

numéro de répertoire <b>2019/7272</b>
date de la prononciation <b>02/10/2019</b>
numéro de rôle <b>2016/AR/1312</b>

**expédition**

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

Non communicable au  
receveur

# Cour d'appel Bruxelles

## Arrêt après renvoi

Section Cour des marchés

19<sup>ème</sup> chambre A

présenté le
ne pas enregistrer

COVER 01-00001489994-0001-0031-06-01-1



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 représentée par Maître VALGAEREN Erik et Maître EVRARD Carol,  
avocats à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25;

contre

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,

partie adverse,

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 s.a.r.l. pour le non-respect de l'article 9, § 1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques » ;
- l'arrêt de la Cour des marchés du 7 février 2018 ;
- l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 5 juin 2019 ;
- les conclusions déposées le 31 juillet 2019 pour Skype ;
- les conclusions de synthèse déposées le 29 août 2019 pour l'IBPT ;
- le dossier administratif déposé par l'IBPT et les dossiers déposés par les parties.

Entendu les conseils des parties à l'audience publique du 4 septembre 2019.



## **I. RECEVABILITE**

Dans son arrêt du 7 février 2018, la Cour a examiné certains des moyens soulevés par Skype dans ses conclusions de synthèse et additionnelles, a admis la recevabilité de l'appel formé par Skype et a rejeté l'argumentation formulée par l'IBPT selon laquelle la notification (par Microsoft Irlande) du service PSTN Calling de Microsoft serait constitutive, dans le chef de Skype, d'un aveu quant à la qualification juridique de SkypeOut comme SCE<sup>1</sup>.

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

La cour se réfère à son arrêt interlocutoire du 7 février 2018 et reprend le résumé factuel et légal pour la bonne compréhension du présent arrêt :

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. Contestant cette position, Skype n'a pas notifié ce service à l'IBPT, qui lui a infligé l'amende querellée.

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.<sup>2</sup> 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.

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) ;

---

<sup>1</sup> Voy. l'arrêt de la Cour, 7 février 2018, 2016/AR/1312, p.28, § 38.

<sup>2</sup> Skype indique qu'une fonctionnalité séparée de Skype – Skype Number – permet de recevoir des appels entrants, mais ne met pas à disposition des utilisateurs de numéros de téléphone belges.



- 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.

La période infractionnelle retenue dans la Décision s'étend du 1<sup>er</sup> octobre 2013 à la date de la Décision (30 mai 2016).

*- Le cadre légal applicable*

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 » )<sup>3</sup> 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 » )<sup>4</sup> 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 » )<sup>5</sup> 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 » )<sup>6</sup> règle les relations, sur les marchés de détail, entre les opérateurs et les utilisateurs finaux et vise à garantir les intérêts des citoyens européens ;

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.



- 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.<sup>7</sup>

Le considérant 5 de la directive « cadre » énonce :

**«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).

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*

---

<sup>7</sup> J.O. L 24 du 30 janvier 1998, p. 1..



*satellites, 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/CE<sup>8</sup> qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.»*

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. »*

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.*

---

<sup>8</sup> 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).



*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 ».*

Les directives formant le NCR ont été modifiées en 2009 par une directive 2009/140/CE<sup>9</sup> et une directive 2009/136/CE<sup>10</sup>, mais sans que la définition du « service de communications électroniques » (ou « SCE ») telle que figurant dans la directive « cadre » ne soit modifiée.

Le NCR a été transposé en droit belge essentiellement dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques<sup>11</sup> (la « LCE »).<sup>12</sup> La LCE est complétée par deux lois du 17 janvier 2003, l'une portant sur l'autorité réglementaire belge, l'IBPT<sup>13</sup>, et l'autre 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. Vu la répartition des compétences entre l'Etat belge et les Communautés en ce qui concerne les aspects de contenu et les techniques de médias audiovisuels, la réglementation européenne a également fait l'objet d'une transposition dans trois décrets régionaux<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> 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 associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> M.B., 20 juin 2005 (2<sup>ème</sup> éd.)

<sup>12</sup> 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 »).

<sup>13</sup> 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.)

