

302

numéro de répertoire 2018/ 1182
date de la prononciation 07/02/2018
numéro de rôle 2016/AR/1312

expédition

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

ne pas présenter à l'inspecteur

USSEN ARREST.

Cour d'appel Bruxelles

Arrêt

Section Cour des marchés

19^{ème} chambre A

présenté le
ne pas enregistrer

PRESENTE LE :
09 -02- 2018
NON ENREGISTRABLE
LE RECEVEUR D'HOOGHEER

- 792+D07
 - A.C.C. FOD ELO
 - A.C.C. i-B-P-T
 A.C.C. Cour de Justice de l'U.E.

1.

La **s.a.r.l. de droit luxembourgeois Skype Communications**, dont le siège social est établi à 2165 LUXEMBOURG, Rives de Clausen 23-29,

partie requérante,

représentée par Maître VALGAEREN Erik (tél. 02/533.51.63, fax: 02/533.56.73, erik.valgaeren@stibbe.com, et Maître EVRARD Carol, avocats à 1000 BRUXELLES, rue de Loxum 25, tél. 02/533.57.42, fax: 02/533.51.15, carol.evrard@stibbe.com;

contre

1.

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

partie adverse,

représentée par Maître DEPRE Sébastien, Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7, tél. 02/626.08.10, fax: 02/626.08.19, philippe.vernet@deprevernet.be;

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête introductive d'instance déposée par la s.a.r.l. de droit luxembourgeois Skype Communications (ci-après « Skype »), le 29 juillet 2016, en annulation de la décision du conseil de l'IBPT du 30 mai 2016 « relative à l'imposition d'une amende

- administrative à Skype Communications sarl pour le non-respect de l'article 9, § 1^{er} de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques » ;
- les conclusions déposées le 19 juin 2017 pour Skype ;
 - les conclusions de synthèse déposées le 15 septembre 2017 pour l'IBPT ;
 - le dossier administratif déposé par l'IBPT et les dossiers déposés par les parties ;
 - les conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017 déposées le 22 décembre 2017 pour Skype ;
 - les conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017 déposées le 3 janvier 2018 pour l'IBPT.

Entendu les conseils des parties à l'audience publique du 15 novembre 2017 et à l'audience publique du 10 janvier 2018 à laquelle la cause a été mise en continuation.

I. RECEVABILITE

1.

Le recours de Skype contre la décision du conseil de l'IBPT du 30 mai 2016 « relative à l'imposition d'une amende administrative à Skype Communications sarl pour le non-respect de l'article 9, § 1^{er} de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques » (ci-après la « Décision ») est fondé sur l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (ci-après « loi IBPT-recours »).

2.

Le recours a été formé par requête déposée au greffe le 29 juillet 2016, endéans le délai légal de 60 jours à partir de la notification de la Décision qui a été faite à Skype le 1^{er} juin 2016 par courrier recommandé.

3.

Le recours est donc recevable. Ceci n'est pas contesté par l'IBPT qui ne conteste, dans ses conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017, que la recevabilité de certains moyens développés par Skype, contestation qui sera examinée dans la discussion.

II. LE CONTEXTE FACTUEL ET LEGAL ET LA DECISION ENTREPRISE

4.

La Décision concerne l'offre par Skype, via le logiciel SkypeOut, d'un service de voix sur IP (*internet protocol* ou protocole internet), considéré par l'IBPT comme service de communications électroniques, ce que Skype conteste, raison pour laquelle elle n'a pas notifié ce service à l'IBPT, ce qui lui a valu l'amende querellée.

5.

Le logiciel « Skype » est un logiciel de communication qui, installé sur un ordinateur ou autre appareil électronique (de type tablette ou smartphone), permet à l'utilisateur de bénéficier d'un service de téléphonie vocale et de téléconférence, d'ordinateur à ordinateur. SkypeOut est une fonctionnalité ajoutée au logiciel Skype de base, qui permet à son utilisateur de passer des appels téléphoniques depuis son ordinateurs vers une ligne fixe ou mobile. Par contre, SkypeOut ne permet pas de recevoir des appels, en tout cas pas des appels d'utilisateurs de numéros belges.¹ Le service SkypeOut est à la disposition des utilisateurs selon deux formules tarifaires, une formule prépayée et divers abonnements donnant droit à une volume déterminé d'appels par mois pour un prix récurrent.

6.

Techniquement, pour que l'utilisateur puisse passer depuis SkypeOut un appel vers un numéro fixe ou mobile, cela implique, outre l'utilisation du logiciel SkypeOut, que :

- l'utilisateur bénéficie d'une connexion à internet qui lui est fournie par son fournisseur d'accès à internet (tiers) ;
- l'intervention de fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le réseau téléphonique public commuté (« RTPC »), avec lesquels Skype a conclu des accords et dont l'intervention est rémunérée par celle-ci.

7.

La période infractionnelle retenue dans la Décision va du 1^{er} octobre 2013 à la date de la Décision (30 mai 2016).

¹ Skype indique qu'une fonctionnalité séparée de Skype – Skype Number – permet de recevoir des appels entrants, mais n'est pas à disposition des utilisateurs de numéros de téléphone belges.

- *Le cadre légal applicable*

8.

Dans le prolongement des premières réglementations intervenues pour ouvrir les marchés et promouvoir la concurrence, le législateur européen a adopté en 2002 un nouveau cadre réglementaire applicable aux services de communications électroniques (ci-après le « NCR »), composé des directives suivantes :

- la directive 2002/21/CE (directive « cadre »)² contient des dispositions horizontales applicables aux autres directives ; les définitions de base, le champ d'application et les grands principes, ainsi que les dispositions générales sur les autorités réglementaires nationales (les « ARN ») ; la directive « cadre » règle également l'octroi des radiofréquences, des numéros et les droits de passage ;
- la directive 2002/20/CE (directive « autorisation »)³ contient le cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, sous réserve du respect des dispositions réglant l'entrée sur les marchés notamment par l'octroi d'autorisations ;
- la directive 2002/19/CE (directive « accès »)⁴ porte sur les relations, sur les marchés de gros, entre les opérateurs, en organisant l'accès aux réseaux et services ;
- la directive 2002/22/CE (directive « service universel »)⁵ règle les relations, sur les marchés de détail, entre les opérateurs et les utilisateurs finals et vise à garantir les intérêts des citoyens européens ;
- la directive 97/66/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.⁶

9.

Le considérant 5 de la directive « cadre » énonce :

² 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. L 108 du 24 avril 2002, p. 33.

³ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, J.O. L 108 du 24 avril 2002, p. 21.

⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion. J.O. L 108 du 24 avril 2002, p. 7.

⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques. J.O. L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

⁶ J.O. L 24 du 30 janvier 1998, p. 1.

«La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire. Ce cadre réglementaire se compose de la présente directive et de quatre directives particulières: la directive (...) « autorisation », la directive (...) « accès », la directive (...) « service universel » et la directive 97/66 (...). Il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Ce cadre ne s'applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l'information, et ne porte donc pas atteinte aux mesures relatives à ces services qui sont arrêtées au niveau communautaire ou national, conformément au droit communautaire, afin de promouvoir la diversité culturelle et linguistique et de garantir la défense du pluralisme des médias. Le contenu des programmes de télévision est couvert par la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle [(JO L 298, p. 23), telle que modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 202, p. 60)]. La séparation entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus ne porte pas atteinte à la prise en compte des liens qui existent entre eux, notamment pour garantir le pluralisme des médias, la diversité culturelle ainsi que la protection du consommateur» (mise en évidence par la cour).

10.

L'article 2, sous a) et c), de la directive « cadre » est libellé comme suit:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) 'réseau de communications électroniques': les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les

autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise;
[...]

c) 'service de communications électroniques': le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications

et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE⁷ qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.»

11.

Le considérant 2 de la directive « autorisation » énonce :

« La convergence entre les différents réseaux et services de communications électroniques et leurs technologies demande la mise en place d'un système d'autorisation couvrant tous les services comparables quelle que soit la technologie utilisée. »

12.

L'article 3.2. de la directive « autorisation » est libellé comme suit :

« La fourniture de réseaux de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques ne peut faire l'objet, sans préjudice des obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, ou des droits d'utilisation visés à l'article 5, que d'une autorisation générale. L'entreprise concernée peut être invitée à soumettre une notification, mais ne peut être tenue d'obtenir une décision expresse ou tout autre acte administratif de l'autorité réglementaire nationale avant d'exercer les droits découlant de l'autorisation. Après notification, s'il y a lieu, une entreprise peut commencer son activité, sous réserve, le cas échéant, des dispositions applicables aux droits d'utilisation visées aux articles 5, 6 et 7. Les entreprises fournissant des services de communications électroniques transfrontaliers à des entreprises installées dans plusieurs États membres ne sont tenues de soumettre qu'une seule notification par État membre concerné ».

13.

Les directives formant le NCR ont été modifiées en 2009 par une directive 2009/140/CE⁸ et une directive 2009/136/CE⁹, mais sans que la définition du « service de communications électroniques » (ou « SCE ») telle que figurant dans la directive « cadre » ne soit modifiée.

⁷ Il faut comprendre : du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204, p. 37), telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998 (JO L 217, p. 18).

⁸ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources

14.

Le NCR a été transposé en droit belge essentiellement dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹⁰ (la « LCE »).¹¹ La LCE est complétée par deux lois du 17 janvier 2003, l'une portant sur l'autorité réglementaire belge, l'IBPT¹², et l'autre la loi IBPT-recours (définie ci-avant). Vu la répartition des compétences entre l'Etat belge et les Communautés en ce qui concerne les aspects de contenu et les techniques de médias audiovisuels, la réglementation européenne a également fait l'objet d'une transposition dans trois décrets régionaux¹³.

15.

L'article 2, 5° de la LCE est libellé comme suit :

«Pour l'application de la présente loi, il faut entendre par :

5° « service de communications électroniques » : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission, en ce compris les opérations de commutation et de routage, de signaux sur des réseaux de communications électroniques, à l'exception (a) des services consistant à fournir un contenu (à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques) ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ce contenu, à l'exception (b) des services de la société de l'information tels que définis à l'article 2 de loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la

associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

⁹ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

¹⁰ M.B., 20 Juin 2005 (2^{ème} éd.)

¹¹ La LCE assure aussi la transposition en droit belge de deux autres directives : (i) la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (« directive vie privée et communications électroniques »), et (ii) la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (« directive concurrence »).

¹² Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, (loi « IBPT-statut »), M.B., 24 janvier 2003 (troisième éd.) Errat., M.B., 4 juin 2003 (deuxième éd.)

¹³ À savoir le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision (M.B., 16 septembre 2009), le décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009 (M.B., 24 juillet 2009) et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques (M.B., 6 septembre 2005).

société de l'information qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques et à l'exception (c) des services de la radiodiffusion y compris la télévision ».

16.

