fixe. § 2. Si, au terme du délai qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas remédié aux infractions, le Conseil peut, après l'avoir entendu, lui infliger une amende administrative au profit du Trésor public ».

Article 21/1 de la loi IBPT-statut (version 2009) : « § 1^{er}. (...) lorsque le Conseil constate une infraction (...), il adresse au contrevenant un projet de décision portant amende administrative en l'invitant à mettre fin à l'infraction dans un délai fixé par le Conseil. (...) § 3. Si, au terme du délai visé au § 1^{er} qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas mis fin à l'infraction, le Conseil peut lui infliger l'amende administrative ».

⁴⁸³ Article 21 de la loi IBPT-statut (version 2012) : « Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il ordonne d'y remédier, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit. L'ordre d'y remédier peut être accompagné de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes : (...) le paiement dans le délai impartit par le Conseil d'une amende administrative au profit du Trésor public ».

communication de griefs par l'IBPT (le 2 juillet 2013)⁴⁸⁵, les termes de la version 2012 de la loi IBPT-statut n'habilitaient pas l'IBPT à imposer une amende administrative à Belgacom entre le 4 août 2012 et le 26 novembre 2012.

Il en résulte qu'il n'existe aucun fondement juridique pour l'imposition d'une amende à Belgacom à l'époque où la version 2012 de la loi IBPT-statut était d'application. Toute amende imposée à Belgacom pour cette période procéderait par conséquent d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines.

124. **Conclusion.** Il résulte de ce qui précède que la Décision entreprise est illégale pour violation du principe de la légalité des délits et des peines en ce que l'amende administrative imposée par l'IBPT est dépourvue de fondement légal.

Les versions de l'article 21 de la loi IBPT-statut qui étaient applicables au moment des faits litigieux (versions 2003, 2009 et 2012) n'habilitaient en effet pas l'IBPT à imposer une amende administrative à Belgacom dans les circonstances de l'espèce.

⁴⁸⁴ La Décision entreprise confirme explicitement que les quatre griefs reprochés à Belgacom ont pris fin le 26 novembre 2012 (points 87, 118, 146 et 174).

⁴⁸⁵ Décision entreprise, point 23 : « *Le Conseil de l'IBPT a communiqué à Belgacom le 2 juillet 2013 son projet de décision du 12 juin 2013* ».

F. MOYENS RELATIFS À L'AMENDE IMPOSÉE

125. **Résumé de la Décision entreprise.** Dans la Décision entreprise, l'IBPT impose à Belgacom une amende dont le montant s'élève à **403.000 euros**⁴⁸⁶.

Dès lors que la loi IBPT-statut ne prévoit aucun critère ni aucune méthodologie pour calculer le montant de l'amende (la loi se limitant uniquement à fixer le montant maximal de l'amende), l'IBPT a procédé comme suit pour parvenir à un tel montant.

Dans un premier temps, l'IBPT a calculé un **montant de base**, obtenu en multipliant :

- le chiffre d'affaires que l'IBPT estime lié à l'infraction et que Belgacom a réalisé pendant la durée de l'infraction (qui représente, toujours selon l'IBPT, l'importance économique de l'infraction) ; par
- un pourcentage (qui représente la prétendue gravité de l'infraction).

*Au niveau du chiffre d'affaires lié à l'infraction*⁴⁸⁷, l'IBPT a décidé de retenir le chiffre d'affaires réalisé en 2012 par la division *retail* de Belgacom pour les services *data* offerts aux entreprises, et plus particulièrement les solutions IP-VPN de couche 3 ([CONFIDENTIEL] d'euros) et Ethernet-VPN de couche 2 ([CONFIDENTIEL] d'euros), ce qui correspond à un montant de [CONFIDENTIEL] d'euros que l'IBPT a retenu.

*Au niveau du pourcentage à appliquer*⁴⁸⁸, l'IBPT a estimé que la prétendue infraction commise par Belgacom, même si elle n'a eu qu'un impact limité en pratique, était de nature grave *in abstracto* dans la mesure où elle était susceptible d'affecter le développement de la concurrence sur le marché. Pour cette raison, l'IBPT a décidé de retenir un pourcentage de [CONFIDENTIEL] %.

Ainsi, en multipliant le chiffre d'affaires retenu ([CONFIDENTIEL] d'euros) par le pourcentage retenu ([CONFIDENTIEL] %), l'IBPT est parvenu à un montant de base s'élevant à **448.000 euros**.

Dans un second temps, l'IBPT a examiné si le montant de base retenu devait être ajusté à la hausse ou à la baisse en fonction de **circonstances aggravantes ou atténuantes**, afin de tenir compte du comportement concret de Belgacom.

L'IBPT n'a retenu aucune circonstance aggravante à l'encontre de Belgacom, mais a en revanche retenu deux circonstances atténuantes⁴⁸⁹, à savoir le fait que, d'une part, Belgacom a entrepris de nombreuses démarches actives afin de remédier aux problèmes auxquels l'OLO X a été confronté et, d'autre part, que Belgacom avait de son propre chef proposé des adaptations à son Offre de référence sans que l'IBPT ne doive la mettre en demeure de le faire.

L'IBPT a dès lors estimé, sur la base de ces circonstances atténuantes, que le montant de base retenu pouvait être **diminué de 10 %**.

⁴⁸⁶ Décision entreprise, section 11 « *Montant de l'amende* », points 231 à 258.

⁴⁸⁷ Décision entreprise, points 233 à 245.

⁴⁸⁸ Décision entreprise, points 246 à 248.

⁴⁸⁹ Décision entreprise, points 250 à 254.

Le montant de l'amende finalement imposée par l'IBPT correspond ainsi au montant de base (448.000 euros) diminué de 10 %, c'est-à-dire **403.000 euros**.

126. **Position de Belgacom.** Après un bref rappel des principes qui suscitent déjà sur certains points des interrogations quant à la légalité du régime de sanction prévu par la loi IBPT-statut (**section 1**), Belgacom démontrera dans la présente section que l'amende administrative imposée par l'IBPT est contraire aux principes juridiques applicables en la matière en ce qu'une amende ne pouvait être imposée en l'espèce en raison de l'absence de toute faute dans le chef de Belgacom (**section 2**) et que le montant de l'amende imposée est disproportionné (**section 3**) et discriminatoire (**section 4**).

1. Rappel des principes

127. **Introduction.** Les sanctions financières pouvant être imposées par l'IBPT sont régies non seulement par les principes du cadre réglementaire sectoriel des communications électroniques, mais également par les principes généraux du droit pénal en ce qu'elles constituent des sanctions pénales au sens autonome de la Convention EDH ou qu'elles s'y apparentent à tout le moins⁴⁹⁰.

128. **Le caractère approprié, justifié et proportionné de l'amende.** Au niveau européen, les directives qui composent le cadre réglementaire sectoriel des communications électroniques prévoient que les sanctions administratives qui peuvent être imposées à une entreprise en raison d'une violation des dispositions du cadre réglementaire doivent être notamment appropriées, justifiées et proportionnées.

Ainsi, l'article 21*bis* de la directive « cadre »⁴⁹¹ stipule notamment que les sanctions pouvant être imposées par l'autorité réglementaire nationale « *doivent être appropriées, effectives, proportionnées et dissuasives* ».

Au niveau national, la loi IBPT-statut ne reprend pas en tant que tels les principes définis au niveau européen. La loi IBPT-statut ne prévoit en réalité aucun critère pour déterminer le montant de l'amende, hormis le montant maximal de celle-ci⁴⁹². Belgacom estime que cela soulève la question de principe de la légalité de ce régime puisque, en l'absence de toute précision quant aux critères d'évaluation du montant de l'amende dans la loi nationale et quant aux circonstances dans lesquelles l'imposition d'une telle amende se justifie, la marge d'appréciation dont jouit l'IBPT n'est pas suffisamment circonscrite eu égard au principe de la légalité des délits et des peines. Belgacom y reviendra plus loin dans la présente requête.

⁴⁹⁰ Le caractère pénal des sanctions administratives pouvant être imposées par l'IBPT sur la base de l'article 21 de la loi IBPT-statut est confirmé par la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles (18^{ème} ch.), 12 juin 2013, R.G. 2011/AR/2481, point 52). Ce faisant, conformément aux enseignements de la Cour constitutionnelle, les sanctions imposées par l'IBPT doivent offrir à l'entreprise incriminée les garanties découlant des principes généraux du droit pénal (Cour constitutionnelle, 6 novembre 2002, n° 157/2002 ; Cour constitutionnelle, 7 juin 2001, n° 77/2001).

⁴⁹¹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (*J.O.U.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 33), telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

⁴⁹² L'article 21, § 5, 2°, de la loi IBPT-statut prévoit en effet que le plafond de l'amende que l'IBPT peut imposer est 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* ».

129. **L'imposition d'une amende ne constitue pas une obligation mais une faculté laissée à l'appréciation du régulateur.** Outre les principes définis ci-dessus, il ressort des termes de l'article 21 de la loi IBPT-statut (toutes versions confondues) que l'imposition d'une amende administrative en cas de violation des dispositions du cadre réglementaire sectoriel ne constitue pas une obligation pour le régulateur mais bien une *faculté* laissée à son appréciation :

Version 2003 : « Si, au terme du délai qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas remédié aux infractions, le Conseil **peut**, après l'avoir entendu, lui infliger une amende administrative » ;

Version 2009 : « Si, au terme du délai visé au § 1^{er} qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas mis fin à l'infraction, le Conseil **peut** lui infliger l'amende administrative » ;

Version 2012 : « Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il ordonne d'y remédier, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit. L'ordre d'y remédier **peut** être accompagné de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes : (...) le paiement dans le délai imparti par le Conseil d'une amende administrative » ;

Version 2014 : « Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il **peut** adopter, en une ou plusieurs décisions, une ou plusieurs des mesures suivantes : (...) le paiement dans le délai imparti par le Conseil d'une amende administrative »⁴⁹³.

En d'autres termes, il n'y a pas d'automatisme entre la constatation d'une infraction au cadre réglementaire et l'imposition d'une amende.

Ainsi, quand bien même une infraction au cadre réglementaire serait établie, le régulateur conserve une certaine marge d'appréciation pour déterminer si l'imposition d'une amende est appropriée ou non, eu égard aux circonstances propres et spécifiques de l'espèce.