<sup>14</sup> À savoir le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision (M.B., 16 septembre 2009), le décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009 (M.B., 24 juillet 2009) et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques (M.B., 6 septembre 2005).



L'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 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 ».*

L'article 9 § 1 de la LCE est libellé comme suit<sup>15</sup> :

*« Art. 9*

*§ 1<sup>er</sup>*

*La fourniture ou revente en nom propre et pour son propre compte de services ou de réseaux de communications électroniques ne peut débiter, 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°*

---

<sup>15</sup> Version en vigueur au 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>*

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



*une description succincte et précise de son service ou réseau ;*

*4°*

*la date à laquelle les activités devraient probablement débiter.*

*La notification se fait par envoi recommandé ».*

*- L'intervention de l'IBPT*

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.

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 signal. 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.

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 ».*

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 ».*<sup>16</sup>

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<sup>er</sup> juillet 2014.

---

<sup>16</sup> 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”.*



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.

- La Décision

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 »).

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.

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.

Le 1<sup>er</sup> 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.

**Le 1<sup>er</sup> 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 (...) ».

À la lumière du délai spécifique pour payer l'amende, Skype paye l'amende le 20 juillet 2016 (et donc bien dans les délais, étant donné que la Décision est elle-même datée du 30 mai 2016).

Cependant, le paiement est effectué avec le message explicite « paiement sous toutes réserves ».

### **III. L'OBJET DU RECOURS DE SKYPE APRES DECISION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE**

Skype demande à la cour dans ses dernières conclusions de :

- *Déclarer l'appel recevable et fondé ;*
- *À titre principal, d'annuler l'ordre de payer l'amende administrative de 223.454 euros ou à tout le moins en diminuer le montant ;*
- *Compenser les dépens.*

La demande de Skype est soutenue par les deux moyens suivants :

- Premier moyen : absence de justification pour imposer une amende ;
- Deuxième moyen : le calcul de l'amende est disproportionné.

L'IBPT demande à la cour de :

- *Déclarer non fondée la demande d'annulation de Skype ;*
- *Condamner Skype aux entiers 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.*



#### **IV. ARRÊT DE LA COUR DU 7 FÉVRIER 2018**

Dans son arrêt du 7 février 2018, la Cour a examiné certains des moyens soulevés par Skype dans ses conclusions de synthèse et additionnelles. La cour a admis la recevabilité de l'appel formulé par Skype et a rejeté l'argumentation formulée par l'IBPT selon laquelle la notification (par Microsoft Irlande) du service PSTN Calling de Microsoft serait constitutive, dans le chef de Skype, d'un aveu quant à la qualification juridique de SkypeOut comme SCE<sup>17</sup>. La Cour a également refusé de faire droit la demande de Skype d'écarter les moyens additionnels en défenses 16 et 17 de l'IBPT et a jugé qu'« aucune violation du principe de prudence et du devoir de minute » n'est établie. Concernant les quatre moyens développés par Skype à l'appui de sa demande principale d'annulation de la Décision, la Cour a reconnu qu'il existait une incertitude juridique quant à la qualification de SkypeOut en tant qu'ECS et a donc décidé de surseoir à statuer et de soumettre les quatre questions préjudicielles suivantes à la COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

*« 1) La définition du service de communications électroniques, édictée à [l'article 2, sous c), de la directive-cadre] 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 ?*

---

<sup>17</sup> Voy. l'arrêt de la cour, 7 février 2018, 2016/AR/1312, p.28, § 38.



3) *En cas de réponses positives aux [première et deuxième] 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 [première à troisième] 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" ? »*

#### V. ARRÊT de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 5 JUIN 2019

La Cour de justice de l'Union Européenne a examiné conjointement les quatre questions préjudicielles qui lui ont été posées par la cour et y a répondu comme suit:

*« [...] il y a lieu de répondre aux questions posées que l'article 2, sous c), de la directive-cadre doit être interprété en ce sens que la fourniture, par l'éditeur d'un logiciel, d'une fonctionnalité offrant un service VoIP, qui permet à l'utilisateur d'appeler un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation via le RTPC d'un État membre à partir d'un terminal, constitue un « service de communications électroniques », au sens de cette disposition, dès lors que la fourniture dudit service, d'une part, donne lieu à rémunération de l'éditeur et, d'autre part, implique la conclusion par ce dernier d'accords avec les fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le RTPC»<sup>18</sup>.*