L'article 9 § 1 de la LCE est libellé comme suit¹⁴ :

« Art. 9

§ 1^{er}

La fourniture ou revente en nom propre et pour son propre compte de services ou de réseaux de communications électroniques ne peut débuter, sans préjudice des dispositions de l'article 39, qu'après une notification à l'Institut contenant les éléments suivants:

1°

le nom, l'adresse, le numéro de TVA et de registre de commerce du prestataire ou un numéro d'identification similaire regroupant valablement ces données ;

2°

la personne de contact avec l'Institut ;

3°

une description succincte et précise de son service ou réseau ;

4°

la date à laquelle les activités devraient probablement débuter.

La notification se fait par envoi recommandé ».

- *L'intervention de l'IBPT*

17.

Par lettres des 11 mai et 9 août 2011, l'IBPT invite Skype à lui notifier ses services conformément à l'article 9 § 1 de la LCE, lui joignant le formulaire de notification.

18.

¹⁴ Version en vigueur au 1^{er} octobre 2012, applicable au moment de la période infractionnelle. Le texte a fait l'objet de quelques modifications par la loi du 31 juillet 2017 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques. Suite à cette nouvelle loi, l'article 9, § 1 se lit désormais comme suit :

« § 1^{er}

La fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications électroniques ne peut débuter, sans préjudice des dispositions de l'article 39, qu'après une notification à l'Institut contenant les éléments suivants: (...) » [reste du paragraphe inchangé].

Le 24 août 2011, Skype répond qu'elle n'exerce aucune activité en Belgique et qu'elle ne fournit en tout état de cause aucun SCE tel que défini à la directive cadre, car elle ne transporte elle-même aucun signaux. Elle y donne un mot d'explication technique sur le logiciel Skype et sa fonctionnalité additionnelle SkypeOut, concernant laquelle elle dit faire appel à des opérateurs internationaux qui acheminent eux-mêmes les signaux.

19.

Le 14 août 2013, l'IBPT écrit à Skype qu'il considère que celui-ci ne respecte pas l'obligation de notification en ce qui concerne le service SkypeOut et que :

« Ce service fait bel et bien partie du service de Communications électroniques au sens de l'article 2, 5° LCE. Il est en effet fait usage du plan de numérotation, qui établit que ce service est plus qu'une application web et ne relève donc pas de l'exception de contenu telle que mentionnée dans la définition d'un service de Communications électroniques. D'autre part, le fait que Skype même n'opère prétendument aucun équipement ou service assurant le transfert de signaux sur des réseaux de Communications électroniques, n'empêche en rien qu'il soit effectivement en mesure d'offrir de tels services, ce qu'il fait d'ailleurs en réalité.

Le fait que Skype fasse appel à des opérateurs internationaux actifs sur le marché international

d'acheminement de Communications sur les réseaux téléphoniques n'y change rien.

Il s'agit en outre d'un service offert en Belgique, de sorte qu'une notification est obligatoire en Belgique. En effet, avec son service SkypeOut, Skype vise également les utilisateurs résidant sur le territoire belge. Le fait que ce service s'adresse en outre aussi aux utilisateurs non localisés en Belgique ne change rien à ce constat ».

20.

Le 13 décembre 2013, Skype conteste la position de l'IBPT :

“Laissez nous exprimer notre surprise considérable. Skype ne s'est pas vue allouer ou sous-allouer de numéros depuis le plan belge de numérotation. Le fait que les communications se terminent (via des opérateurs tiers dûment autorisés pour les communications électroniques) en des numéros qui font partie du plan belge de numérotation ne peut pas raisonnablement être considéré ou compris comme déclenchant le statut de SCE au sens de la LCE. En fait, rien dans la LCE ni dans ses mesures d'exécutions ne permettent de défendre une telle interprétation.

De surcroît, si l'IBPT devait interpréter la LCE de cette manière, cela impliquerait que chaque opérateur télécom dans le monde, chaque revendeur dans le monde et peut-être d'autres activités dans le monde, constituerait un SCE en Belgique et serait sujet au régime de

notification de SCE, même s'il a recours à un opérateur tiers dûment autorisé pour les communications électroniques pour terminer les appels à des numéros du plan belge de numérotation.

*Le fait pour l'IBPT d'adopter une telle position serait de nature à avoir des répercussions mondiales et irait à l'encontre des traités conclus par la Belgique ».*¹⁵

21.

Le 5 février 2014, l'IBPT, se référant aux articles 14, § 2, 2° et 21 de la LCE, demande communication à Skype de son chiffre d'affaire réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent, concernant les communications électroniques en Belgique. Le 12 mars 2014, Skype se rend à une réunion avec l'IBPT. Le 18 mars 2014, Skype répond à la demande de l'IBPT que, dès lors qu'elle n'offre pas de communications électroniques en Belgique, son chiffre d'affaire concernant une telle activité est nul. Une seconde réunion a lieu entre les parties le 1^{er} juillet 2014.

22.

Le 28 juillet 2014, l'IBPT réitère sa demande antérieure de communication du chiffre d'affaires. Le 12 août 2014, à la demande de l'IBPT, Skype lui fournit son exposé technique sur le fonctionnement du service SkypeOut. Le 24 août 2014, Skype indique à l'IBPT qu'elle refuse de lui communiquer le chiffre d'affaires de SkypeOut en Belgique, vu que, selon elle, il n'est pas démontré que ce service soit un SCE.

¹⁵ La Cour traduit depuis le texte original en anglais: *"Please allow us to express our considerable surprise in this regard. Skype has not been allocated or sub-allocated numbers from the Belgian numbering plan. The fact that communications terminate (via third-party duly authorised electronic communications network operators) to numbers which are part of the Belgian numbering plan cannot reasonably be considered or construed as a trigger for ECS status in accordance with the Belgian LCE. In fact, nothing in the Belgian LCE or in its implementing measures provides support for such an interpretation.*

Moreover, if the BIPT were to interpret the Belgian LCE in this manner, it would imply that every telecommunications operator world-wide, every reseller world-wide, and perhaps other activities world-wide would constitute ECS in Belgium and would be subject to the Belgian notification regime for ECS, even if it relies on a third-party duly authorised electronic communications network operator to terminate calls to numbers of the Belgian numbering plan.

The BIPT taking such a stance would likely have world-wide repercussions and would run counter to Treaties entered into by Belgium".

- *La Décision*

23.

Le 23 décembre 2014, l'IBPT communique à Skype ses griefs concernant le non-respect de l'article 9, § 1er de la LCE et les mesures envisagées à cet égard (ci-après la « Communication du 23 décembre 2014 »).

24.

Skype communique ses commentaires à l'IBPT le 29 janvier 2015 et comparait lors de la séance d'audition du 12 février 2015. Skype transmet le 26 février 2015 des informations additionnelles sur certains sujets.

25.

Le 5 mai 2015, l'IBPT s'enquiert auprès du SPF Finance du chiffre d'affaires déclaré par Skype dans le cadre de ses obligations relatives à la TVA. Le 8 décembre 2015, le SPF Finances répond.

26.

Le 1^{er} février 2016, l'IBPT envoie son projet de décision à Skype. Skype communique ses commentaires à l'IBPT le 23 février 2016 et comparait lors de la séance d'audition du 7 mars 2016. Le 27 février 2016 l'IBPT publie la « Communication du Conseil de l'IBPT (...) concernant l'obligation de notification à l'IBPT en tant qu'opérateur, faisant suite à une consultation publique ayant été organisée du 23 mai 2014 au 25 juin 2014 compris. Le 21 mars 2016, Skype écrit à l'IBPT au sujet du Rapport 2016 de l'ORECE.

27.

Le 1^{er} juin 2016, l'IBPT communique à Skype la Décision. Le conseil de l'IBPT y décide en conclusion :

« Vu l'article 9, § 1er, de la LCE et l'article 21 de la loi-statut, après avoir dûment entendu Skype par écrit et oralement, l'IBPT :

- constate le non-respect par Skype de l'article 9, § 1er, de la LCE pour avoir fourni un service de communications électroniques sans l'avoir notifié à l'IBPT ;*
- ordonne à Skype de mettre fin à l'infraction dans un délai de 1 mois maximum ;*
- impose à Skype une amende de 223 454 euros pour ce qui est de l'infraction à l'article 9, § 1er, de la LCE. L'amende est reversée au Trésor public ;*
- ordonne le paiement par Skype de ce montant dans les 60 jours de la réception de la présente décision par virement (...) ».*

- Notification par Microsoft Ireland Operations d'un service PSTN Calling à l'IBPT

28.

Le 9 octobre 2017, la société de droit irlandais Microsoft Ireland Operations (ci-après « MIOL »), qui fait partie, tout comme Skype, du groupe de sociétés Microsoft, a notifié à l'IBPT un service « PSTN Calling » dans le cadre de l'article 9 de la LCE.

Il s'agit d'un service qui, comme SkypeOut, permet de placer des appels à partir d'un ordinateur et d'une connexion internet vers des numéros du RGPT. Selon Skype, le service PSTN Calling présente cependant des différences techniques importantes avec SkypeOut¹⁶, ce qui explique la décision du groupe Microsoft de notifier ce service comme SCE, sans que cette décision ne soit en contradiction avec la décision de Skype de considérer que SkypeOut n'est pas un SCE.

L'invocation par l'IBPT de la notification du service PSTN Calling a conduit la cour, à l'audience du 15 novembre 2017, à mettre la cause en continuation pour permettre aux parties de s'exprimer à ce sujet et d'en tirer les conséquences juridiques éventuelles quant au présent recours.

III. L'OBJET DU RECOURS DE SKYPE

29.

Skype demande à la cour dans ses conclusions de synthèse de :

« A titre principal :

- *Annuler la Décision Attaquée et plus précisément :*
 - i) *Le constat de la violation par Skype de l'article 9, § 1 de la LCE et l'ordre de mettre fin à cette violation en notifiant SkypeOut comme service de communications électronique ;*
 - ii) *L'ordre de payer l'amende administrative de 223.454 euros ;*
- *Dire pour droit que SkypeOut n'est pas un service de communications électroniques et que Skype n'est partant, pas un fournisseur de services de communications électroniques sujet à l'obligation de notification.*

¹⁶ Notamment: il s'agit d'un service bi-directinnet (permettant également de recevoir des appels), chaque utilisateur du PSTN Calling se voit attribuer un numéro de téléphone, la transmission du message est opérée via le cloud de Microsoft et une connexion gérée entre Microsoft et Colt, son partenaire pour ce service, ce qui permet à MIOL de contrôler techniquement la transmission.