130. **L'imposition d'une amende est à tout le moins subordonnée à la démonstration d'une faute dans le chef de l'entreprise incriminée.** Au vu de leur caractère pénal et sans préjudice de ce qui a déjà été relevé au paragraphe 128 *supra*, les sanctions administratives pouvant être imposées par l'IBPT sur la base de l'article 21 de la loi IBPT-statut doivent également respecter les garanties découlant des principes généraux du droit pénal⁴⁹⁴.

Parmi ces garanties, figure notamment le principe « *Nullum crimen sine culpa* », en vertu duquel il ne saurait y avoir de responsabilité pénale sans faute.

Ce principe est expressément consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui énonce qu'il existe une « *règle générale en vertu de laquelle il n'y a pas d'infraction lorsque le prévenu n'a commis aucune faute* »⁴⁹⁵.

Comme le précise également la Cour de cassation, « *une infraction (...) n'est pas punissable par le seul fait de sa réalisation matérielle* », quand bien même sa « *qualification légale ne fait référence ni à une intention ni à une négligence* »⁴⁹⁶.

Autrement dit, il n'existe pas d'infraction purement matérielle, c'est-à-dire une infraction qui serait exclusivement fondée sur la commission du comportement interdit, indépendamment de tout élément moral.

⁴⁹³ Belgacom souligne.

⁴⁹⁴ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 255 à 256.

⁴⁹⁵ Cass., 7 mai 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 15.

⁴⁹⁶ Cass., 12 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1056.

La notion de faute est donc intimement liée à l'élément moral de l'infraction :

« *Attendu que l'existence d'une infraction requiert toujours l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral, même lorsque ce dernier élément n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination* »⁴⁹⁷.

Ce principe est expressément confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de sanctions administratives :

« *En ce qui concerne la Convention, l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de "guilty" (dans la version anglaise) et la notion correspondante de "personne coupable" (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. A défaut, la peine ne serait pas justifiée* »⁴⁹⁸.

La doctrine récente confirme également que toute infraction administrative à caractère pénal, pour être punissable, requiert l'existence d'un élément moral :

« *L'infraction administrative à caractère pénal comporte par définition – ou présumé – un élément moral interdisant toute responsabilité administrative sans faute* »⁴⁹⁹.

La Cour constitutionnelle abonde dans le même sens dans la mesure où elle interdit, dans le cadre de l'imposition d'amendes administratives, tout mécanisme de responsabilité sans faute (c'est-à-dire sans prise en considération de l'élément moral de l'infraction), tel que notamment des mécanismes de responsabilité objective ou de responsabilité pour autrui⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Cass., 13 décembre 1994, P.9407.36.N, disponible sur www.juridat.be.

⁴⁹⁸ Cour EDH, 20 janvier 2009, *Sud Fondi srl et autres c. Italie*, requête n° 75909/01, point 116.

⁴⁹⁹ M. NIHOUL, « L'élément moral de l'infraction administrative et le principe *non bis in idem* », in *L'élément moral en droit – Une vision transversale*, Anthemis, Limal, 2014, p. 394, n° 22 ; voir également en ce sens TH. BOMBOIS et D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », in *La sanction administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 29, n° 7.

⁵⁰⁰ Cour constitutionnelle, 16 juillet 2009, n° 119/2009, points B.3.2 à B.6.4, qui énonce qu'un mécanisme permettant d'imposer une amende administrative sans que « *la preuve de l'existence d'un élément moral [ne soit] requise* » est contraire aux « *principes fondamentaux de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence* » ; Cour constitutionnelle, 24 septembre 2003, n° 125/2003, point B.6, qui censure un mécanisme de responsabilité sans faute pour l'imposition d'une amende administrative au motif que « *[c]ela va à l'encontre du principe général selon lequel le juge doit toujours pouvoir vérifier si une quelconque culpabilité incombe à quelqu'un, soit vérifier en l'espèce si [la personne incriminée] a ou non pris les mesures nécessaires pour empêcher que [l'élément matériel de l'infraction ne se réalise]* » ; Cour constitutionnelle, 30 octobre 2001, n° 132/2001, point B.6.2, qui énonce qu'un mécanisme de responsabilité sans faute pour l'imposition d'une amende est contraire au « *principe de la personnalité des peines* », qui interdit qu'un justiciable « *puisse être puni même s'il démontrait qu'il n'a commis aucune faute parce qu'il a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher que l'élément matériel de l'infraction se réalise ; (...) les amendes que le législateur a qualifiées d'administratives présentent avec les sanctions pénales sensu stricto une analogie trop étroite pour que les valeurs qui fondent un principe aussi fondamental perdent toute pertinence en ce qui concerne de telles amendes, lesquelles sanctionnent une infraction* ».

Comme l'enseigne la Cour de cassation, à défaut de précision spécifique dans le texte d'incrimination, l'élément moral de l'infraction est le *dol général*, c'est-à-dire le fait que le comportement incriminé ait été commis « *sciemment et volontairement* » :

« Le terme "sciemment" exige que l'auteur agisse en connaissant tant le caractère punissable de son comportement que le fait que tous ses éléments matériels sont réalisés, c'est-à-dire qu'une infraction est commise ; (...)

Le terme "volontairement" exige que l'auteur ait l'intention de réaliser l'élément matériel de l'infraction, c'est-à-dire l'acte interdit ou l'abstention interdite »⁵⁰¹.

Enfin, l'exigence d'un élément moral pour que l'infraction soit punissable implique également que la personne incriminée peut légitimement se prévaloir de causes de justification élusives de la faute, telles que notamment l'erreur ou l'ignorance invincible.

Conformément aux enseignements de la Cour de cassation, l'erreur ou l'ignorance, qu'elle soit de fait ou de droit, est considérée comme invincible si « *tout homme raisonnable et prudent aurait pu la commettre en étant placé dans les mêmes circonstances que celles où le prévenu s'est trouvé* »⁵⁰².

131. **La prise en considération des circonstances atténuantes.** Quand bien même la réunion de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction serait démontrée, il incombe au régulateur de prendre dûment en considération l'ensemble des circonstances atténuantes dont l'entreprise incriminée peut bénéficier, à défaut de quoi l'amende imposée serait disproportionnée.

Sous réserve de tous droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable, à l'instar de ce qui prévaut en droit pénal et en droit de la concurrence, la liste des circonstances atténuantes à prendre en considération n'est pas exhaustive, en ce sens que tout élément de fait susceptible d'atténuer la gravité de l'infraction devrait être pris en compte afin de prononcer une peine inférieure.

2. Une amende ne peut être imposée en l'espèce en raison de l'absence de faute dans le chef de Belgacom

132. **Absence de faute dans le chef de Belgacom.** Belgacom considère qu'une amende ne peut pas lui être imposée en l'espèce dans la mesure où elle n'a pas commis de faute (et donc pas d'infraction), ce qui interdit que sa responsabilité puisse d'une quelconque manière être engagée.

Il échet tout d'abord de rappeler, comme démontré plus haut dans la présente requête, que l'existence de l'élément matériel de l'infraction à l'obligation réglementaire de transparence n'est en tout état de cause pas établie, en ce que Belgacom n'a pas commis le comportement incriminé par la loi.

Quand bien même il serait considéré que Belgacom a matériellement commis le comportement incriminé par la loi (*quod non*), l'infraction à l'obligation réglementaire de transparence justifiant l'imposition d'une amende ne serait de toute manière pas établie en ce que l'élément moral de l'infraction (le *dol général*) fait totalement défaut dans le chef de Belgacom.

⁵⁰¹ Cass., 23 novembre 1999, P.9811.85.N, disponible sur www.juridat.be.

⁵⁰² Cass., 18 novembre 2013, S.12.0076.F; Cass., 14 mai 2012, S.11.0127.F; Cass., 28 mars 2012, P.11.2083.F, disponibles sur www.juridat.be.

Dans les paragraphes qui suivent, Belgacom démontrera, à titre principal, que la Décision entreprise n'examine même pas la question de l'existence de l'élément moral de la prétendue infraction dans le chef de Belgacom et n'en apporte par conséquent aucunement la démonstration (**section 2.1**) et, à titre subsidiaire, que le manquement allégué n'a pas été commis « *sciemment et volontairement* » par Belgacom (**section 2.2**) et que la Décision entreprise institue en réalité un mécanisme de responsabilité sans faute à l'encontre de Belgacom (**section 3.3**).

2.1 Absence totale d'examen de l'existence de l'élément moral de l'infraction

133. **Absence totale d'examen.** A titre principal, il échet de noter que l'IBPT ne consacre pas la moindre ligne dans la Décision entreprise à l'examen de l'existence de l'élément moral de l'infraction alléguée dans le chef de Belgacom et, par voie de conséquence, reste totalement en défaut de démontrer que le manquement allégué aurait été commis « *sciemment et volontairement* ».

Ainsi, l'application faite par l'IBPT du régime de sanctions prévu par la loi IBPT-statut est contraire au principe « *Nullum crimen sine culpa* » et au principe de la personnalité des peines, tels que consacrés par la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'Homme, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation.

Pour ces motifs, la Décision entreprise doit à tout le moins être annulée sur les points qui imposent une amende à Belgacom.

2.2 Le manquement allégué n'a pas été commis « *sciemment et volontairement* » par Belgacom

134. **Introduction.** A titre subsidiaire, l'ensemble des éléments du dossier démontrent que Belgacom n'a pas commis « *sciemment et volontairement* » la prétendue infraction qui lui est reprochée.

A aucun moment, Belgacom n'a en effet eu conscience du fait que son comportement contrevenait à l'obligation réglementaire de transparence (non *sciemment*) et a encore moins eu l'intention d'enfreindre une telle obligation (non *volontairement*). Que du contraire et plus particulièrement pour les raisons suivantes qui sont rappelées de manière non exhaustive.

135. **Le manquement allégué n'a pas été commis « *sciemment* ».** Premièrement, Belgacom a pu légitimement croire tout au long de la période litigieuse que son comportement était conforme au prescrit du cadre réglementaire sectoriel.

D'après les informations dont elle disposait, Belgacom n'était en effet pas en mesure de savoir que son Offre de référence aurait pu être considérée comme contenant des spécifications techniques erronées en ce qu'elle ne documentait pas certaines limitations techniques du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN, et ce d'autant plus que ces limitations ne pouvaient se manifester que dans le cadre d'une utilisation de son produit régulé non conforme au *scope* de l'Offre, c'est-à-dire un type d'utilisation auquel Belgacom n'était pas censée raisonnablement s'attendre.

Comme déjà démontré, au vu des tests qu'elle avait elle-même effectués par rapport à la mise en œuvre du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN pour ses propres services de détail (solution Explore), Belgacom n'avait en effet pas identifié les limitations techniques litigieuses et n'en avait dès lors pas connaissance. Dans le même sens, la documentation technique des fournisseurs d'équipements ([CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]), ne faisait aucunement mention des limitations techniques litigieuses, voire même indiquait explicitement le contraire en stipulant que l'acheminement des données se faisait de manière

transparente. Enfin, faut-il à nouveau rappeler que les limitations techniques litigieuses ne se sont manifestées qu'en raison d'une utilisation du produit régulé, par l'OLO X, d'une manière non conforme au *scope* de l'Offre de référence et que Belgacom n'a eu véritablement connaissance d'une telle utilisation inappropriée de son produit qu'à compter du 8 juillet 2013, date à laquelle l'OLO X lui a communiqué la configuration spécifique de son service de détail (LL) ?

Ainsi, l'ensemble de ces éléments démontrent que Belgacom n'aurait pas pu avoir connaissance du fait qu'elle commettait une infraction à l'obligation de transparence, c'est-à-dire en d'autres termes qu'elle n'a pas méconnu « *sciemment* » cette obligation. Or, comme l'énonce clairement la Cour de cassation « *la culpabilité du chef d'une infraction requiert la connaissance de ce qu'elle est commise* »⁵⁰³.

En outre, il est raisonnablement permis de considérer que Belgacom peut en tout état de cause justifier d'une erreur ou d'une ignorance invincible, dans la mesure où tout opérateur de télécommunications prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles Belgacom se trouvait au moment des faits litigieux, aurait adopté le même comportement. Il s'en déduit qu'aucune faute ne saurait dès lors être reprochée à Belgacom en l'espèce.

136. **Le manquement allégué n'a pas été commis « volontairement ».** Deuxièmement, il ne saurait pas plus être question d'une quelconque intention de Belgacom de méconnaître l'obligation de transparence qui lui incombait dans la mesure où, tout au long de la période incriminée, elle s'est comportée de manière prudente et diligente, et même de manière proactive, dans le but de se conformer au prescrit du cadre réglementaire sectoriel.

En témoigne, de manière générale, la bonne foi dont Belgacom a témoigné tout au long de la période litigieuse, notamment de par sa collaboration active et constructive avec le régulateur ainsi qu'avec l'ensemble des parties intéressées, dans l'optique de trouver une solution aux problèmes constatés.

L'intention de Belgacom de se conformer au prescrit du cadre réglementaire ressort aussi indéniablement du fait que lorsqu'elle a eu conscience de ce que certains éléments de son Offre de référence auraient pu prêter à confusion – à savoir, au plus tôt à compter du 27 juin 2012, date à laquelle l'OLO X lui a communiqué certaines informations spécifiques (parcellaires) lui permettant d'effectuer des analyses plus approfondies – elle a soumis, promptement et de sa propre initiative, une proposition de modification de son Offre (l'Addendum du 26 novembre 2012) afin de clarifier ces éléments.

Sur ce point, l'affirmation de l'IBPT selon laquelle Belgacom n'aurait pas soumis « *dans les meilleurs délais* »⁵⁰⁴ sa proposition de modification de l'Offre de référence ne peut véritablement pas être prise au sérieux, surtout lorsque l'on sait que plus d'un an et demi après, l'IBPT n'a toujours pas approuvé cette proposition (qui, selon l'IBPT, aurait un caractère « essentiel » mais dont on constate que l'IBPT prend plus de temps pour l'approuver que Belgacom n'en a pris pour la proposer).

Ainsi, à la lumière de l'ensemble de ces éléments, l'on voit difficilement comment une quelconque faute pourrait être reprochée à Belgacom puisqu'elle s'est toujours efforcée de prendre, en temps opportun, « *toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher*

⁵⁰³ Cass., 4 octobre 2006, P.06.0545.F, disponible sur www.juridat.be.

⁵⁰⁴ Décision entreprise, point 253.1.

que l'élément matériel de l'infraction se réalise »⁵⁰⁵. Ceci témoigne incontestablement du fait que Belgacom n'a pas commis « volontairement » la prétendue infraction qui lui est reprochée.

Au surplus, Belgacom constate que l'IBPT reconnaît explicitement dans la Décision entreprise la bonne foi dont Belgacom a témoigné tout au long de la période litigieuse de par les « différentes démarches actives » qu'elle a entreprises afin de trouver une solution aux problèmes auxquels l'OLO X avait été confronté⁵⁰⁶, d'une part, et le fait que Belgacom a proposé de sa propre initiative, sans action formelle de l'IBPT, de clarifier les éléments de son Offre de référence qui pouvaient prêter à confusion⁵⁰⁷, d'autre part. L'IBPT n'en tire cependant pas les conclusions appropriées puisqu'il se borne à retenir ces éléments en tant que circonstances atténuantes alors que ceux-ci auraient dû le conduire à constater que l'élément moral de l'infraction fait défaut en l'espèce en ce que l'infraction alléguée n'a pas été commise « volontairement » par Belgacom, avec pour conséquence qu'une amende ne pouvait dès lors pas être imposée.

2.3 La Décision entreprise institue un mécanisme de responsabilité sans faute à l'encontre de Belgacom

137. **Introduction.** L'interprétation rigoriste de l'obligation réglementaire de transparence que fait – à tort – l'IBPT dans la Décision entreprise revient en réalité à mettre en place un mécanisme de responsabilité sans faute (responsabilité objective), faisant totalement fi de la nécessité de démontrer l'existence d'un élément moral dans le chef de Belgacom, l'IBPT tenant Belgacom pour responsable d'éléments se situant en dehors de son domaine de responsabilité et qui échappent à son contrôle.

138. **Responsabilité sans faute de Belgacom en raison des différentes configurations techniques mises en œuvre par les opérateurs alternatifs.** Premièrement, selon la position retenue par l'IBPT dans la Décision entreprise, le respect par Belgacom de son obligation réglementaire de transparence est rendu tributaire des différentes configurations techniques qui peuvent être mises en œuvre par les opérateurs alternatifs.

Or, si Belgacom peut en principe garantir les utilisations de son produit de gros qui sont conformes au *scope* de l'Offre de référence (c'est-à-dire afin de proposer des offres de détail équivalentes à celles que Belgacom a elle-même développées sur la base de son produit de gros), elle ne saurait en revanche garantir les utilisations faites par les opérateurs alternatifs, comme l'OLO X en l'espèce, qui sont non conformes à ce *scope* dans la mesure où elle n'a pas pu tester de telles utilisations sur la base de ses propres offres de détail.

Il suit de ce qui précède que Belgacom pourrait donc être tenue responsable d'une violation de l'obligation réglementaire de transparence, sans avoir commis la moindre faute, en raison d'éléments se situant en dehors de son domaine de responsabilité et qui échappent à son contrôle. La position retenue par l'IBPT dans la Décision entreprise institue donc, en d'autres termes, un mécanisme de responsabilité objective à l'encontre de Belgacom.

⁵⁰⁵ Cour constitutionnelle, 30 octobre 2001, n° 132/2001, point B.6.2.

⁵⁰⁶ Décision entreprise, point 252.1.

⁵⁰⁷ Décision entreprise, point 252.2.

Or, conformément aux enseignements précités de la Cour constitutionnelle⁵⁰⁸, les principes fondamentaux du droit répressif, tels que le principe de la personnalité des peines, interdisent à une autorité administrative d'imposer des sanctions administratives sur la base d'un mécanisme de responsabilité objective, faisant totalement abstraction de la nécessité de démontrer une faute dans le chef de la personne incriminée. La Décision entreprise est par conséquent entachée d'illégalité sur ce point.

Belgacom note au surplus qu'il est surprenant que l'IBPT ait retenu dans la Décision entreprise un tel mécanisme de responsabilité objective à l'encontre de Belgacom alors que, dans le cadre de la Décision « Lignes louées » du 8 août 2013, l'IBPT avait précisément soutenu une position diamétralement opposée en soulignant, spécifiquement en ce qui concerne le produit WBA (accès au débit binaire), que « *Belgacom ne pourrait garantir une transparence totale, c'est-à-dire hors des fonctions qu'elle a déjà testées elle-même [et qui correspondent à ses offres de détail]* »⁵⁰⁹. Sur ce point, la Décision entreprise procède donc également d'une violation du principe de cohérence réglementaire, tel que consacré à l'article 8, 5°, a, de la directive « cadre ».

139. **Responsabilité sans faute de Belgacom en raison des spécifications techniques des équipements de ses fournisseurs.** Deuxièmement, selon la position retenue par l'IBPT dans la Décision entreprise, le respect par Belgacom de son obligation réglementaire de transparence est également rendu tributaire des spécifications techniques des équipements de ses fournisseurs. Il en va précisément de la sorte notamment en ce qui concerne les équipements CPE (*Customer Premises Equipment* ou modem).

En effet, dans la Décision entreprise, l'IBPT rend Belgacom, par exemple, responsable du fait que la documentation technique des fournisseurs d'équipements CPE ne mentionne pas certaines limitations techniques.

Or, les équipements CPE ne relèvent manifestement pas du domaine de responsabilité de Belgacom. D'une part, sur le plan technique, le domaine de responsabilité de Belgacom s'arrête au NTP (*Network Termination Point* ou point de terminaison du réseau). D'autre part, il ressort clairement des termes de l'Offre de référence que la relation avec les fournisseurs d'équipements CPE relève du choix et de la gestion propre de chaque opérateur alternatif, et non de la responsabilité Belgacom.

Ce faisant, la Décision entreprise institue à nouveau sur ce point, ainsi que sur d'autres points similaires, un mécanisme de responsabilité sans faute (responsabilité objective), en ce sens que Belgacom pourrait être tenue responsable d'éléments se situant en dehors de son domaine de responsabilité et qui échappent à son contrôle, ce qui – par identité de motifs à ce qui a déjà été relevé ci-dessus – contrevient aux principes généraux du droit pénal qui sont d'application aux sanctions administratives, tels que le principe de la personnalité des peines.