À titre subsidiaire, poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne les questions préjudicielles suivantes :

- *Le concept de « service de communications électroniques » figurant à l'article 2, c) de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la Directive Cadre) doit-il être interprété de telle sorte que la fourniture d'un logiciel informatique qui requiert une transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, qui sont eux-mêmes complètement fournis et réalisés par des tiers, constitue un service qui « consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux »?*
- *Le concept de « transmission de signaux » figurant dans la définition d'un « service de communications électroniques » à l'article 2 c) de la Directive Cadre, doit-il être interprété de telle sorte que la fourniture d'un logiciel informatique, qui est un composant permettant de faciliter les communications avec des adresses sur un plan de numérotation constitue une « transmission de signaux » ?*
- *Le concept de « fourniture de services de communications électroniques » consacré à l'article 3.2 de la Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (la « Directive autorisation »), peut-il être entendu de sorte à inclure également le fait de faciliter l'accès ou l'usage d'un service de communications électroniques qui est entièrement fourni par un tiers ?*
- *Dans l'hypothèse où il devait être répondu positivement à la troisième question, le concept de « revente » peut-il, aux fins de conclure si une entité se place dans l'activité de revente, être interprété extensivement de sorte à inclure également l'intégralité d'une offre complexe facilitant l'utilisation d'une partie d'un service de transmission d'un tiers, en tant qu'élément mineur de l'offre complexe plus large, plutôt que le concept de « revente » limité à une simple nouvelle offre « telle quelle » de bout-en-bout de l'offre complète du service de ce tiers ?*

À titre plus subsidiaire, d'annuler l'ordre de payer l'amende administrative de 223.454 euros ou à tout le moins en diminuer le montant ;

Condamner l'IBPT aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure, liquidée au montant de 1.440 euros conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007. »

Elle invoque et développe, outre un moyen d'annulation relatif à la violation du principe de prudence dans la prise de décision par l'IBPT¹⁷, quatre « moyens » principaux d'annulation de la Décision¹⁸, qui appuient sa position selon laquelle elle ne devait pas notifier le service SkypeOut à l'IBPT :

- Premier « moyen » : le logiciel Skype (avec sa fonctionnalité SkypeOut) n'est pas un SCE ;
 - o première branche : SkypeOut ne consiste pas en la transmission de signaux (c'est le fournisseur d'accès à internet et non Skype qui fournit le service de transmission des signaux)
 - o deuxième branche : SkypeOut ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux (à titre subsidiaire) ;
 - o troisième branche : Skype n'est pas responsable de la transmission de signaux ;
 - o quatrième branche : Skype s'exonère de toute responsabilité pour la transmission de signaux ;
- Deuxième « moyen » : le logiciel Skype et SkypeOut sont un service « société de l'information » (« SSI ») dès lors pour cette raison exclu du champs d'application du SCE ;
- Troisième « moyen » : Skype ne revend pas de SCE ;
 - o première branche : l'inclusion de la revente dans la LCE ne se conforme pas à la Directive Autorisation ;
 - o seconde branche : Skype ne pratique pas de revente ;
- Quatrième « moyen » : Skype ne fournit ni ne revend de SCE en Belgique.

31.

A titre subsidiaire, elle invoque et développe trois moyens pour soutenir l'illégalité de l'amende qui lui a été infligée :

- Premier moyen : l'IBPT n'était pas compétent pour imposer une amende à Skype (car au moment où l'amende a été prononcée, il n'avait pas encore été déterminé si SkypeOut est un SCE, ce qui ne pourra se faire qu'au terme de la présente procédure) ;
- Deuxième moyen : absence de justification pour imposer une amende (violation de l'obligation de motivation du choix d'imposer une amende, parmi d'autres sanctions possibles) ;
- Troisième moyen : le calcul de l'amende est disproportionné (la motivation pour justifier le montant élevé de l'amende est « répétitive, inexacte et hautement subjective »)

¹⁷ Cfr ci-après.

¹⁸ Cfr ci-après.

32.

Dans ses conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017, Skype demande :

- d'écarter des débats les nouveaux moyens en défense 16 et 17 de l'IBPT pour violation de l'article 748 § 2 du Code judiciaire ;
- d'écarter des débats le nouveau moyen en défense 17 de l'IBPT pour violation de l'objet limité de la réouverture des débats
- à titre subsidiaire, de « reconnaître le non fondé et le défaut de pertinence de la qualification du PSTN Calling comme SCE pour la présente affaire ».

Elle expose les moyens suivants :

- « *Moyen additionnel en réplique 1 – écartement d'office des débats des moyens 16 et 17 pour violation de l'article 748 § 2 du code judiciaire ;*
- *Moyen additionnel en réplique 2: écartement d'office du moyen 17 pour non-respect objet restreint de la mise en continuation des débats ;*
- *Moyen additionnel en réplique 3 au moyen en défense 16 de la partie intimée : les moyens d'annulation formulés à l'encontre de la décision attaquée sont recevables*
- *Moyen additionnel en réplique 4 en réponse au moyen en défense 17 de la partie intimée : le fait que le PSTN calling soit qualifiable de SCE n'est pas pertinent dans la conclusion que SkypeOut ne rentre pas dans les conditions légales de la définition de SCE.*

33.

L'IBPT demande à la Cour¹⁹ de :

« Déclarer irrecevables, et pour le surplus, non fondés les moyens d'annulation formulés par Skype et, en conséquence, rejeter la demande d'annulation de Skype ;

A titre subsidiaire, poser la question suivante à la Cour de justice de l'Union européenne : La définition du service de communications électroniques, édictée à l'article 2, c) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle qu'amendée, doit-elle être comprise en ce sens qu'un service de voix sur IP terminé sur un réseau téléphonique public commuté vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation (sous la forme E.164) doit être qualifié de service de communications électroniques, nonobstant le fait que le service d'accès à Internet par le biais duquel un utilisateur accède audit service de voix sur IP constitue déjà lui-même un service de communications électroniques ?

¹⁹ Cfr le dispositif adapté dans ses conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017.

Condamner la requérante aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure calculée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et estimée à 1.440 euros ».

Il considère que le constat d'infraction posé dans la Décision n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation et que l'imposition d'une amende au montant fixé dans la Décision était justifiée par les circonstances de l'espèce.

34.

Il développe dans ses conclusions de synthèse onze moyens à l'appui de sa position, qu'il résume comme suit :

- Moyen 1 : *l'IBPT est compétent pour appliquer la loi et l'interpréter en premier lieu, de sorte qu'en qualifiant SkypeOut de service de communications électroniques, l'IBPT est resté dans les limites des compétences que la loi lui a confiées et du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu ;*
- Moyen 2 : *SkypeOut consiste en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques et Skype joue un rôle actif dans la mise en œuvre des fonctions de transport, d'adressage et de facturation liées à cette transmission, de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que cette caractéristique du service de communications électroniques était bien présente dans les circonstances de l'espèce ;*
- Moyen 3 : *Skype est responsable de la transmission des appels SkypeOut vis-à-vis des utilisateurs de ce service de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que Skype elle-même fournit un service qui consiste principalement en la transmission de signaux ;*
- Moyen 4 : *SkypeOut est un service fourni contre rémunération, de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que cette caractéristique d'un service de communications électroniques était bien présente dans les circonstances de l'espèce ;*
- Moyen 5 : *SkypeOut est fourni en Belgique, de sorte que l'IBPT est resté dans les limites de ses compétences territoriales en qualifiant le service fourni en Belgique de services de communications électroniques au sens de la LCE ;*
- Moyen 6 : *SkypeOut n'émerge à aucune des catégories d'exception prévues par la LCE, de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en qualifiant ce service de service de communications électroniques ;*

- Moyen 7 : l'effet disruptif induit par l'absence de notification existe per se de sorte que l'IBPT n'avait pas à démontrer in concreto en quoi l'absence de notification du service SkypeOut porterait atteinte à l'objectif d'une concurrence loyale ;
- Moyen 8 : l'IBPT n'a jamais exprimé de doutes quant à la qualification de SkypeOut comme service de communications électroniques, de sorte qu'il était parfaitement habilité à constater une infraction dans les circonstances de l'espèce ;
- Moyen 10 : SkypeOut est considéré comme un service de communications électroniques dans de nombreux Etats membres, de sorte qu'une erreur de droit ou un erreur manifeste d'appréciation de la part de l'IBPT n'apparaissent pas vraisemblable en l'espèce ;
- Moyen 11 – à titre subsidiaire : si la Cour devait s'interroger sur la qualification d'un service comme SkypeOut comme service de communications électroniques au sens de l'article 2, c, de la directive « cadre », il serait nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur la portée de cette définition, dès lors qu'il s'agit d'une notion autonome de droit européen à interpréter de façon uniforme.

35.

Il développe ensuite quatre moyens additionnels (moyens 12 à 15) pour justifier l'amende prononcée, en réponse aux moyens spécifiques de Skype à ce sujet :

- « Moyen 12 : L'IBPT est compétent pour imposer une sanction ;
- Moyen 13 : L'approche séquencée avancée par Skype est contraire à la séparation des pouvoirs et la demande que Skype formule en ce sens doit être déclarée irrecevable ;
- Moyen 14 : L'imposition d'une amende comme sanction relève de la marge d'appréciation de l'IBPT ;
- Moyen 15 : Le montant de l'amende est approprié. »

36.

Dans ses conclusions additionnelles à la suite de l'audience du 15 novembre 2017, l'IBPT ajoute trois moyens nouveaux :

- « Moyen 16 : les moyens d'annulation formulés à l'encontre du constat d'infraction sont irrecevables par défaut d'intérêt, depuis la notification du service PSTN Calling comme service de communications électroniques et en raison de l'aveu qu'elle contient ;
- Moyen 17 : à titre subsidiaire, la notification du service PSTN Calling comme service de communications électroniques doit nécessairement conduire au rejet des premier et quatrième moyens de la requérante et, partant, de sa demande d'annulation quant au constat d'infraction ;

- *Moyen 18 : l'écartement d'office, invoqué par Skype, des conclusions additionnelles de l'IBPT n'est pas susceptible d'être accueilli par la Cour ».*

III. DISCUSSION

III.1. A titre préliminaire : quant à la demande de Skype d'écarter les moyens de défense additionnels 16 et 17 de l'IBPT et quant au grief d'irrecevabilité de certains moyens de Skype évoqué dans le moyen additionnel 16 de l'IBPT

37.

Dès lors que la cour a mis la cause en continuation pour permettre aux parties de débattre des conséquences juridiques éventuelles de la notification effectuée par MIOL le 9 octobre 2017, Skype ne peut remettre en cause cette décision en invoquant une irrecevabilité tirée de la violation de l'article 748 § 2 du Code judiciaire.

Par ailleurs, le moyen 17 de l'IBPT reste dans le cadre de l'objet de la mise en continuation des débats.

La demande d'écartement des moyens de défense additionnels 16 et 17 est dès lors rejetée.

38.

L'IBPT soutient que, suite à la notification par MIOL du service PSTN Calling, le 9 octobre 2017, Skype aurait perdu son intérêt à critiquer le constat d'infraction fait dans la Décision.

Cependant, outre que cette notification a été faite par une entité juridique distincte de Skype, PSTN Calling est aussi un autre service que SkypeOut, sans qu'il soit besoin d'entrer ici dans l'examen des correspondances ou différences techniques entre les deux.

La notification du 9 octobre 2017 visant PSTN Calling ne peut dès lors être constitutive, dans le chef de Skype, d'un aveu quant à la qualification juridique de SkypeOut comme SCE, outre qu'un aveu ne peut en tout état de cause pas porter sur des points de droit (jurisprudence constante de la Cour de cassation, notamment Cass. (1^e ch.) RG C.95.0127.N, 7 février 1997, Pas. 1997, I, 192.- P. Van Ommeslaghe, Les obligations, Bruylant, 2013, volume 3, n° 1804)

Il ne peut dès lors être déduit de la notification effectuée par MIOL le 9 octobre 2017 concernant le PSTN Calling que Skype aurait perdu son intérêt aux moyens qu'elle invoque pour contester l'infraction mise à sa charge pour défaut de notification du service SkypeOut.