⁵⁰⁸ Cour constitutionnelle, 16 juillet 2009, n° 119/2009, points B.3.2 à B.6.4 ; Cour constitutionnelle, 24 septembre 2003, n° 125/2003, point B.6 ; Cour constitutionnelle, 30 octobre 2001, n° 132/2001, point B.6.2.

⁵⁰⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 8 août 2013 relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007) : *ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) et fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07))*, point 4:78 ; voir également la version coordonnée de la Décision du Conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « lignes louées », pp. 43 à 47, qui montre que l'IBPT était déjà bien conscient à cette époque du fait que Belgacom ne peut garantir une transparence totale pour les services de type VPN (tels que fournis à travers le produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN).

Il s'ensuit que la position défendue par l'IBPT sur ce point dans la Décision entreprise est également illégale.

140. **Conclusion.** Il résulte de l'ensemble des considérations développées dans la présente section qu'aucune amende n'aurait pu être imposée en l'espèce à Belgacom en raison de l'absence de faute dans son chef.

D'une part, l'ensemble des éléments du dossier démontrent clairement que Belgacom n'a pas commis l'infraction alléguée « *sciemment et volontairement* ».

D'autre part, l'approche retenue dans la Décision entreprise est illégale pour contrariété au principe de la personnalité des peines, en ce qu'elle institue un mécanisme de responsabilité sans faute à l'encontre de Belgacom, en faisant dépendre le respect de son obligation réglementaire de transparence des différentes configurations techniques pouvant être mises en œuvre par les opérateurs alternatifs ainsi que des spécifications techniques des équipements de ses fournisseurs, éléments qui échappent tous deux au domaine de responsabilité et au contrôle de Belgacom.

Par conséquent, la Décision entreprise doit être annulée en ce qu'elle impose une amende administrative à Belgacom.

3. Le montant de l'amende imposée par l'IBPT est disproportionné

141. **Remarque préliminaire sur le pouvoir d'appréciation démesuré dont jouit l'IBPT pour l'imposition d'amendes.** Belgacom démontrera dans la présente section que le montant de l'amende qui lui a été imposée dans la Décision entreprise est disproportionné, en raison de multiples erreurs manifestes d'appréciation commises par l'IBPT dans le cadre de la méthodologie appliquée pour déterminer le montant de l'amende.

Ces erreurs manifestes d'appréciation, qui seront examinées de manière détaillée dans les paragraphes qui suivent, peuvent en réalité être considérées comme les symptômes d'une cause sous-jacente plus profonde, à savoir le pouvoir d'appréciation manifestement démesuré dont jouit l'IBPT dans le cadre de l'imposition des amendes, en raison de l'absence de critères suffisamment clairs et précis définis dans la loi IBPT-statut pour circonscrire un tel pouvoir.

Comme déjà indiqué plus haut, la loi IBPT-statut ne prévoit en effet pas le moindre critère pour déterminer le montant de l'amende, hormis le montant maximal de celle-ci (à savoir, que l'amende ne peut dépasser 5 % du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques). L'IBPT le reconnaît explicitement dans la Décision entreprise⁵¹⁰.

Ainsi, en raison de cette absence de critères d'évaluation du montant de l'amende dans la loi IBPT-statut, la marge d'appréciation dont jouit l'IBPT n'est pas suffisamment circonscrite eu égard au prescrit du principe de la légalité des délits et des peines, avec pour conséquence que le pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'IBPT s'apparente plutôt à un pouvoir arbitraire.

Un exemple concret suffit pour en attester. Compte tenu du seul critère prévu par la loi IBPT-statut pour déterminer le montant de l'amende, l'IBPT pouvait (d'un point de vue purement

⁵¹⁰ Décision entreprise, point 231 : « *L'article 21 de la loi-statut ne décrit pas la méthodologie que l'IBPT doit suivre pour calculer le montant des amendes administratives qu'il impose et se limite à fixer les principes permettant de calculer le montant maximum de l'amende* ».

théorique) imposer en l'espèce à Belgacom un montant oscillant entre 0 et 323 millions d'euros ... Ces chiffres parlent d'eux-mêmes.

Pour ces raisons, Belgacom estime que se pose la question de la conformité du régime de sanction prévu par la loi IBPT-statut au principe de la légalité des délits et des peines dans la mesure où, si certes ce principe ne s'oppose pas à ce qu'une marge d'appréciation soit accordée à l'autorité pour la détermination du montant de l'amende, c'est toutefois à la condition que cette marge d'appréciation soit suffisamment circonscrite :

« Le principe de légalité des peines est un corollaire du principe de sécurité juridique, lequel (...) exige, notamment, que toute réglementation (...), en particulier lorsqu'elle impose ou permet d'imposer des sanctions, soit claire et précise, afin que les personnes concernées puissent connaître sans ambiguïté les droits et obligations qui en découlent et puissent prendre leurs dispositions en conséquence (...).

Ce principe (...) s'applique non seulement aux normes qui établissent les éléments constitutifs d'une infraction, mais également à celles qui définissent les conséquences qui découlent d'une infraction aux premières. (...)

Le fait qu'une loi confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à l'exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »⁵¹¹.

Or, à la différence du régime de sanction prévu en droit européen de la concurrence où le pouvoir d'appréciation de la Commission est limité par des critères légaux⁵¹² ainsi que par les lignes directrices de la Commission⁵¹³, le pouvoir d'appréciation de l'IBPT n'est circonscrit ni par des critères légaux ni par des lignes directrices de l'IBPT.

Tout au plus existe-t-il une certaine pratique décisionnelle de l'IBPT en matière d'amende mais, comme il sera observé ci-après, celle-ci ne suffit pas à définir avec une netteté suffisante les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation de l'IBPT, afin de satisfaire aux exigences posées par le principe de la légalité des délits et des peines.

La meilleure preuve en est que même dans le cadre d'une même procédure de sanction, en étant saisi des mêmes faits et en appliquant les mêmes principes pour évaluer le montant de l'amende, les montants déterminés par l'IBPT diffèrent significativement. Ainsi, en l'espèce par exemple, le projet de décision prévoyait une amende de 1, 74 millions d'euros alors que la Décision finale impose un montant de 403.000 euros. L'amende est donc passée du quadruple au simple. On le rappelle, en étant saisi des mêmes faits et en appliquant la même méthodologie de calcul ...

Si certes, Belgacom ne peut que s'en réjouir, il n'en demeure pas moins que le montant de l'amende imposée dans la Décision finale demeure disproportionné, et ce en raison du chiffre d'affaires inapproprié pris en considération pour calculer le montant de base (**section 3.1**), de la qualification erronée de l'infraction comme « grave » (**section 3.2**), et de l'absence de prise

⁵¹¹ Voir notamment TUE, 5 avril 2006, *Degussa c. Commission*, aff. T-279/02, points 66, 67 et 72.

⁵¹² Voir notamment Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (*J.O.U.E.*, 4 janvier 2003, L 1, p. 1), article 23, 3° : « Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci ».

⁵¹³ Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du Règlement (CE) n° 1/2003 (*J.O.U.E.*, 1^{er} septembre 2006, C 210, p. 2).

en considération d'une série de circonstances atténuantes qui auraient dû profiter à Belgacom (section 3.3).

3.1 Le chiffre d'affaires pris en considération pour calculer le montant de base est inapproprié

142. **Introduction.** Afin de calculer le montant de base de l'amende⁵¹⁴, l'IBPT a décidé de se fonder sur le chiffre d'affaires réalisé en 2012 par la division *retail* de Belgacom pour les services *data* offerts aux entreprises, et plus particulièrement :

- les solutions IP-VPN (couche 3), toutes technologies d'accès confondues⁵¹⁵ : [CONFIDENTIEL] d'euros ;
- les solutions Ethernet-VPN (couche 2), toutes technologies d'accès confondues⁵¹⁶ : [CONFIDENTIEL] d'euros.

Ainsi, sur cette base, l'IBPT a retenu un chiffre d'affaires de [CONFIDENTIEL] d'euros.

143. **La manière contestable selon laquelle l'IBPT a procédé pour déterminer le chiffre d'affaires.** A titre liminaire, Belgacom tient tout d'abord à souligner que la manière dont l'IBPT a procédé pour déterminer le chiffre d'affaires retenu est contestable.

En effet, pour déterminer ce chiffre d'affaires, l'IBPT a d'abord demandé à Belgacom de lui fournir une ventilation du chiffre d'affaires de 2012 de la composante *data* de sa division *retail*, pour ensuite faire son choix sur la base de cette ventilation, au lieu de déterminer au préalable un critère objectif pour le choix du chiffre d'affaires à retenir et de demander ensuite l'information correspondante à Belgacom. Ainsi, en d'autres termes, il semble que ce soit plus les montants des chiffres d'affaires transmis par Belgacom qui ont guidé le choix de l'IBPT plutôt qu'un critère objectif et préalablement défini.

Indépendamment de ce premier constat, Belgacom considère que le chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise est inapproprié dans la mesure où il ne reflète pas le chiffre d'affaires lié à l'infraction alléguée (qui est largement inférieur), de sorte que le montant de base de l'amende a été surévalué et, par voie de conséquence, le montant de l'amende finalement imposée à Belgacom est disproportionné.

144. **La prise en considération à tort des technologies autres que le VDSL2.** Belgacom considère que le chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise est disproportionné dans la mesure où il intègre « *toutes les technologies d'accès* » des solutions IP-VPN et Ethernet-VPN (fibre, EFM, VDSL2 et autres technologies).

Or, eu égard à l'objectif visé par l'option Dedicated VLAN du produit de gros WBA VDSL2 de Belgacom qui est, comme déjà indiqué, de permettre aux opérateurs alternatifs de répliquer l'offre de détail que Belgacom a développée via ce produit de gros, à savoir l'offre de détail Explore VPN VDSL2, seul le chiffre d'affaires lié à cette offre de détail aurait dû

⁵¹⁴ Pour rappel, selon les indications contenues dans la Décision entreprise, le montant de base de l'amende correspond au montant obtenu en multipliant le chiffre d'affaires que l'IBPT estime lié à l'infraction par un pourcentage qui est censé représenter la gravité de l'infraction.

⁵¹⁵ C'est-à-dire les technologies d'accès suivantes : fibre, EFM, VDSL2 et autres technologies.