III.2. Moyen d'annulation invoquant la violation du principe de prudence dans la prise de décision par l'IBPT

39.

En vertu de l'article 2 § 2 de la Loi IBPT-recours, tel qu'en vigueur le jour du dépôt de la requête de Skype, le recours formé contre une décision de l'IBPT doit être formé par une requête qui contient, à peine de nullité :

« (...) »

5° l'exposé complet des moyens, sans préjudice de l'article 748 du Code judiciaire, aucun nouveau moyen ne pourra être développé par le requérant pendant la mise en état de la cause, à l'exception des moyens d'ordre public qui peuvent être soulevés à tout moment de la procédure, jusqu'à clôture des débats, par la cour d'appel et par les parties ; (...) » (mise en évidence ajoutée).

40.

Par ailleurs, Conformément à l'article 744, 3° du Code judiciaire (introduit par l'article 12 de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (M.B., 22 octobre 2015 (première éd.)) (loi dite « Pot-Pourri I ») : « *Les conclusions contiennent également, successivement et expressément: (...) 3° les moyens invoqués à l'appui de la demande ou de la défense, le cas échéant en numérotant les différents moyens et en indiquant leur caractère principal ou subsidiaire* » (mise en évidence ajoutée).

L'article 780 du Code judiciaire dispose que :

« *Le jugement contient, à peine de nullité, outre les motifs et le dispositif:*

3° l'objet de la demande et la réponse aux moyens des parties exposés conformément à l'article 744, alinéa 1^{er} ; (...) » (mise en évidence ajoutée).

L'article 748 bis du Code judiciaire prévoit que :

« *Sauf dans les cas où des conclusions peuvent être prises en-dehors des délais visés à l'article 747, les dernières conclusions d'une partie prennent la forme de conclusions de synthèse. Pour l'application de l'article 780, alinéa 1^{er}, 3°, les conclusions de synthèse remplacent toutes les conclusions antérieures et, le cas échéant, l'acte introductif d'instance de la partie qui dépose les conclusions de synthèse.* »

41.

Il découle de la combinaison de ces dispositions que le juge n'est tenu, au regard de son obligation de motivation, que de répondre aux moyens présentés dans les dernières conclusions d'une partie sous la forme de conclusions de synthèse (sauf conclusions pouvant être prises en dehors des délais) et, parmi ces moyens, uniquement ceux qui sont présentés selon les formes prévues à l'article 744, 3° du Code judiciaire, ce qui implique notamment une exigence de numérotation dès qu'il y a plus d'un moyen. Cet allègement de la tâche du juge a été voulue dans une optique de rationalisation des ressources de la justice. La mesure réalise un juste équilibre entre la protection des droits de la défense du justiciable et les intérêts du service public à ce que le procès soit suffisamment cadré, et la tâche du juge

facilité, pour éviter des lenteurs inutiles. Il en va particulièrement ainsi lorsque le justiciable est représenté par des conseils.

42.

Skype a formé dans sa requête un moyen d'annulation fondé sur la violation du principe de prudence et du devoir de minutie par l'IBPT. Ce moyen est dans une certaine mesure repris dans ses dernières conclusions²⁰, mais sans être clairement identifié ni numéroté (à la différence des autres qui le sont), dans une forme qui ne satisfait pas au prescrit de l'article 744, 3° du Code judiciaire, avec pour conséquence que la cour n'a pas l'obligation d'y répondre.

43.

Pour autant que de besoin, la cour constate que Skype n'établit pas que l'IBPT n'aurait pas examiné minutieusement les faits et le droit applicable avant de prendre la Décision. Ainsi, notamment, la Décision a été prise après que Skype ait été entendue et ai pu faire valoir sa position, en particulier quant à son analyse juridique du service rendu au vu de la technologie utilisée. Par ailleurs, L'IBPT motive dans la Décision les raisons pour lesquelles elle retient le constat de violation de l'obligation de notification (violation de l'article 9, § 1 de la LCE) et les raisons pour lesquelles elle inflige l'amende retenue. Skype s'est aussi vue communiquer le projet de la Décision, et a pu faire valoir ses observations.

44.

Le fait que l'IBPT décide dans une même décision de constater la violation de l'obligation de notification (violation de l'article 9, § 1 de la LCE) et de prononcer une amende du chef de cette violation envers Skype ne constitue pas non plus un manquement au principe de prudence et de minutie.

45.

Aucune violation du principe de prudence et du devoir de minutie n'est dès lors établie.

III.3. Examen des quatre « moyens » d'annulation de Skype liés à l'application ou non à Skype de l'obligation de notification prévue à l'article 9, § 1 LCE pour le service SkypeOut

46.

²⁰ Cfr les développements le point 3.6.2., p. 53 et s., sous un sous-titre intitulé « 3. BIPT s'appuie sur des critères et théories inexacts et dénués de tout fondement juridique ».

La Cour aura égard ici aux quatre premiers « moyens »²¹ d'annulation tel qu'identifiés dans les conclusions de Skype. Les quatre premier moyens remettent tous en cause la légalité du constat d'infraction à l'article 9, § 1 LCE opéré par l'IBPT, et seront examinés ensemble.

III.3.1. Position des parties

A. Position de Skype

47.

Skype soutient que l'obligation de notification prévue à l'article 9 § 1 LCE ne lui était pas applicable, parce que le service SkypeOut à la disposition des utilisateurs n'implique pas dans son chef qu'elle fournirait un SCE en Belgique au sens de la LCE.

48.

Skype estime dans un « premier moyen » que le logiciel SkypeOut n'implique pas la fourniture d'un SCE.

49.

Skype estime que le logiciel SkypeOut n'implique pas la fourniture d'un SCE parce que l'utilisation du logiciel pour passer des appels vocaux implique, à côté de l'utilisation du logiciel :

- l'intervention du fournisseur d'accès à internet de l'utilisateur appelant ; c'est ce fournisseur d'accès à internet qui fournit les services de transmission et qui contrôle, en dernière instance, si l'utilisateur aura, ou non, accès aux fonctionnalités de Skype ; et
- l'intervention des fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le réseau téléphonique public commuté (« RTPC ») ; ce sont ces fournisseurs qui extraient les signaux d'internet et exécutent toutes les opérations et transmissions de signaux nécessaires pour assurer l'injonction du trafic depuis le réseau internet public (auquel l'utilisateur de Skype est connecté) sur le RTPC ;

Partant, SkypeOut ne consiste pas en la transmission de signaux. Skype ne transmet aucun signal vu qu'elle n'a aucun contrôle sur la commutation et la transmission. Il en va différemment dans le cas du service PSTN opéré par MIOL, en raison de différences techniques.

50.

Même dans l'hypothèse où il devrait être admis que SkypeOut consiste en la transmission de signaux — *quod non* — cela ne suffit pas à qualifier SkypeOut de service de communications

²¹ Cecl indépendamment de la question de savoir si les quatre premiers « moyens » invoqués par Skype ne constituent pas en réalité un seul moyen (violation de l'article 9, § 1 de la LCE), divisé en quatre branches.

électroniques. La définition d'un SCE énonce qu'il doit s'agir d'un service qui consiste « *entièrement ou principalement* » en la transmission de signaux.

Or, SkypeOut ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux. Si SkypeOut implique la transmission de signaux, il s'agit tout au plus d'un effet secondaire, car SkypeOut n'est qu'une fonctionnalité accessoire du logiciel principal « Skype ».

51.

En outre, Skype ne peut être considérée comme fournissant un SCE via SkypeOut car elle n'assume pas la responsabilité de la transmission des signaux. Or, il s'agit d'un élément essentiel de la définition d'un SCE, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans le cas de SkypeOut, Skype n'offre pas à ses utilisateurs une transmission de bout en bout (« end to end »), car les utilisateurs de Skype doivent obtenir leur propre service de transmission internet auprès d'un fournisseur tiers (fournisseur d'accès internet, ou « FAI »), et Skype ne contrôle pas le réseau de transmission. Skype n'exerce aucun contrôle sur les signaux. Seuls le FAI et les opérateurs de réseaux de télécommunications impliqués exercent un tel contrôle. Skype ne transmet pas l'appel à l'utilisateur final, ce sont les opérateurs télécoms qui le font.

Skype n'assume aucune responsabilité pour la gestion ou l'utilisation des passerelles vers les réseaux téléphoniques publics (et elle le fait clairement savoir à ses utilisateurs). Skype en outre ne transporte aucun appel sur ces réseaux ni ne termine ces appels sur des lignes fixes ou mobiles ; ces tâches sont en effet exécutées par des tiers.

52.

Le service fourni via SkypeOut est un service « OTT » (de l'anglais « Over-the-top » ; en français « HOFAI », « hors offre du fournisseur d'accès à Internet »)²², à savoir un service qui est disponible sur internet sans la participation d'un opérateur de communications traditionnel, et un tel service ne correspond pas à la définition d'un SCE.

L'ORECE a reconnu l'inadéquation de la définition classique concernant les OTT, dans son « Rapport sur les Services OTT » de janvier 2016²³. Ainsi, L'ORECE reconnaît que : *« Puisqu'il n'est pas clair dans quelle mesure la définition actuelle de SCE couvre certains types de services OTT, différentes conclusions peuvent être tirées quant à la qualification de certains services OTT en tant que SCE. C'est par exemple le cas pour les services vocaux OTT qui*

²² Note de la Cour : interpellés à l'audience du 15 novembre 2017, les conseils des parties ont indiqué ne pas vouloir traduire ce terme, utilisé en anglais dans le milieu des communications électroniques. Dans ses conclusions additionnelles après audience du 15 novembre 2017, l'IBPT propose comme traduction « HOFAI » (« hors offre du fournisseur d'accès à internet ») ; à l'audience du 10 janvier 2018, le conseil de Skype a indiqué que sa cliente se ralliait à cette traduction.

²³ http://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services

offrent la possibilité de passer des appels entrants ou sortants vers le service téléphonique accessible au public."²⁴

53.

Le législateur européen prépare d'ailleurs actuellement la révision du cadre réglementaire sur les télécommunications. A l'issue de cette révision, les quatre directives existantes seront consolidées en une directive unique établissant le Code des communications électroniques européen (« CCEE »)²⁵. L'article 2 de la proposition législative envisage la modification de la définition de SCE afin d'inclure une nouvelle sous-catégorie de SCE, les « services de communications interpersonnelles », définie comme suit : « *un service normalement fourni contre rémunération qui permet l'échange interpersonnel et interactif direct d'informations via des réseaux de communications électroniques entre un nombre fini de personnes, dans lequel les personnes qui amorcent la communication ou y participent en déterminent le(s) destinataire(s) ; il ne comprend pas les services qui rendent possible une communication interpersonnelle et interactive uniquement en tant que fonction mineure accessoire intrinsèquement liée à un autre service.* ».²⁶ Le fait que le législateur entende créer cette nouvelle sous-catégorie démontre que la définition actuelle n'englobe pas les applications et services offerts via internet.

54.

Dès lors que Skype ne contrôle pas la transmission – qui se fait via le FAI et les opérateurs télécoms – elle n'assume aucune responsabilité concernant la transmission envers les utilisateurs, ce qui est reflété dans les conditions contractuelles applicables²⁷.

55.

Skype soutient comme « deuxième moyen » que le logiciel « Skype » et sa fonctionnalité Skypeout sont un « service de la société de l'information » (« SSI »), ce qui fait exception à la définition de SCE.

Un SSI est défini comme « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* » à l'article 1.1.b) de la Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, ainsi qu'à l'article 1.18 du Code de droit économique. L'article 1.1.b) de ladite directive définit également la manière dont il convient de comprendre les différents éléments de la définition : 'à distance', 'par voie électronique' et 'à la demande individuelle d'un destinataire de service'.

²⁴ Rapport ORECE, p. 3.

²⁵ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant un code des communications électroniques européen. COM(2016)590 final; 2016/0288 (COD).

²⁶ Article 2.5 du CCEE.

²⁷ Au départ les "Conditions d'utilisation" de Skype (pièce 23 de Skype), ensuite le "Contract de services Microsoft" (pièce 24 du dossier de Skype).

Si SkypeOut doit être considéré comme un service, c'est comme un SSI et non comme un SCE. Il en remplit les différentes conditions.

56.

En outre, SkypeOut n'est pas *per se* un service distinct ; il n'est qu'une fonctionnalité additionnelle du produit Skype de base. Dans l'hypothèse où les utilisateurs belges de Skype viendraient à être empêchés de télécharger ou d'utiliser l'application Skype, ils ne pourraient pas davantage utiliser SkypeOut. SkypeOut est une fonctionnalité additionnelle de Skype et ne peut être utilisée de manière autonome. Dès lors qu'il est indiscutable que le produit Skype de base doit être qualifié de SSI (l'IBPT l'admet), SkypeOut doit aussi être qualifié de SSI.

57.

Skype soutient dans son « troisième moyen » que Skype ne peut pas être considéré comme fournisseur d'un SCE en ce qu'elle revendrait un SCE, car ce n'est pas ce qu'elle fait. Dans la Décision, l'IBPT soutient que, même si Skype n'assure pas elle-même la transmission de signaux, elle revend un service qui le fait, ce qui implique qu'elle propose aussi le service et est ainsi soumise à l'obligation de notification. Skype le conteste et considère qu'en ce que l'article 9 § 1 LCE (dans sa version en vigueur à l'époque) se réfère à la revente d'un SCE, le législateur a été au-delà de ce qui était prévu par le cadre réglementaire européen.

58.

L'obligation de notification prévue dans la directive autorisation ne concerne que la 'fourniture' d'un service de communications électroniques et n'inclut aucunement la notion de *revente*. L'ajout de la "revente" à l'article 9 par. 1 de la LCE étend le champ d'application de la loi belge au-delà du champ d'application prévu par la directive (extension qu'aucun autre Etat membre n'a faite dans sa transposition).

L'application extensive de la notion adoptée par l'IBPT dans la Décision n'est pas conforme à la directive autorisation. Il est cependant possible d'adopter une interprétation plus limitée de cette notion additionnelle non définie de "revente". Les travaux préparatoires de la LCE ne définissent pas non plus le concept mais explicitent que "*les revendeurs ne fournissent pas de service ou réseau de communication propre mais revendent le service d'un opérateur à des utilisateurs finals*".²⁸ Cette explication suggère que le concept de revente dans le contexte de l'obligation de notification est limité à une vente directe "end-to-end" (de bout en bout) du service "as is" (tel qu'il est) de l'opérateur gestionnaire de l'infrastructure, - telle qu'une revente d'un opérateur de réseau mobile virtuel/ « *mobile virtual network operator* » de minutes d'appels qui seraient achetées en gros sur le réseau d'un opérateur de réseau.

Chambre des Représentants de Belgique. 4 novembre 2004. « *Project de Loi relative aux communications électroniques* ». Doc 51 1425/001 et 1526/001. p. 32. Disponible en ligne : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/1425/51K1425001.pdf>.

Tel n'est pas le cas de l'offre SkypeOut, qui est différente de plus complexe qu'une simple revente d'un service tel quel. Il s'agit ici de la fourniture d'un logiciel de Skype et s'appuyant sur différents fournisseurs (au moins un FAI avec lequel Skype n'a aucune relation de type contractuel ou autre et au moins une entité tierce).

59.

La notion de revente n'est pas définie à la LCE. Il ressort des travaux parlementaires que la revente visée est uniquement la vente directe « as is » (telle quelle) du service, basée sur l'infrastructure de l'opérateur, à l'utilisateur final.

Dans le cas de SkypeOut, il n'y a pas une telle revente. SkypeOut constitue une offre plus complexe, dans laquelle différents éléments sont combinés en vue d'aboutir à un résultat final différent.

60.

Skype soutient dans son « quatrième moyen » que, établie au Grand-Duché du Luxembourg, elle ne propose aucune offre spécifiquement adressée aux résidents belges. Le seul fait que des résidents belges puissent utiliser SkypeOut n'implique pas la fourniture par Skype d'un service en Belgique.

61.

A titre subsidiaire, si la cour ne devait pas être convaincue par ses arguments, Skype lui demande de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, en vue de voir clarifier l'application des directives « cadre » et « autorisation à un « service » tel que « SkypeOut » (cfr le texte des quatre questions proposées par Skype à la p. 66 de ses conclusions).

B. Position de l'IBPT

62.

L'IBPT défend la Décision contre les griefs présentés par Skype, par l'intermédiaire de différents « moyens », contestant les moyens de Skype (cfr ses conclusions).

63.

L'IBPT considère tout d'abord que l'appel émis via SkypeOut consiste bien en la transmission de signaux entre deux équipements terminaux, l'un connecté à Internet via un accès à un réseau à large bande et l'autre raccordé à un réseau téléphonique public. Le signal est, en substance, une information qui est transmise au cours de la communication électronique. Les signaux dont question en l'espèce se présentent comme une séquence de la conversation vocale, qui est numérisée et encodée sous un protocole de communication, en l'occurrence

l'IP (pour *Internet Protocol*). Ce signal contient une fonction d'adressage, c'est-à-dire l'identification de la destination.

64.

La transmission consiste à acheminer ces signaux sur des réseaux. Cette prestation se divise en trois composantes, le transport proprement dit, c'est-à-dire le déplacement de l'information d'un point à un autre, les fonctions d'adressage, qui permettent aux paquets de signaux d'arriver à destination et les fonctions de routage, c'est-à-dire le système d'aiguillage qui permet au signal d'être guidé à travers les différents équipements et nœuds du réseau, jusqu'à destination.

65.

Un appel Skype ordinaire (gratuit) consiste en la transmission de signaux, mais Skype ne joue pas un rôle actif dans cette transmission. Par contre, dans le cas d'un appel SkypeOut, le transport est décomposé en deux segments, un premier segment via l'accès à Internet comme dans le cas d'un appel Skype ordinaire et un second segment via un réseau téléphonique public commuté (RTPC) comme dans le cas d'un appel vocal classique.

66.

Pour que la transmission puisse s'effectuer sur ce second segment, Skype a dû (i) compléter et mettre à jour les bases de données avec les numéros de téléphone fixes et mobiles accessibles via SkypeOut ; (ii) adapter ses processus d'autorisation et de facturation dès lors que le service fourni aux clients de SkypeOut est payant ; (iii) conclure des accords d'interconnexion avec les exploitants de réseaux téléphoniques publics, pour que ces derniers acceptent de terminer les appels sur leurs réseaux, et les rémunérer pour la prestation de terminaison fournie ; (iv) utiliser des passerelles (*gateway, server RTPC*) avec les réseaux téléphoniques publics pour que le signal puisse être remis à ces exploitants et que ceux-ci puissent acheminer l'appel jusqu'au point de terminaison fixe ou mobile de l'appelé, ou contracter avec des prestataires gérant de tels serveurs, et (v) adapter les fonctions d'adressage du logiciel pour assurer l'acheminement du signal vers la bonne passerelle et, de là, vers le bon point de terminaison.

67.

La fourniture de SkypeOut requiert donc de la part de Skype une implication active dans la mise en œuvre des fonctions de transport, d'adressage et de facturation. Si l'exploitation du logiciel et l'accès à internet pour le départ d'appel sont des aspects communs avec le service Skype ordinaire, d'ordinateur à ordinateur, Skype doit gérer des ressources spécifiques pour pouvoir fournir son service SkypeOut aux utilisateurs finals, y compris la facturation des clients (sous ii), les passerelles sur le réseau public commuté (sous iv) et la terminaison d'appel qu'elle doit payer aux opérateurs du destinataire de l'appel (sous v), prestations qu'elle gère elle-même pour ses clients.

68.

L'utilisation de numéros relevant d'un plan de numérotation téléphonique public avec accès au RTPC est un élément pertinent pour apprécier si un service doit ou non être qualifié de *service de communications électroniques*. La possibilité de joindre des numéros d'un plan national sous la forme E.164 constitue la caractéristique principale du service de sélection ou de présélection du transporteur (connu sous le vocable CPS pour *carrier pre-selection*), qui a été l'un des principaux moteurs de la libéralisation du secteur des télécommunications. Un service de pré-sélection permet à un utilisateur d'appeler des lignes fixes et mobiles, nationales ou internationales, pour un tarif donné en fonction de la destination et de la durée de l'appel. Ce service est unidirectionnel, en ce qu'il permet d'appeler mais pas d'être appelé. Il s'agit donc d'une configuration comparable à celle de SkypeOut. Or, les conditions de fourniture du service de sélection et de pré-sélection d'appels, bien qu'unidirectionnel, sont régies par les directives 98/61/CE et 2002/22/CE, lesquelles concernent les services de télécommunications ou de communications électroniques. Il faut constater que tous les services qui utilisent des numéros d'un plan national sous la forme E.164 sont considérés comme un service de communications électroniques au sens des articles 2 de la directive cadre et 2, 5° de la LCE.

69.

Le rapport de l'ORECE sur les services OTT, publié en 2016, confirme que les services permettant de passer des appels vers le RTPC doivent être considérés comme un service de communications électroniques. Ces catégories de services permettent en effet une interconnexion avec le plan de numérotation téléphonique qui les distingue d'autres types de services *VoIP*. Il est à cet égard suffisant que l'accès au RTPC et l'utilisation d'un numéro d'un plan national soit unidirectionnel, comme c'est le cas en l'espèce.

70.

La question du degré exact de substituabilité d'un service comme SkypeOut avec les services téléphoniques accessibles au public, c'est-à-dire une des catégories au sein des services de communications électroniques, n'est pas décisive en l'espèce. Cependant, le fait que le service SkypeOut partage certaines fonctionnalités ou caractéristiques avec les services téléphoniques accessibles au public est pertinent pour apprécier si un tel service doit être considéré de manière générale comme un service de communications électroniques.

71.