⁵¹⁶ C'est-à-dire les technologies d'accès suivantes : fibre, EFM, VDSL2 et autres technologies.

être pris en considération (c'est-à-dire uniquement les solutions IP-VPN et Ethernet-VPN basées sur la technologie VDSL2)⁵¹⁷.

Ainsi, la part du chiffre d'affaires réalisé par Belgacom pour les solutions IP-VPN et Ethernet-VPN sur la base des technologies d'accès autres que le VDSL2 (à savoir, la fibre, EFM et autres technologies) n'aurait pas dû être prise en considération par l'IBPT⁵¹⁸.

Selon la ventilation de son chiffre d'affaires qu'elle a transmise à l'IBPT le 14 mars 2014 à la suite de la demande de compléments d'informations qui lui fut adressée, Belgacom constate qu'en faisant abstraction des technologies d'accès autres que le VDSL2, le chiffre d'affaires retenu passe de [CONFIDENTIEL] d'euros à [CONFIDENTIEL] d'euros⁵¹⁹. Pour plus de détails à ce sujet, Belgacom se permet de renvoyer à l'Annexe confidentielle jointe à sa réponse du 14 mars 2014 à la demande de compléments d'informations, qui devrait faire partie du dossier administratif.

Il résulte de ce qui précède que le chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise est manifestement disproportionné en ce qu'il est plus de dix fois plus élevé que le chiffre d'affaires qui aurait dû être retenu si l'IBPT avait dûment tenu compte de l'objectif visé par l'option Dedicated VLAN du produit WBA VDSL2 Belgacom, à savoir la répliquabilité de l'offre de détail Explore VPN VDSL2 de Belgacom.

145. **La prise en considération à tort du chiffre d'affaires de Belgacom tous segments confondus alors que l'impact de l'infraction alléguée s'est limité au segment des PME.** Même en faisant abstraction des technologies d'accès autres que le VDSL2, le chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise demeurerait disproportionné dans la mesure où il prend en considération le chiffre d'affaires de Belgacom tous segments confondus, alors que la Décision entreprise indique que l'impact (limité) de l'infraction alléguée s'est concentré sur le segment des petites et moyennes entreprises (PME)⁵²⁰.

L'OLO X confirme également explicitement, dans plusieurs documents repris dans le dossier que l'IBPT a communiqué via son courrier du 2 juillet 2013 à Belgacom, que l'impact de l'infraction alléguée s'est limité au segment des PME⁵²¹.

⁵¹⁷ Comme cela ressort des développements qui précèdent, il y a lieu de réitérer ici que les prétendues limitations techniques n'ont pas d'impact sur ces solutions. En outre, contrairement à ce que prétend l'IBPT au point 237.2 de la Décision entreprise, le prétendu problème de transparence de l'offre WBA VDSL2 ne saurait avoir une incidence sur le contrat global d'un opérateur alternatif pour tous les produits *data* qu'il fournit à un client final : dans l'exemple donné par l'IBPT (un site VDSL et deux sites fibre), le site VDSL n'impactera évidemment pas la transparence entre les deux sites fibre.

⁵¹⁸ Il ressort d'ailleurs de la Décision « Lignes louées » du 8 août 2013 (voir notamment le point 4:137.1) que les lignes NGLL (« *Next Generation Leased Lines* ») sont censées permettre aux opérateurs alternatifs de répliquer l'offre de détail Explore VPN EFM et Fibre de Belgacom. Les accès EFM et fibre au réseau MPLS de Belgacom font donc clairement partie du marché Lignes Louées selon cette Décision.

⁵¹⁹ Ce montant correspond à la somme du chiffre d'affaires pour les solutions IP-VPN VDSL2 ([CONFIDENTIEL] d'euros) et du chiffre d'affaires pour les solutions Ethernet-VPN VDSL2 ([CONFIDENTIEL] euros).

⁵²⁰ Décision entreprise, notamment points 181 et 209.

⁵²¹ Pièce 27 du dossier communiqué par l'IBPT (pièce jointe), p. 5 : « *Ceci compromet la continuité des contrats pour les clients PME existants du produit [LL]de l'[OLO X]* » (traduction libre de : « *This jeopardizes the continuity of contracts for existing [OLO X] [LL product] SME customers* ») ; Pièce 39 du dossier communiqué par l'IBPT, pp. 16 et 21 : « *Les contrats pour de tels produits [LL] 2Mbit/s sont principalement vendus à nos clients PME. (...) [OLO X] est certain que le pire scénario quant au fait*

Ainsi, selon la ventilation de son chiffre d'affaires qu'elle a transmise à l'IBPT le 14 mars 2014 à la suite de la demande de compléments d'informations qui lui fut adressée, Belgacom constate qu'en ne retenant que la part de son chiffre d'affaires Explore VPN VDSL2 réalisé sur le segment des PME, le chiffre d'affaires à prendre en considération s'élève uniquement à [CONFIDENTIEL] d'euros⁵²², ce qui correspond à un chiffre d'affaires à peu près soixante fois moins élevé que celui retenu dans la Décision entreprise.

Ceci témoigne incontestablement du caractère disproportionné du chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise. Ce chiffre d'affaires ne correspond d'ailleurs pas au critère de pertinence retenu par l'IBPT et confirme ainsi l'existence d'une motivation contradictoire dans le chef de l'IBPT.

146. **Conclusion.** Il découle de ce qui précède que le chiffre d'affaires retenu dans la Décision entreprise est inapproprié en ce qu'il excède largement le chiffre d'affaires lié à l'infraction alléguée.

Le chiffre d'affaires qui aurait dû être pris en considération par l'IBPT est – tout au plus – le chiffre d'affaires de l'offre de détail Explore VPN VDSL2 de Belgacom (c'est-à-dire uniquement les solutions IP-VPN et Ethernet-VPN basées sur la technologie VDSL2) réalisé sur le segment des PME, ce qui aboutit à un montant environ soixante fois moins élevé que celui retenu dans la Décision entreprise.

3.2 La qualification erronée de l'infraction comme « grave »

147. **Introduction.** Après avoir déterminé le chiffre d'affaires lié à l'infraction, l'IBPT s'est employé à déterminer un pourcentage censé représenter le degré de gravité de l'infraction, afin de multiplier ces deux nombres pour obtenir le montant de base de l'amende⁵²³.

L'IBPT a retenu un pourcentage de [CONFIDENTIEL] % après avoir relevé que « l'infraction est in abstracto de nature grave, dès lors qu'elle était de nature à affecter le développement de la concurrence sur le marché, mais elle a eu dans les faits un impact limité »⁵²⁴.

Si Belgacom souscrit intégralement à la constatation de l'IBPT selon laquelle l'infraction alléguée n'a eu qu'un impact limité *in concreto*, elle ne peut en revanche que s'inscrire en faux contre la qualification de l'infraction comme étant grave *in abstracto* et le pourcentage arbitraire que l'IBPT applique pour prétendument refléter une telle gravité.

148. **Le pourcentage arbitraire appliqué par l'IBPT.** Le pourcentage arbitraire appliqué par l'IBPT dans la Décision entreprise constitue un exemple concret de la critique générale formulée plus haut par Belgacom, selon laquelle les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation de l'IBPT en matière d'imposition d'amende ne sont pas définies et

de cesser toutes les activités existantes aura un impact sur sa réputation et ses relations clients sur le marché Télécom des PME » (« Contracts of such 2Mbps [LL] are mostly sold to our SME customers. (...) [OLO X] is certain that the worst case scenario of ceasing all existing services will have an impact to it's reputation and customer relations on the SME Telecom market »).

⁵²² Ce montant correspond à la somme du chiffre d'affaires pour les solutions IP-VPN VDSL2 sur le segment PME ([CONFIDENTIEL] d'euros) et du chiffre d'affaires pour les solutions Ethernet-VPN VDSL2 sur le segment PME ([CONFIDENTIEL] euros).

⁵²³ Décision entreprise, point 249.

⁵²⁴ Décision entreprise, point 248.

circonscrites avec une netteté suffisante, afin de satisfaire aux exigences du principe de la légalité des délits et des peines.

En effet, Belgacom constate que la toute grande majorité des décisions de l'IBPT qui imposent une amende n'appliquent pas cette technique du pourcentage. Ce faisant, il est impossible pour Belgacom – ainsi que pour la juridiction de recours – d'apprécier le caractère adéquat ou non de ce pourcentage, et ce d'autant plus que les rares décisions de l'IBPT qui ont appliqué la technique du pourcentage ne permettent pas de déterminer une échelle de valeurs de référence.

Belgacom invite par conséquent l'IBPT à s'en expliquer dans ses conclusions à venir et ne peut, dans l'intervalle, que réserver tous ses droits à ce propos.

149. **La thèse de l'infraction grave « *par essence* » est erronée.** Dans la Décision entreprise, la position retenue par l'IBPT consiste en fait à affirmer que l'infraction reprochée à Belgacom serait grave « *par essence* » en ce qu'elle aurait été de nature à affecter l'un des objectifs du cadre réglementaire, à savoir le développement de la concurrence.

Ainsi, à suivre la thèse essentialiste de l'IBPT, toute infraction qui porterait atteinte à l'un des objectifs du cadre réglementaire⁵²⁵ devrait être considérée comme grave par essence ou *in abstracto*.

Or, une telle thèse (particulièrement circulaire) est manifestement contredite par la pratique décisionnelle de l'IBPT puisque de nombreuses décisions de l'Institut imposant une amende ont considéré que des infractions qui portaient directement atteinte aux « *intérêts des utilisateurs finals* »⁵²⁶ ou à la « *la promotion de la concurrence* »⁵²⁷ (soit deux des objectifs principaux de la réglementation sectorielle) ne constituaient pas des infractions de nature grave.

Ainsi, la thèse essentialiste soutenue en l'espèce par l'IBPT ne trouve même pas appui dans sa propre pratique décisionnelle.

⁵²⁵ La thèse soutenue par l'IBPT doit être en effet implicitement transposée à tous les objectifs du cadre réglementaire sectoriel dans la mesure où celui-ci ne prévoit pas de hiérarchie entre les objectifs qu'il préconise.

⁵²⁶ Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet (disponible sur www.ibpt.be), pp. 29 et 32, dans laquelle l'IBPT, après avoir constaté que « *les intérêts des utilisateurs ont (...) été lésés par Telenet* », a toutefois considéré que l'infraction constatée était « *de gravité moyenne* ».

⁵²⁷ Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique (disponible sur www.ibpt.be), p. 20, dans laquelle l'IBPT, après avoir souligné que l'infraction constatée allait « *à l'encontre d'un des objectifs principaux du cadre réglementaire, à savoir la promotion de la concurrence* », a toutefois considéré que ladite infraction pouvait « *être classée de moyenne à faible* » au niveau de sa gravité.

En réalité, la pratique décisionnelle constante de l'IBPT contredit même frontalement la thèse essentialiste adoptée dans le cadre de la Décision entreprise, en soulignant que la gravité d'une infraction doit s'apprécier en fonction de la nature du manquement et de son impact sur le marché, ce qui suppose nécessairement une analyse *in concreto* :

« La gravité de l'infraction est jugée compte tenu de sa nature et de son impact sur la réalisation des objectifs principaux visés par le cadre réglementaire : la promotion de la concurrence et la protection des intérêts des consommateurs »⁵²⁸.

Il ressort d'ailleurs de la pratique décisionnelle constante de l'IBPT que le critère de la « nature de l'infraction » vise les conditions dans lesquelles le manquement a été commis, ce qui commande indéniablement une analyse concrète. Belgacom reviendra sur l'application de ce critère plus loin dans la présente requête.

Enfin, la meilleure preuve du fait que la gravité d'une infraction doive toujours être appréciée en fonction des circonstances propres et concrètes de l'espèce – et non *in abstracto* – est que, pour une infraction à la même disposition légale (et donc au même objectif réglementaire), l'IBPT a considéré dans une décision relative à l'opérateur A que l'infraction était « grave »⁵²⁹ alors que dans une décision relative à l'opérateur B, il a considéré que l'infraction était « de gravité moyenne »⁵³⁰.

A la lumière de l'ensemble de ces considérations, Belgacom considère que la Décision entreprise est entachée d'illégalité en ce qu'elle affirme de manière purement théorique que « l'infraction est *in abstracto* de nature grave », alors que la gravité de l'infraction doit s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances propres et spécifiques de l'espèce, telles que la nature du manquement et l'impact concret de celui-ci sur le marché. La motivation de la Décision est en outre hautement contradictoire sur ce point en ce que l'IBPT reconnaît explicitement dans la même phrase que l'infraction « a eu dans les faits un impact limité ».

- 150. L'infraction alléguée ne saurait en tout état de cause être qualifiée de grave eu égard aux circonstances concrètes de l'espèce.** L'infraction alléguée ne saurait de toute manière être qualifiée de grave *in specie*, dans la mesure où les circonstances propres et spécifiques de l'espèce démontrent que la nature du manquement allégué n'est pas grave, d'une part, et que ledit manquement a eu un impact très limité en pratique, d'autre part.

Avant de le démontrer spécifiquement, Belgacom tient tout d'abord à faire remarquer que si l'infraction était aussi grave que l'IBPT le prétend dans la Décision entreprise, pourquoi l'IBPT n'a-t-il alors toujours pas approuvé, après l'écoulement de plus d'une année et demie, l'Addendum soumis par Belgacom le 26 novembre 2012 qui vise à clarifier les points de l'Offre de référence qui auraient pu prêter à confusion pour les opérateurs alternatifs ? Poser la question c'est déjà y répondre : une telle constatation démontre clairement que l'infraction alléguée ne saurait être qualifiée de grave.

⁵²⁸ Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 100 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar, point 74 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom, p. 31, disponibles sur www.ibpt.be.

⁵²⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom pour non-respect de l'article 108, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (disponible sur www.ibpt.be), p. 32.

⁵³⁰ Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour non-respect de l'article 108, § 2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (disponible sur www.ibpt.be), point 119.

151. S'agissant de la nature de l'infraction, ce critère constitue encore un bon exemple du fait que les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation de l'IBPT en matière d'imposition d'amende ne sont pas définies et circonscrites avec une netteté suffisante.

Si dans la Décision entreprise, l'IBPT semble viser par ce critère l'importance des objectifs poursuivis par l'obligation réglementaire prétendument méconnue, il donne toutefois un autre sens à ce critère dans sa pratique décisionnelle constante.

En effet, dans ses précédentes décisions imposant une amende, l'IBPT semble viser par ce critère les conditions dans lesquelles le manquement a été commis. Ainsi, lors de l'examen de la nature de l'infraction, l'IBPT vise à déterminer si le prescrit de l'obligation légale méconnue était suffisamment clair et précis⁵³¹ de sorte qu'il « *ne laiss[ait] planer aucun doute sur l'obligation* » imposée à l'entreprise incriminée⁵³² et que le manquement commis par cette dernière peut être dès lors considéré comme « *inexcusable* »⁵³³.

Que l'on examine la nature de l'infraction selon le sens que l'IBPT donne à ce critère dans la Décision entreprise ou selon celui qui résulte de sa pratique décisionnelle constante, dans l'un et l'autre cas le prétendu manquement reproché à Belgacom ne saurait être qualifié de grave.

Premièrement, au regard des objectifs poursuivis par l'obligation de publier une offre de référence – qui sont de promouvoir le développement de la concurrence et d'assurer le respect de l'obligation de non-discrimination en permettant aux opérateurs alternatifs d'avoir une lisibilité sur l'architecture technique du produit régulé de l'opérateur PSM en vue de pouvoir répliquer les offres de détail de ce dernier –, l'infraction alléguée ne saurait être qualifiée de grave.

En effet, l'IBPT reproche en substance à Belgacom de ne pas avoir publié ou clarifié dans son Offre de référence certaines spécifications techniques très spécifiques, dont elle n'avait ou ne pouvait raisonnablement pas avoir connaissance, et qui n'avaient de sens que dans le cadre d'une utilisation du produit régulé non conforme au *scope* de l'Offre de référence.

Or, comme déjà démontré plus haut, les objectifs de l'obligation de publier une offre de référence ne sauraient être étendus jusqu'à imposer à l'opérateur PSM une obligation de publier tout type d'information lié à tout type d'utilisation possible et imaginable de son produit régulé (et surtout si cette utilisation s'écarte manifestement du *scope* de cette offre). Une telle interprétation excède manifestement le prescrit de l'obligation de publier une offre de référence qui, comme le souligne la Position commune du BEREC du 8 décembre 2012 sur les bonnes pratiques en matière d'obligations sur le marché de la large bande⁵³⁴, impose

⁵³¹ Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 28 janvier 2014 relative à l'imposition d'une amende administrative à Schedom Dommel, point 72 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 108 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom, p. 31.

⁵³² Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar, point 75 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 101 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Scarlet, point 67.

⁵³³ Voir notamment Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 108 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom, p. 31.

⁵³⁴ BEREC, 8 décembre 2012, *Common position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*, BoR (12) 128, p. 10.

uniquement aux opérateurs PSM de publier les éléments techniques clés du produit régulé que ceux-ci connaissent ou doivent raisonnablement connaître⁵³⁵.

Qui plus est, dès lors que l'obligation de publier une offre de référence est accessoire à l'obligation de non-discrimination, il saurait d'autant moins être soutenu que Belgacom avait l'obligation de publier dans son Offre de référence des spécifications techniques qui n'avaient de sens que dans le cadre d'une utilisation de son produit de gros non conforme au *scope* de cette Offre, c'est-à-dire ne visant pas à répliquer les offres de détail qu'elle a elle-même développées sur la base de ce produit.

Dans de telles circonstances, la prétendue infraction reprochée à Belgacom ne saurait être qualifiée de grave eu égard aux objectifs poursuivis par l'obligation de publier une offre de référence.

Deuxièmement, au regard des conditions dans lesquelles le manquement allégué a été commis, l'infraction ne saurait davantage être qualifiée de grave.

Il ne saurait en effet être prétendu sérieusement que Belgacom aurait méconnu de manière « *inexcusable* » une obligation claire et précise ne laissant « *planer aucun doute* » quant à son contenu et à sa portée.

D'une part, affirmer le contraire reviendrait à nier le caractère hautement technique et complexe de la publication et de la mise à jour d'une Offre de référence, ce qui serait en tout état de cause manifestement déconnecté de la réalité du terrain.

D'autre part, Belgacom se permet de renvoyer à cet égard à la section de la présente requête dans laquelle elle démontre que le manquement qui lui est reproché n'a pas été commis « *sciemment et volontairement* »⁵³⁶ mais qu'au contraire, premièrement, elle n'était pas en mesure de savoir que son Offre de référence aurait pu être considérée comme contenant des spécifications techniques erronées d'après les informations dont elle disposait et, deuxièmement, il n'a jamais été de son intention de méconnaître l'obligation de transparence lui incombant, ce dont atteste le comportement prudent et diligent (et même proactif) qu'elle a adopté tout au long de la période litigieuse (et dont l'existence est – à tout le moins partiellement – reconnue par l'IBPT).

152. S'agissant de l'impact de l'infraction, Belgacom se limitera à rappeler ici que l'IBPT reconnaît explicitement dans la Décision entreprise que l'infraction alléguée « *a eu dans les faits un impact limité* »⁵³⁷.

Plus concrètement, le seul opérateur alternatif à avoir subi un impact (très limité et d'ailleurs toujours très peu clairement identifié) de l'infraction alléguée est l'OLO X, et ce exclusivement en raison du fait qu'il a fait une utilisation du produit WBA VDSL2 Dedicated VLAN de Belgacom non conforme au *scope* de l'Offre de référence et sans en informer au préalable Belgacom.

⁵³⁵ C'est-à-dire uniquement (i) les informations dont l'opérateur PSM a pu avoir connaissance sur la base des tests qu'il a effectués en vue de développer ses propres offres de détail sur la base du produit régulé et qui se situent dans le *scope* de l'offre de référence et (ii) les informations que l'opérateur PSM a été amené à connaître de manière effective sur la base de la documentation technique de ses fournisseurs d'équipement.

⁵³⁶ Voir paragraphes 134 à 136 *supra*.

⁵³⁷ Décision entreprise, point 248.

Aucun autre opérateur alternatif n'a subi un impact en raison de la prétendue infraction reprochée à Belgacom. L'IBPT le reconnaissait explicitement dans le projet de Décision entreprise (dans un passage qui a disparu de la Décision entreprise ...) :

« L'IBPT n'a pas connaissance que d'autres opérateurs alternatifs que l'[OLO X] auraient subi un dommage réel similaire suite au caractère incorrect de l'offre de référence WBA VDSL2 »⁵³⁸.