La circonstance que Skype ne transmettrait pas elle-même de signaux et ne louerait ni n'exploiterait en propre aucune infrastructure à cette fin, est inopérante en l'espèce. Il ne faut pas confondre la notion de fournisseur d'un service de communications électroniques avec celle d'opérateur d'un réseau de communications électroniques. Il n'est pas nécessaire de disposer de sa propre infrastructure pour fournir un service de communications électroniques. La Cour de justice a déjà tranché cette question dans son arrêt UPC DTH C-475/12. Ceci a aussi été admis, s'agissant de Skype, par le tribunal correctionnel de Malines, dans son jugement du 27 octobre 2016²⁹, confirmé par la cour d'appel d'Anvers dans son

²⁹ Corr. Malines, 27 octobre 2016, *R.D.I.R.-T.R.N.I.*, 2017/1 p. 98, point 5.2.7 (document 13 du Recueil).

arrêt du 15 novembre 2017³⁰ et par la Cour de cassation s'agissant des services de courriel de Yahoo, dans un arrêt du 18 janvier 2011³¹.

72.

La question de la portée exacte de la notion de revente, visée à l'article 9 de la LCE, est accessoire, parce que redondante avec la notion de fourniture.

Comme le précise l'ORECE dans son rapport 2016 sur les OTT, « un fournisseur devient responsable pour la transmission vis-à-vis des utilisateurs finaux quand il achète des services consistant en la transmission des signaux à un fournisseur et ensuite vend cela – potentiellement en combinaison avec des services additionnels – à ses utilisateurs finaux. Cette interprétation couvrirait les cas de revente (...) de services de terminaison » (traduction par l'IBPT, non contestée, p. 13).

Ceci est le cas en l'espèce, Skype achetant des services de terminaison auprès de ses partenaires nationaux, afin d'assurer l'acheminement des appels émis via SkypeOut. C'est d'ailleurs parce que ce service de terminaison est payant (régulé) que le service SkypeOut n'est pas gratuit.

L'IBPT n'aborde dès lors pas les développements que Skype consacre à la conformité de la LCE avec le droit européen en ce qui concerne cette notion de revente.

73.

Skype est bien responsable de la transmission des appels SkypeOut vis-à-vis des utilisateurs finals, ses clients. Le service n'est pas offert aux clients par les opérateurs de réseaux de communications, qui n'ont pas de relation contractuelle avec ceux-ci. La responsabilité vis-à-vis des utilisateurs finals est l'élément central de la définition de SCE. C'est ce que la Cour de justice a confirmé dans les affaires *UPC DTH* et *UPC Nederland*. Il ne s'agit donc pas de déterminer si le procédé électronique de transmission est omniprésent ni d'identifier qui se charge physiquement, par des procédés et équipements électroniques, de la transmission des signaux. Il s'agit ici de déterminer qui doit garantir l'exécution de cette fonction vis-à-vis des utilisateurs finals, c'est-à-dire qui doit s'assurer que le service commandé par ceux-ci est correctement presté.

74.

La responsabilité du transport vis-à-vis des utilisateurs finals est également au cœur d'une récente affaire ayant opposé Google au régulateur allemand, le Bundesnetzagentur, traité par la Cour administrative de Cologne³². La Cour a considéré que même si Google ne transmettait pas de signaux entre les serveurs impliqués dans la délivrance des mails sur

³⁰ Anvers, 15 novembre 2017, RG 2016/CO/1006, inédit, p. 19 (pièce 16 du dossier judiciaire de l'IBPT).

³¹ Cass., 18 janvier 2011, P.10.1347.

³² Verwaltungsgericht Köln, 11 novembre 2015, affaire 21 K 450/15, point 54, disponible à l'adresse suivante: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2015/21_K_450_15_Urteil_20151111.html

61

l'Internet public, la transmission de ces signaux était néanmoins imputable à Google. La Cour s'appuie sur la jurisprudence UPC de la Cour de justice et indique que le terme « responsabilité » utilisé par la Cour de justice doit être compris de telle manière qu'une entreprise offrant un service de communication doit être tenu responsable de la transmission des signaux par un tiers si cette transmission a lieu dans le but de permettre à cette entreprise de fournir son service de communication à des clients.

75.

En l'espèce, ce sont la transmission de signaux sur des réseaux téléphoniques commutés vers des numéros d'un plan national de numérotation (de type E.164), l'adressage vers de tels numéros et la facturation du service qui distinguent le service Skype gratuit, d'ordinateur à ordinateur, du service SkypeOut visé dans la présente affaire. Sans accès à ces réseaux téléphoniques publics, il est techniquement impossible de joindre le numéro appelé et d'acheminer l'appel jusqu'à l'appelé. Vis-à-vis des utilisateurs du service SkypeOut, c'est Skype qui garantit la disponibilité du service aux clients. La fourniture physique de ce service n'est techniquement possible que si Skype gère – ou est autorisée à utiliser – les équipements nécessaires pour assurer le basculement des signaux transmis, du réseau du fournisseur d'accès à internet auprès duquel l'appelant dispose d'une connexion à large bande, vers le réseau téléphonique public auquel l'appelé est raccordé. Ensuite, cet acheminement n'est techniquement possible que si Skype a négocié avec l'exploitant du réseau téléphonique public auquel l'appelé est raccordé, le droit de faire terminer les appels sur son réseau. Enfin, la disponibilité du service requiert la gestion de bases de données pour l'autorisation, la validation, la facturation et l'adressage, bases de données propres à Skype et gérées par elle directement.

76.

Si les utilisateurs de Skype sont en contrat avec le fournisseur qui leur fournit l'accès à Internet et se charge du transport des signaux entre ordinateurs et serveurs, ils n'ont par contre aucun lien contractuel de quelque forme que ce soit avec les partenaires auxquels Skype s'est associée pour assurer la terminaison des appels vers des lignes fixes ou mobiles. Il en va de même des fournisseurs d'accès à Internet. Ceux-ci sont chargés d'acheminer les signaux jusqu'aux passerelles avec les réseaux téléphoniques publics, qui sont identifiées par Skype via la fonction d'adressage de son logiciel. Dès que le signal atteint un de ces serveurs, la responsabilité du fournisseur d'accès à Internet s'éteint, Skype et ses partenaires prenant alors le relais. Comme les utilisateurs de SkypeOut, les fournisseurs d'accès à Internet n'ont aucun lien contractuel avec les opérateurs auxquels Skype s'est contractuellement associée pour assurer la terminaison des appels vers des lignes fixes ou mobiles.

77.

C'est bien à l'initiative de Skype seule que les passerelles entre le réseau du FAI et le RTPC sont établies par les différents opérateurs de réseau, afin de permettre à l'appel SkypeOut d'être acheminé sur le réseau public commuté et terminé jusqu'à la ligne appelée (identifiée par un numéro de type E.164). L'IBPT rappelle que la terminaison d'appel est régulée et

donne lieu au paiement d'un tarif régulé, qui est lui-même reflété dans le prix de détail, *in casu*, celui facturé par Skype pour son service SkypeOut. Par le biais de ces accords d'interconnexion (terminaison d'appels), Skype s'assure que les appels émis via SkypeOut sont extraits du réseau Internet public et remis à l'opérateur du réseau public commuté auquel le destinataire est connecté, afin que cet opérateur exécute toutes les opérations et transmissions de signaux nécessaires pour assurer l'injection du trafic depuis le réseau Internet public sur le RTPC.

Il en va de même des fonctions d'autorisation, de validation, de facturation et d'adressage. C'est bien à l'initiative de Skype seule que ces fonctions essentielles à la disponibilité du service SkypeOut sont assurées. Le fournisseur d'accès à Internet ou les opérateurs des réseaux de communications électroniques sous-jacents n'interviennent d'aucune manière que ce soit dans la gestion de ces fonctions.

78.

L'IBPT considère que, vis-à-vis des utilisateurs du service SkypeOut, Skype assume la responsabilité de la transmission et de la terminaison de l'appel vers le destinataire, et dispose d'un « *certain degré de contrôle sur la transmission des signaux* », notamment au regard i) des partenariats commerciaux dans lesquels Skype s'est engagée afin que les appels puissent être transférés sur le RTPC et atteindre le numéro de téléphone du destinataire, et ii) des fonctions de validation, de facturation et d'adressage que Skype gère elle-même directement.

79.

La circonstance que Skype s'auto-exonère, via les conditions générales de Microsoft, de la responsabilité qui lui incombe vis-à-vis des utilisateurs du logiciel en cas de défaillance ou d'indisponibilité du service d'appels est inopérante au stade de la qualification du service. Ce qui importe à ce stade, c'est de déterminer si une responsabilité existe, et non pas d'apprécier si les conditions requises pour s'en exonérer sont réunies dans un cas spécifique.

80.

Le téléchargement du logiciel Skype est, certes, un prérequis technique à l'utilisation du service SkypeOut, mais ce service ne peut être réduit à ce seul logiciel. Les tarifs exigés par Skype en contrepartie de l'utilisation de SkypeOut ne visent pas à rémunérer l'utilisation du logiciel, l'accès à celui-ci étant en effet gratuit et financé par la publicité, mais visent précisément à valoriser un service de transmission d'appels vocaux vers des numéros fixes et mobiles, en Belgique notamment. Il apparaît hasardeux de qualifier un service payant d'« *accessoire* », « *d'importance minime* », à l'utilisation d'un logiciel gratuit. C'est la possibilité de joindre des lignes fixes et mobiles qui distingue le service SkypeOut, du service gratuit. Cette possibilité ne peut être offerte aux clients du service SkypeOut que moyennant la fonction de transport que Skype a mise en place par le biais de partenariats avec des opérateurs de réseaux téléphoniques publics auxquels elle s'est spécialement associée et

qu'elle rétribue d'ailleurs pour ce faire. Le transport est donc la caractéristique principale du service fourni.

81.

Il n'est donc pas question de devoir démontrer, comme le souhaite Skype, que celle-ci exerce un contrôle de nature purement technique sur la transmission et la terminaison des appels sur le RTPC. Cela reviendrait en effet à exiger que ne peuvent être considérés comme fournisseur de services de communications électroniques que les opérateurs disposant et opérant une infrastructure de réseau propre, ce qui va clairement à l'encontre de l'arrêt *UPC DTH* de la Cour de justice.

82.

SkypeOut est fourni en Belgique, de sorte que l'IBPT est resté dans les limites de ses compétences territoriales en qualifiant le service fourni en Belgique de services de communications électroniques au sens de la LCE. Pour qualifier un service de services de communications électroniques au sens de la directive « cadre », il faut que le service s'adresse à des utilisateurs établis au sein de l'Union européenne et, s'agissant de la compétence de l'IBPT, en Belgique. La Cour de justice a rappelé, dans son arrêt *UPC DTH*, qu'un Etat membre peut imposer le respect de l'obligation de notification prévu par l'article 3 de la directive autorisation aux entreprises qui fournissent des services de communications électroniques sur son territoire, sans qu'il ne soit exigé de ces entreprises d'y créer une succursale ou une entité juridique distincte lorsqu'elles sont établies dans un autre Etat membre (§ 106). Sur base de cette jurisprudence, l'IBPT a précisé, dans sa communication du 27 février 2015 sur l'obligation de notification, « *qu'un opérateur n'ayant pas de siège en Belgique et fournissant un service sur le sol belge doit se notifier comme opérateur, même si le contrat avec l'utilisateur final est conclu à l'étranger ou via Internet* » (p. 11).