Au surplus, Belgacom note que l'IBPT n'examine à aucun moment dans la Décision entreprise en quoi le contenu de l'Offre de référence de Belgacom aurait induit en erreur les opérateurs alternatifs utilisant son produit de gros régulé de manière conforme au *scope* de l'Offre. Or, c'est bien une analyse de ce type qui aurait dû être menée pour apprécier l'impact de l'infraction alléguée au regard des objectifs poursuivis par l'obligation de publier une offre de référence.

Pour ces raisons, le caractère grave de l'infraction alléguée ne saurait davantage être trouvé dans l'impact (très limité) que celle-ci a eu.

153. **Conclusion.** Il découle de ce qui précède que, contrairement à ce que prétend l'IBPT dans la Décision entreprise, l'infraction reprochée à Belgacom ne saurait être qualifiée de grave en l'espèce.

D'une part, la thèse essentialiste de l'IBPT selon laquelle l'infraction alléguée serait grave *in abstracto* ne saurait être suivie dans la mesure où la gravité de l'infraction doit toujours s'apprécier *in concreto* en fonction des circonstances propres et spécifiques de l'espèce. Cela est d'ailleurs confirmé par la pratique décisionnelle constante de l'IBPT en matière d'amende.

D'autre part, les circonstances propres et spécifiques de l'espèce démontrent en tout état de cause qu'il n'est nullement question d'un quelconque manquement grave de Belgacom à son obligation de transparence et que l'impact dudit manquement est de toute manière très limité en pratique.

3.3 L'absence de prise en considération d'une série de circonstances atténuantes

154. **Introduction.** Dans la Décision entreprise, à l'exception de deux circonstances atténuantes, l'IBPT rejette l'ensemble des circonstances atténuantes qui avaient été invoquées par Belgacom dans les observations écrites qu'elle avait formulées au sujet du projet de Décision entreprise⁵³⁹.

L'IBPT retient comme seules circonstances atténuantes au bénéfice de Belgacom, d'une part, le fait que Belgacom ait entrepris de nombreuses démarches actives afin de remédier aux problèmes auxquels l'OLO X avait été confronté et, d'autre part, le fait que Belgacom avait proposé de sa propre initiative des adaptations à son Offre de référence sans que l'IBPT ne doive prendre une action formelle à cette fin.

L'IBPT a dès lors estimé, sur la base de ces circonstances atténuantes, que le montant de base retenu pouvait être diminué de 10 %.

Au vu des circonstances très spécifiques de la présente espèce, Belgacom considère que l'IBPT n'a pas suffisamment tenu compte de l'ensemble des éléments de fait qui atténuent la

⁵³⁸ Projet de décision, point 189.3.

⁵³⁹ Décision entreprise, points 250 à 254.

gravité de l'infraction alléguée ou, à tout le moins, la responsabilité et le rôle de Belgacom dans cette infraction, et qui auraient dû conduire à une réduction plus importante du montant de l'amende imposée.

A la lumière de ces éléments qui seront examinés ci-après de manière non exhaustive⁵⁴⁰, Belgacom estime que l'IBPT aurait même dû soit s'abstenir de lui imposer une amende puisque, comme indiqué plus haut, l'imposition d'une amende ne constitue pas une obligation pour le régulateur mais une faculté laissée à son appréciation, soit prononcer tout au plus une amende limitée à titre purement symbolique.

Dès lors, dans l'hypothèse où la Décision entreprise ne serait pas annulée par la Cour sur les points visés par Belgacom, Belgacom invite respectueusement la Cour à réduire, sur la base de son pouvoir de pleine juridiction, le montant de l'amende imposée à Belgacom en prenant notamment en considération les circonstances atténuantes suivantes.

- 155. Responsabilité de Belgacom en raison d'éléments qui échappent à son contrôle.** A supposer qu'il soit considéré que le mécanisme de responsabilité sans faute institué par la Décision entreprise soit conforme au principe *Nullum crimen sine culpa* et au principe de la personnalité des peines (*quod certe non*), en ce sens que Belgacom pourrait se voir imposer une amende en raison d'une utilisation inappropriée de son produit de gros par un opérateur alternatif ou des spécifications techniques incomplètes des équipements de ses fournisseurs, Belgacom considère qu'il y aurait à tout le moins lieu de tenir compte de cet élément en tant que circonstance atténuante à son bénéfice.

Dès lors que Belgacom n'a littéralement aucun contrôle sur de tels éléments, il serait en effet manifestement disproportionné de ne pas réduire en conséquence le montant de l'amende imposée.

L'effet dissuasif de l'amende, c'est-à-dire le fait « *d'inciter* [l'entreprise incriminée] *à ne pas récidiver et à ce que d'autres opérateurs puissants soient dissuadés à commettre la même infraction* »⁵⁴¹ ne se justifie d'ailleurs pas dans un tel cas de figure, dans la mesure où même en ayant adopté un comportement irréprochable, l'entreprise incriminée se voit sanctionner pour des manquements ou erreurs émanant de tiers.

Un tel élément doit indéniablement être pris en considération aux fins de réduire le montant de l'amende imposée.

- 156. Absence d'impact de l'infraction.** Belgacom considère qu'en raison de l'impact très limité que l'infraction alléguée a eu sur le marché, voire même de l'absence d'impact lorsque le produit de gros de Belgacom était utilisé conformément au *scope* de l'Offre de référence, l'IBPT aurait à tout le moins dû tenir compte de cet élément en tant que circonstance atténuante (importante) afin de réduire le montant de l'amende imposée.

- 157. Belgacom a tout mis en œuvre pour que les limitations techniques soient, dans la mesure du possible, levées lors de la révision ultérieure des CPEs et des ISAMs.** Belgacom peine à comprendre pourquoi cette circonstance atténuante pourtant retenue au point 196 du projet de Décision entreprise ne l'est plus dans la Décision entreprise.

⁵⁴⁰ Belgacom se permet de renvoyer pour le surplus aux observations écrites du 3 septembre 2013 qu'elle a formulées au sujet du projet de Décision entreprise (pp. 122 à 124), dans la mesure où ce document sera repris dans le dossier administratif de l'IBPT.

⁵⁴¹ Décision entreprise, point 232.3.

La justification avancée par l'IBPT au point 253.2 de la Décision entreprise ne peut être suivie dès lors que Belgacom n'avait pas besoin d'une plus grande transparence pour déployer le *vectoring* dans son réseau. A titre exemplatif, la Pièce 52 jointe aux observations écrites de Belgacom du 3 septembre 2013 montre que Belgacom a pris en compte les souhaits de l'OLO X en matière de transparence dans le cadre des discussions avec son fournisseur de l'équipement ISAM.

158. **Absence de précédents de la même nature dans le chef de Belgacom / Première véritable controverse après plus de 15 ans d'offre de référence.** Dans sa pratique décisionnelle en matière d'amendes, l'IBPT admet comme circonstance atténuante l'absence de précédents de la même nature dans le chef de l'entreprise incriminée⁵⁴².

Dès lors qu'il s'agit de la première fois qu'une amende est imposée à Belgacom pour une prétendue violation de l'obligation réglementaire de transparence qui lui incombe, Belgacom considère qu'elle peut légitimement bénéficier d'une telle circonstance atténuante en l'espèce.

Dans le même ordre d'idées, l'IBPT admet également comme circonstance atténuante dans sa pratique décisionnelle le fait qu'il s'agisse de la première fois qu'il se penche sur la question ayant mené à l'imposition de l'amende ou qu'il associe une amende à l'infraction constatée⁵⁴³.

Dès lors que, après plus de quinze ans d'offres de référence de toutes sortes, il s'agit véritablement de la première grande controverse qui se pose concernant la rédaction d'une offre de référence et de toutes les spécifications techniques qu'elle doit comporter, Belgacom considère qu'un tel élément devrait pouvoir être raisonnablement retenu en tant que circonstance atténuante.

Pour le surplus, Belgacom ne peut que déplorer la motivation vague et abstraite invoquée par l'IBPT – selon laquelle « *des difficultés [auraient] déjà eu lieu dans le passé concernant la rédaction des offres de références* »⁵⁴⁴ – afin de rejeter une telle circonstance atténuante.

Belgacom invite par conséquent l'IBPT à préciser la teneur de son propos dans ses conclusions à venir et ne peut dès lors, à ce stade, que réserver tous ses droits sur ce point.

159. **Absence de bénéfice tiré de l'infraction et inconvénients en résultant.** Belgacom considère que le fait qu'elle n'ait tiré aucun bénéfice de l'infraction et qu'elle ait même en réalité subi plusieurs inconvénients découlant de ladite infraction alléguée – à savoir notamment par la mobilisation de certaines de ses équipes techniques et de son personnel afin de suivre de près la plainte de l'OLO X et de participer aux différentes réunions bilatérales ou trilatérales qui ont eu lieu dans ce contexte avec l'OLO X et le régulateur –, devrait également être retenu comme circonstance atténuante.

⁵⁴² Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique, point 85 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom, pp. 32-33, disponibles sur www.ibpt.be.

⁵⁴³ Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 112 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 31 janvier 2013 concernant l'imposition d'une amende administrative à Mobistar, point 93 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique, point 85, disponibles sur www.ibpt.be.

⁵⁴⁴ Décision entreprise, point 253.3.

160. **Belgacom a toujours répondu correctement aux demandes de compléments d'informations adressées par l'IBPT.** Enfin, il résulte de la pratique décisionnelle de l'IBPT en matière d'amendes que le fait que l'entreprise incriminée ait « *toujours répondu correctement aux différentes demandes d'information de l'IBPT* » constitue une circonstance atténuante dont il convient de tenir compte⁵⁴⁵.

Dès lors que l'IBPT reconnaît explicitement dans la Décision entreprise que Belgacom a toujours répondu aux demandes de compléments d'informations qui lui ont été adressées⁵⁴⁶, il convient de tenir compte d'une telle circonstance atténuante au bénéfice de Belgacom.

161. **Conclusion.** Il résulte de ce qui précède qu'il existe un grand nombre de circonstances atténuantes – admises pour la plupart dans la pratique décisionnelle constante de l'IBPT – qui justifient que le montant de l'amende imposée à Belgacom soit réduit de manière significative.

Belgacom invite dès lors respectueusement la Cour à réduire, sur la base de son pouvoir de pleine juridiction, le montant de l'amende imposée à Belgacom en prenant en considération ces différentes circonstances atténuantes.

4. L'amende imposée par l'IBPT est discriminatoire

162. **Rappel des principes.** Le principe d'égalité et de non-discrimination constitue un principe général de droit à valeur constitutionnelle qui commande que « *des personnes ou des catégories de personnes qui se trouvent dans la même situation doivent être traitées de la même manière et, inversement, que ceux qui se trouvent dans des situations différentes peuvent faire l'objet d'un traitement différencié* »⁵⁴⁷.

Dans le secteur des communications électroniques, le principe d'égalité et de non-discrimination est repris à l'article 8, § 5, b, de la directive « cadre » qui prévoit que les autorités réglementaires nationales doivent « *veiller à ce que, dans des circonstances similaires, il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques* ».

163. **Traitement discriminatoire.** Belgacom considère que l'amende qui lui a été imposée dans la Décision entreprise pose question au regard du principe d'égalité et de non-discrimination.

Belgacom constate en effet qu'elle a bénéficié en l'espèce d'un traitement nettement plus sévère que celui qui a été réservé dans d'autres décisions d'amendes prononcées par l'IBPT à des opérateurs se trouvant dans une situation suffisamment comparable à celle de Belgacom.

164. **La Décision de l'IBPT du 28 janvier 2014 imposant une amende à Dommel.** A titre exemplatif, une telle différence de traitement discriminatoire peut être observée lorsque l'on compare le traitement réservé en l'espèce à Belgacom à celui dont a bénéficié l'opérateur Dommel dans la Décision de l'IBPT du 28 janvier 2014⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique (disponible sur www.ibpt.be), point 85.

⁵⁴⁶ Décision entreprise, notamment point 26.

⁵⁴⁷ Voir notamment C.E., 24 novembre 2004, n° 137.586.

⁵⁴⁸ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 janvier 2014 relative à l'imposition d'une amende administrative à Schedom Dommel pour le non-respect des articles 108, § 1^{er}, b), 3^{ème} et 5^{ème} partie, 108, § 1^{er}, f),

Alors que l'infraction avait également été qualifiée de grave par l'IBPT et que des circonstances aggravantes étaient retenues, l'IBPT a décidé de réduire le montant de l'amende imposée à Dommel de 10.000 euros à 5.000 euros, sur la base de circonstances atténuantes finalement assez faibles⁵⁴⁹, dont l'une était notamment le fait que Dommel reconnaissait sa faute.

En d'autres termes, pour une infraction qualifiée de grave dans les deux cas, alors que Dommel ne pouvait pas faire état de circonstances atténuantes aussi convaincantes que celles invoquées par Belgacom et que, qui plus est, des circonstances aggravantes étaient retenues à son encontre (ce qui n'est pas le cas en l'espèce pour Belgacom⁵⁵⁰), Dommel a bénéficié d'une réduction de 50 % de l'amende qui lui a été imposée alors que Belgacom ne se voit octroyer qu'une réduction de 10 % du montant de son amende.

Si Belgacom peut certes concevoir que l'IBPT prenne au pied de la lettre le dicton « *une erreur avouée est à moitié pardonnée* », il ne faut cependant pas perdre de vue qu'une telle différence de traitement apparaît tout de même pour le moins discriminatoire. En outre, l'IBPT semble également nier par une telle pratique décisionnelle le droit légitime de toute entreprise de faire valoir pleinement ses droits dans le cadre d'une procédure d'imposition d'amende.

165. La Décision de l'IBPT du 28 juin 2011 imposant une amende à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique. Un deuxième exemple d'une telle différence de traitement discriminatoire peut également être donné en se référant à la Décision de l'IBPT du 28 juin 2011 imposant une amende à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique⁵⁵¹.

Dans cette affaire, alors que l'ASBL en question invoquait des circonstances atténuantes soit du même ordre, soit globalement moins convaincantes que celles invoquées en l'espèce par Belgacom⁵⁵², l'IBPT a toutefois décidé de réduire le montant de l'amende imposée à ladite ASBL de 6.000 euros à 2.000 euros, ce qui correspond à une réduction de 67 %, et qui est manifestement discriminatoire par rapport à la réduction limitée de 10 % que Belgacom s'est vu octroyer dans des conditions pourtant suffisamment comparables.

166. La Décision de l'IBPT du 29 novembre 2011 imposant une amende à Telenet. Un dernier exemple d'une telle différence de traitement discriminatoire peut également être donné en se référant à la Décision de l'IBPT du 29 novembre 2011 imposant une amende administrative à Telenet⁵⁵³.

108, § 2, 110, § 1^{er} et 111/3, §§ 1^{er} et 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, disponible sur www.ibpt.be.

⁵⁴⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 janvier 2014 relative à l'imposition d'une amende administrative à Schedom Dommel, points 86, 87 et 88.

⁵⁵⁰ Décision entreprise, point 251 : « *L'IBPT ne retient pas de circonstance aggravante* ».

⁵⁵¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique pour le non-respect des règles relatives à la répartition des coûts applicables à la banque de données de référence centrale, disponible sur www.ibpt.be.

⁵⁵² Décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 visant à imposer une amende administrative à l'ASBL pour la Portabilité des numéros en Belgique, point 85.

⁵⁵³ Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour non-respect de l'article 108, § 2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, disponible sur www.ibpt.be.

Dans cette espèce, alors que des circonstances aggravantes avaient été retenues à l'encontre de Telenet et que cette dernière invoquait des circonstances atténuantes soit du même ordre soit plus faibles que celles invoquées en l'espèce par Belgacom⁵⁵⁴, l'IBPT a toutefois décidé de réduire l'amende imposée à Telenet de 3,4 millions d'euros à 250.000 euros, ce qui correspond à une réduction de 93 %, et qui est manifestement sans commune mesure par rapport à la réduction limitée de 10 % dont Belgacom a bénéficié dans des circonstances pourtant suffisamment comparables.

Peut-être cela s'explique-t-il par le principe d'équité mentionné dans cette Décision⁵⁵⁵. Si tel est le cas, Belgacom demande de pouvoir également bénéficier en l'espèce d'un tel principe, et ce particulièrement au regard des différences de traitement observées dans la présente section.

167. **Conclusion.** Il résulte de ce qui précède que le traitement qui a été réservé à Belgacom dans la Décision entreprise est manifestement discriminatoire par rapport au traitement dont d'autres opérateurs, placés dans une situation suffisamment comparable, ont bénéficié dans des décisions précédentes de l'IBPT.

Dans un tel contexte, dans l'hypothèse où la Décision entreprise ne serait pas annulée par la Cour sur les points visés par Belgacom, Belgacom invite respectueusement la Cour, dans une optique d'égalité de traitement ou d'équité, à réduire le montant de l'amende imposée à Belgacom sur la base de son pouvoir de pleine juridiction.

G. CONCLUSION

168. **Annulation de la Décision entreprise.** Il a été démontré ci-avant que la Décision entreprise est entachée d'illégalité sur les points visés par les moyens d'annulation de Belgacom.

Ce faisant, Belgacom sollicite respectueusement de la Cour, à titre principal, qu'elle constate l'illégalité de la Décision entreprise sur les points visés par Belgacom et qu'elle prononce par conséquent l'annulation de la Décision à tout le moins sur les points visés par les moyens de Belgacom.

A titre subsidiaire, Belgacom sollicite respectueusement de la Cour qu'elle prononce à tout le moins l'annulation de la Décision entreprise en ce qu'elle impose une amende administrative à Belgacom.

A titre encore plus subsidiaire, Belgacom sollicite que le montant de l'amende soit à tout le moins réduit pour les raisons développées dans la présente requête.

⁵⁵⁴ Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, point 139.

⁵⁵⁵ Décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2011 visant l'imposition d'une amende administrative à Telenet, points 149 à 152.

A CES CAUSES,

La requérante, Belgacom S.A. de droit public, Vous prie respectueusement, Monsieur le Premier Président, Mesdames et Messieurs les Présidents et Conseillers,

- de lui donner acte du recours qu'elle forme par la présente requête, contre la décision intitulée « *Décision du Conseil de l'IBPT du 20 mai 2014 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom pour non-respect, pour l'offre de référence WBA VDSL2, de l'obligation de transparence* » ;
- d'attribuer l'affaire à une Chambre composée de trois conseillers, Belgacom estimant que la présente requête peut être considérée comme relevant des « *compétences exclusives* » reprises sous le code I.1,a ;
- de faire notifier la présente requête à l'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (IBPT), dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 35, Ellipse Building, Bâtiment C, ainsi qu'au Ministre qui a les télécommunications dans ses attributions, dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue des Arts 7 ;


de prendre acte du fait que la requérante notifie également de sa propre initiative, pour autant que de besoin et à toutes fins utiles, la présente requête, par lettre recommandée avec accusé de réception à l'IBPT, ainsi qu'au Ministre qui a les télécommunications dans ses attributions même si cette obligation n'est plus légalement prévue ;

- et, en tenant compte des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, selon lesquelles les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé, faire savoir à la partie précitée qu'elle doit comparaître le 10 septembre 2014 à 09h00, devant la 18^{ème} chambre de la Cour d'appel de Bruxelles, siégeant au lieu habituel de ses audiences (salle 1.D), Palais de justice, Place Poelaert à 1000 Bruxelles ;
- de recevoir le présent recours ;
- de le déclarer fondé ; et en conséquence
 - à titre principal, de constater que la Décision entreprise est entachée d'illégalité sur les points visés par le présent recours, et donc d'annuler la Décision entreprise à tout le moins sur les points visés par le présent recours ;
 - à titre subsidiaire, à tout le moins de réduire le montant de l'amende administrative imposée à Belgacom par la Décision entreprise ; et
 - de condamner l'IBPT aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

Bruxelles, le 25 juillet 2014

Pour la requérante, ses conseils,


Dirk Van Liedekerke
Avocat


Alexis Laes
Avocat


Matthieu van Lierde
Avocat

Joëlle Froidmont, avocat

INVENTAIRE

A ce stade de la procédure, aucune pièce n'est déposée étant donné que les documents auxquels la présente requête renvoie se trouvent en principe dans le dossier administratif que l'IBPT transmettra à la Cour d'appel.