83.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que Skype, même si elle n'est pas une société belge, et n'a en Belgique ni bureau ni matériel d'aucune sorte, fournit bien un service de communications électroniques en Belgique. Skype commercialise une offre dénommée « Belgique », accessible en cliquant sur un drapeau belge et destinée à des utilisateurs belges. Cette offre vise nécessairement des utilisateurs belges, appelés via SkypeOut. Bien que l'appelant ne doive pas nécessairement se trouver en Belgique pour souscrire à cette offre nationale, les prix pratiqués et la manière dont l'offre est commercialisée doivent permettre d'attirer, parmi les clients de l'offre « Belgique », une partie importante d'utilisateurs belges, pour effectuer des communications **intra-nationales** via SkypeOut. Sur son site internet, Skype explique à ses utilisateurs, spécifiquement selon leur pays d'origine, les différentes manières grâce auxquelles ils peuvent acheter et payer les crédits nécessaires afin d'utiliser SkypeOut. Skype propose ainsi différentes options de paiement **spécialement adaptées aux consommateurs belges** (avec fenêtre pop-up sur l'interface dédiée de banques belges ou établies en Belgique, notamment ING). Skype s'adresse « *aux clients belges* ».

84.

Par ailleurs, SkypeOut n'émerge à aucune des catégories d'exception prévues par la LCE, de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en qualifiant ce service de service de communications électroniques. En effet, aux termes de l'article 2, 5°, exception b), seuls les services de la société de l'information « *qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux* » sortent du champ matériel du cadre réglementaire. Cette définition est en ligne avec l'article 2 de la directive « cadre ».

85.

L'IBPT avance enfin que SkypeOut est considéré comme un service de communications électroniques dans de nombreux Etats membres, « *de sorte qu'une erreur de droit ou un erreur manifeste d'appréciation de la part de l'IBPT n'apparaissent pas vraisemblable en l'espèce* ».

Ceci ressort de l'étude réalisée par Cullen International en octobre 2016 (pièce 1 du dossier judiciaire de l'IBPT). La position de l'IBPT est partagée par les régulateurs nationaux en Autriche, au Danemark, en Finlande, en France, en Allemagne, en Irlande, en Italie, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni.

86.

Dans ses conclusions additionnelles après l'audience du 15 novembre 2017, l'IBPT ajoute encore que le bien-fondé de sa position ressort aussi de la notification par MIOL du service PSTN Calling comme SCE, et argue qu'il n'y a guère de différence technique entre les deux services.

Il invoque aussi l'arrêt de la Cour de justice du 20 décembre 2017 dans l'affaire Uber³³, en faisant valoir que, dans cette affaire, la Cour a jugé que les services fournis via cette application (Uber) devaient être appréhendés, non pas comme un simple outil informatique auquel accès est donné dans le cadre du commerce électronique, mais au regard de la nature réelle du besoin que les utilisateurs satisfont par le biais de cette application, en l'occurrence, un service de taxi. Pour l'IBPT, il en va de même dans la présente cause où la nature réelle du besoin des utilisateurs satisfaits par SkypeOut implique qu'il s'agit bien d'un SCE.

87.

A titre subsidiaire, si la Cour devait estimer que la solution n'est pas certaine, l'Institut invite la Cour à poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne :

« La définition du service de communications électroniques, édictée à l'article 2, c) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle qu'amendée, doit-elle être comprise en ce sens qu'un service de voix sur IP terminé sur un réseau téléphonique public commuté vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation (sous la forme

³³ C.J.U.E. 20 décembre 2017, *Asociacion Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL*, C-434/15, EU:C:2017:981.

E.164) doit être qualifié de service de communications électroniques, nonobstant le fait que le service d'accès à Internet par le biais duquel un utilisateur accède audit service de voix sur IP constitue déjà lui-même un service de communications électroniques ? »

III.3.2 Appréciation par la Cour

88.

Les critiques de Skype telles qu'elles apparaissent des « moyens » visés ci-avant impliquent une remise en cause de la légalité de la Décision au regard des articles 2, 3^o LCE (définition du SCE) et 9 § 1 (obligation de notification) de la LCE.

Il appartient à la cour de vérifier la légalité de la Décision au regard de ces deux éléments, en commençant par le premier.

89.

Au préalable, la Cour constate que, contrairement à ce qui est allégué par Skype, celle-ci propose bien une offre adressée aux résidents belges, et dès lors offre le service SkypeOut en Belgique. Skype commercialise en effet une offre nommée « Belgique », accessible en cliquant sur un drapeau belge et destinée dès lors à des utilisateurs belges (cfr pièce 2 du dossier judiciaire).

90.

Skype et l'IBPT s'opposent sur la question de savoir si le service dont bénéficient les utilisateurs au départ de la fonctionnalité SkypeOut du logiciel « Skype » relève du champ d'application du NCR et en particulier peut être considéré comme un « service de communications électroniques » au sens de l'article 2 c) de la directive « cadre » et de l'article 2,5^o de la LCE.

91.

La notion de « services de communications électroniques » ou « SCE » est définie à l'article 2 c) de la directive cadre et à l'article 2, 5^o de la LCE (cfr supra). La définition reprise à la LCE est essentiellement similaire à celle de la directive « cadre » transposée, ce qui n'est pas contesté. Il n'existe, au regard des questions posées par le présent litige, aucune différence sensible entre les deux définitions, de sorte qu'on peut considérer pour les besoins de la cause qu'il s'agit d'une seule définition, sachant de surcroît que la disposition belge doit s'interpréter de manière conforme au droit de l'Union.

92.

La définition implique la réunion des éléments suivants :

- un service fourni normalement contre rémunération ;
- **qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur les réseaux de communications électroniques.**

93.

Skype ne conteste pas que la fonctionnalité SkypeOut est mise à la disposition de l'utilisateur final contre rémunération.

94.

Il existe par contre un différend entre les parties sur le second élément de la définition. Skype soutient que le service qu'elle fournit ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur les réseaux de communications électroniques. En particulier, elle avance que SkypeOut fournit certes la possibilité à l'utilisateur final de passer des appels vocaux vers des numéros de téléphones fixes ou mobiles du RTPC, mais elle se prévaut de ce que le service est rendu au travers de l'internet public (ce qui en fait un service « OTT ») ce qui ne répond pas à la définition exigée, et que, si des signaux sont transmis, ce n'est pas par elle mais, d'une part, par le fournisseur d'accès à internet de l'utilisateur final, et, d'autre part, par les opérateurs de téléphonie.

95.

L'IBPT soutient au contraire que le service rendu par Skype à l'utilisateur final via SkypeOut consiste bien entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur les réseaux de communications électroniques, car Skype est responsable vis-à-vis de l'utilisateur final de la transmission du signal sur le RTPC et conclut avec les opérateurs de ce réseau des arrangements à cette fin, pour prévoir leur intervention et leur rémunération.

96.

Il incombe à la cour d'interpréter la définition de SCE pour déterminer si le service SkypeOut rendu par Skype tombe dans le champs d'application de cette définition. La définition belge doit être interprétée conformément à la définition de la directive « cadre », laquelle doit être interprétée en tenant compte de ses termes, de son contexte et de ses objectifs.³⁴

97.

Dans un arrêt récents concernant une société UPC fournissant des bouquets de services de radiodiffusion radiophonique et audiovisuelle, la Cour de justice³⁵ a décidé, pour les besoins de la définition d'un service de communications électroniques au titre de la directive « cadre », que *« la circonstance que la transmission du signal a lieu par le truchement d'une infrastructure qui n'appartient pas [au demandeur] est sans pertinence pour la nature du service. En effet, seul importe à cet égard le fait que [le demandeur UPC] est responsable envers les utilisateurs finals de la transmission du signal qui garantit à ces derniers la fourniture du service auquel ils se sont abonnés »* (mise en évidence ajoutée)³⁶.

³⁴ Conformément aux principes d'interprétation rappelés par J. Van Meerbeeck, « Le droit de l'Union européenne devant les juridictions de l'ordre judiciaire », in N. Caritat et J. T. Nowak (éd.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruylant, 2015, p. 195, et les références citées à la note 25.

³⁵ Cour de justice 30 avril 2014, C-475/12, *UPC DTH Sarl c. Nemzeti Média – és Hírközlesési Hatóság Elnökhettese*.

³⁶ Arrêt *UPC DTH*, précité, § 43.

98.

Skype reconnaît que l'élément central est, par application de cette jurisprudence, de savoir si elle est responsable envers les utilisateurs finals de la transmission des signaux dans le cadre d'un appel vocal SkypeOut, et estime précisément qu'elle ne l'est pas, et que les responsables des transmissions sont d'une part le fournisseur internet de l'utilisateur, et d'autre part l'opérateur du RTPC.

99.

Dans son rapport sur les services OTT de janvier 2016, l'ORECE définit ces services comme « du contenu, des services ou des applications qui sont fournies à l'utilisateur final sur l'internet public ». ³⁷ Le vocable ne renvoie dès lors pas à un type particulier de services, mais à la méthode utilisée pour fournir ce service, à savoir sur l'internet public. ³⁸ L'ORECE examine dans ce document spécifiquement le rapport entre les services OTT et la définition de SCE. Sa première conclusion est que la définition de SCE n'est pas facile à interpréter dans le cas des services OTT, pour déterminer, dans chaque cas, d'une part, si le fournisseur du service assuré (est responsable de) une transmission de signaux (vu qu'une partie de la transmission en tout cas s'opère sur l'internet public via le fournisseur d'accès à internet de l'utilisateur final), et, d'autre part, si le service rendu consiste entièrement ou principalement en une transmission de signaux. ³⁹

100.

Le rapport établit ensuite un classement entre les services OTT, la première catégorie « OTT-0 » étant celle des services OTT qui rentrent dans le champ d'application de la définition de SCE. Partant du constat, fondé sur la jurisprudence de la Cour de justice (cfr l'arrêt UPC cité ci-avant), que la définition de SCE est fondée principalement sur la responsabilité du fournisseur du service pour la transmission des signaux, le rapport avance que :

« Les fournisseurs de services OTT fournis sur internet peuvent être partiellement responsable de la transmission du signal. Une interprétation possible de ceci est le cas des services OTT « voix » qui offrent la possibilité de passer des appels vers et/ou depuis le service de téléphonie disponible publiquement. En achetant la terminaison sur le service de téléphonie disponible publiquement, une interprétation de la définition de SCE serait de considérer que, en achetant la terminaison et en la vendant aux utilisateurs finals dans le cadre d'un service plus large, un fournisseur OTT serait responsable de la terminaison et de la transmission de signaux qui en fait partie ». ⁴⁰

³⁷ La cour traduit. Texte original en anglais: "content, services or applications that are provided to the end user over the public internet".

³⁸ ORECE, Rapport sur les services OTT, janvier 2016, p.6.

³⁹ ORECE, Rapport sur les services OTT, janvier 2016, p.13.

⁴⁰ Traduction par la cour. Texte original en anglais: " Providers of OTT services provided over the Internet may be partially responsible for the conveyance of the signal. A possible interpretation of this could be OTT voice services that have the possibility to make incoming and/or outgoing calls to the PATS. By buying the termination on the PATS, an interpretation of the definition of ECS could be that by buying termination and

101.

Il découle de la formulation prudente utilisée par l'ORECE dans le rapport sub-mentionné qu'il n'existe pas d'unanimité parmi les autorités de régulation nationales (« ARN »), sur le point de savoir si un service de voix sur l'internet public tombe ou non sous le champ d'application de la définition de SCE, ceci même si le rapport fait état d'un certain consensus quant au fait qu'un service de voix avec possibilité de placer ou de recevoir des appels depuis le RTPC, pourrait bien tomber sous la définition du SCE (passage précité), ou énonce à un autre endroit que la plupart des ARN considèrent que les services de voix OTT avec la possibilité de passer des appels vers le RTPC sont un SCE⁴¹. L'ORECE énonce aussi que « vu l'importance de ces questions et en vue de l'harmonisation, il est utile que ces questions soient également traitées par la Cour de justice ».⁴²

102.

Ainsi, la cour constate qu'il n'existe pas d'unanimité sur la portée de la définition de SCE et son application à un service de voix sur internet (« VoIP »), même si la Cour de justice a mis en évidence dans ses arrêts UPC, d'une part, que ce qui importe est de savoir si le fournisseur du service assume la responsabilité de la transmission du signal envers l'utilisateur final, et, d'autre part, que la circonstance que la transmission du signal a lieu par le truchement d'une infrastructure qui n'appartient pas au fournisseur est sans pertinence pour la nature du service.

103.

Il est établi en l'espèce que :

- l'utilisateur final rémunère Skype pour la fourniture d'un service « SkypeOut » qui permet à cet utilisateur, depuis une connexion à internet qui lui est fournie par un tiers (son fournisseur d'accès à internet) et moyennant l'installation préalable du logiciel « Skype » et de sa fonctionnalité SkypeOut, ainsi que l'approvisionnement de son compte « Skype », de placer des appels vers des numéros fixes ou mobiles du réseau de téléphone public ; et que,
- un appel placé via SkypeOut implique, d'une part, une transmission de signaux via l'internet public (premier segment), et, d'autre part, une transmission de signaux sur le RTPC (second segment) ; alors que, concernant le premier segment, l'utilisateur final a une relation contractuelle avec son fournisseur d'accès à internet, qui est dès lors responsable de la transmission sur ce segment, l'utilisateur final ne noue pas de relation contractuelle avec les opérateurs actifs sur le RTPC ; ceux-ci interviennent

selling this to end users as part of a wider service, an OTT provider would be responsible for the termination and the transmission of signals that is part of it."

⁴¹ ORECE, Rapport sur les services OTT, janvier 2016, p. 20.

⁴² ORECE, Rapport sur les services OTT, janvier 2016, p. 21. Traduction par la cour. Texte original en anglais : « Given the importance of these questions and for the sake of harmonization, it is useful that this is also addressed by the ECJ ».

dans le cadre d'accords préalables qu'ils ont passé avec Skype, et sont rémunérés par Skype pour les services rendus.

104.

La cour estime que, pour déterminer si un tel service tombe dans le champs d'application de la notion de « SCE » au sens de la directive « cadre », il est nécessaire d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner à l'article 2, 3° de la directive « cadre », conformément à l'article 267 du TFUE. Il s'agit d'une question d'interprétation nouvelle, due à l'évolution des technologies depuis l'adoption du NCR, et qui présente un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union. Il est préférable, à cet égard, d'obtenir de la Cour de justice une interprétation de la définition qui pourra être utile pour l'ensemble des Etats membres, plutôt que la cour se livre elle-même à une interprétation limitée au cadre belge.

105.

La cour pose dès lors les questions préjudicielles suivantes :

« 1. La définition du service de communications électroniques, édictée à l'article 2, c) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle qu'amendée, doit-elle être comprise en ce sens qu'un service de voix sur IP offert via un logiciel terminé sur un réseau téléphonique public commuté vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation (sous la forme E.164) doit être qualifié de service de communications électroniques, nonobstant le fait que le service d'accès à Internet par le biais duquel un utilisateur accède audit service de voix sur IP constitue déjà lui-même un service de communications électroniques, mais alors que le fournisseur du logiciel offre ce service contre rémunération et conclut des accords avec les fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le réseau téléphonique public commuté qui permettent la terminaison des appels vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation ?

2. En cas de réponse positive à la première question, la réponse demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que la fonctionnalité du logiciel qui permet l'appel vocal n'est qu'une fonctionnalité de celui-ci, qui peut être utilisé sans elle ?

3. En cas de réponses positives aux deux premières questions, la réponse à la première question demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que le fournisseur du service prévoit dans ses conditions générales qu'il n'assume pas de responsabilité envers le client final pour la transmission des signaux ?

4. En cas de réponses positives aux trois premières questions, la réponse à la première question demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que le service rendu répond également à la définition de 'service de la société de l'information' ? »

106.

La cour considère *prima facie* et sous réserve des réponses qui seront données par la Cour de justice, que les questions pourraient appeler une réponse positive, tenant compte notamment de ce que :

- (i) L'objet du service offert à l'utilisateur final dans le cas d'un service tel que SkypeOut apparaît, pour l'utilisateur final comme étant le placement d'un appel vocal vers un numéro fixe ou mobile ; partant, la transmission des signaux sur les réseaux de téléphonie (second segment) apparaît comme un élément essentiel du service, qui pourrait dès lors être considéré comme consistant principalement en la transmission de signaux ; c'est pour bénéficier de cette transmission de signaux que l'utilisateur final paie la rémunération du service ; en effet, en l'espèce, lorsque l'utilisation du logiciel « Skype » est faite sans la fonctionnalité SkypeOut, avec pour conséquence que les signaux ne sont transmis que sur l'internet public, Skype ne demande le paiement d'aucune rémunération par l'utilisateur final ; Skype fixe le prix du service et les conditions contractuelles applicables ;
- (ii) Si l'élément central du service est, pour l'utilisateur final, la transmission des signaux sur les réseaux de téléphonie (second segment), et que l'utilisateur final n'a de relation contractuelle, concernant cet élément, qu'avec Skype, cela n'implique-t-il pas nécessairement que Skype est responsable de cette transmission vis-à-vis de l'utilisateur final ? Ceci sans que ne doive être examinée plus précisément la relation contractuelle entre Skype et les opérateurs du RTPC, à savoir si Skype revend leur services à l'utilisateur final, ou pas ?
- (iii) Même si ce n'est pas *a priori* déterminant pour les réponses aux questions, il apparaît que, pour l'utilisateur, un service de voix sur IP peut, en tout cas dans certaines circonstances (lorsqu'il dispose d'une connexion internet) constituer un substitut à un appel téléphonique ; il n'est pas exclu qu'avec un internet public de plus en plus accessible, cela soit de plus en plus souvent le cas ;
- (iv) Même si l'appel vocal vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation ne peut être passé que par une fonctionnalité particulière payante d'un logiciel qui peut être utilisé sans celle-ci pour passer des appels uniquement sur l'internet public, ceci ne paraît pas avoir d'impact sur l'analyse du service rendu lorsque la fonction d'appel vocal vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation est utilisée ; les deux services n'offrent pas les mêmes fonctionnalités aux utilisateurs et apparaissent dès lors *a priori* distincts ;

- (v) Décider que les limitations et exclusions de responsabilités contenues dans les conditions générales du fournisseur du service pourraient avoir un impact sur la détermination de savoir si le fournisseur est responsable de la transmission des signaux pour les besoins de la définition du SCE au sens de la directive « cadre » pourrait apparaître comme permettant au fournisseur d'un SCE d'échapper à ses obligations et à la qualification même du service rendu de SCE au gré des clauses contenues dans ses conditions générales, ce qui pourrait apparaître difficilement acceptable ;
- (vi) L'article 2 c) de la directive « cadre » précise que le SCE « *ne comprend pas les services de la société de l'information (...) qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques* » ; il paraît en ressortir que, pour échapper à la définition de SCE, deux conditions sont dès lors nécessaires : (i) que le service réponde à la définition de « services de la société de l'information » et (ii) qu'il ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; par conséquent, si le service consiste principalement en la transmission de signaux, l'exception prévue pour les services de la société de l'information ne paraît pas trouver pas à s'appliquer.

PAR CES MOTIFS,

Section Cour des marchés

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

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours,

Avant dire droit, pose à la Cour de Justice les questions suivantes :

« 1. La définition du service de communications électroniques, édictée à l'article 2, c) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle qu'amendée, doit-elle être comprise en ce sens qu'un service de voix sur IP offert via un logiciel terminé sur un réseau téléphonique public commuté vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation (sous la forme E.164) doit être qualifié de service de communications électroniques, nonobstant le fait que le service d'accès à Internet par le biais duquel un

utilisateur accède audit service de voix sur IP constitue déjà lui-même un service de communications électroniques, mais alors que le fournisseur du logiciel offre ce service contre rémunération et conclut des accords avec les fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le réseau téléphonique public commuté qui permettent la terminaison des appels vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation ?

2. En cas de réponse positive à la première question, la réponse demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que la fonctionnalité du logiciel qui permet l'appel vocal n'est qu'une fonctionnalité de celui-ci, qui peut être utilisé sans elle ?

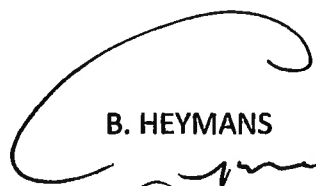

3. En cas de réponses positives aux deux premières questions, la réponse à la première question demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que le fournisseur du service prévoit dans ses conditions générales qu'il n'assume pas de responsabilité envers le client final pour la transmission des signaux ?

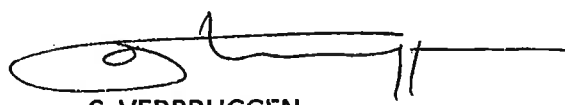

4. En cas de réponses positives aux trois premières questions, la réponse à la première question demeure-t-elle inchangée si l'on tient compte du fait que le service rendu répond également à la définition de 'service de la société de l'information' ? »

Réserve à statuer pour le surplus,

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 7 février 2018 par

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


B. HEYMANS

K. PITEUS


C. VERBRUGGEN

M. BOSMANS

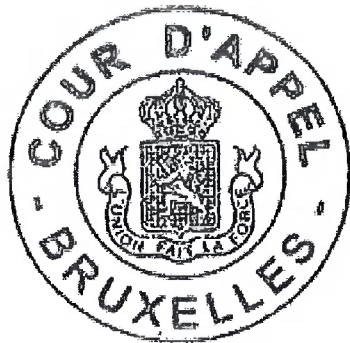
Copie conforme

Délivrée à : INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELEC.

art. Avis

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.

Bruxelles, le 16-02-2018



A handwritten signature in blue ink, consisting of the initials "B." followed by a stylized "V" and "G".

B. VANDERGUCHT
Greffier