Suite à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne susmentionné, l'IBPT a enjoint Skype, dans un courrier du 18 juin 2019, de notifier la fourniture du service SkypeOut pour le 15 juillet 2019 au plus tard (**Pièce 27 de Skype**). Le 15 juillet 2019, Skype, en vue de préserver ses intérêts, a procédé à ladite notification et s'est vu attribuer le numéro d'opérateur 3932 (**Pièce 28 de Skype**).

---

<sup>18</sup> Arrêt de la Cour (quatrième chambre), C-142/18, 5 juin 2019, §49.



## **VI. DISCUSSION**

### **VI.1 SUR LE CHOIX DE L'AMENDE COMME SANCTION**

#### **1. Résumé de la position de Skype**

Skype relève que l'amende administrative est une des mesures qui peuvent être imposées par l'IBPT en vertu de l'article 21, § 5 de la loi organique. Skype conteste la motivation de l'imposition de cette amende. Elle considère que le raisonnement de l'IBPT implique que toute violation de l'article 9, § 1<sup>er</sup>, de la LCE soit sanctionnée par une amende, ce qui ne serait clairement pas l'intention du législateur. Skype ajoute qu'il n'existe pas de plainte d'utilisateurs ou de concurrents ni d'un incident qui permettrait d'affirmer que le refus de Skype de notifier la fourniture de SCE aurait causé un préjudice qu'il conviendrait de réparer par une amende<sup>19</sup>.

#### **2. Résumé de la position de l'IBPT**

Moyen 1 : L'imposition d'une amende est une sanction prévue par l'article 21, § 5, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT (« loi organique »). Le choix en opportunité opéré par l'IBPT pour une sanction de cette nature est justifié par les circonstances de l'espèce. La décision contestée contient une motivation suffisante sur ce point. Le moyen de Skype tiré de l'illégalité d'une amende comme sanction est dénué de fondement.

#### **3. Principes juridiques applicables**

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

L'article 10.1 de cette même directive confère aux autorités réglementaires nationales le pouvoir de contrôler et de superviser le respect des conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation ainsi que des obligations spécifiques qui peuvent être imposées aux

---

<sup>19</sup> Conclusions de Skype du 31 juillet 2019, §§ 48-51.



fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques, au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2 de la directive 2002/20/CE, des articles 6 et 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), ainsi que de l'article 17 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel»), de même qu'aux fournisseurs désignés pour fournir un service universel au titre de ladite directive.

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

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

*« A cet égard, les Etats membres habilent les autorités compétentes à imposer:*

*a) des sanctions financières dissuasives s'il y a lieu, pouvant comporter des astreintes avec effet rétroactif (...) » et*

*b) des injonctions de cesser ou de retarder la fourniture d'un service ou d'un ensemble de services qui, s'ils se poursuivaient, seraient de nature à entraver la concurrence de manière significative, jusqu'au respect des obligations imposées en matière d'accès à la suite d'une analyse du marché réalisée en application de l'article 16 de la directive. Les mesures, accompagnées des raisons les justifiant, sont communiquées sans retard à l'entreprise concernée et fixent à l'entreprise un délai raisonnable pour s'y conformer.*

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

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

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



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

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

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

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

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

Art. 21.

*§ 5. [Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, [il peut adopter, en une ou plusieurs décisions, une ou plusieurs des mesures suivantes:*

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

*...*

*[1°/1.] des prescriptions relatives à la manière dont il faut remédier à l'infraction;*  
*2° le paiement dans le délai imparti par le Conseil d'une amende administrative au profit du Trésor public d'un montant [maximal de 5.000 euros pour les personnes physiques et] de 5 % au maximum du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques ou des services postaux en Belgique ou si le contrevenant ne développe pas d'activités lui faisant réaliser un chiffre d'affaires, d'un montant maximal de [1.000.000 d'euros pour les personnes morales]. [Pour les infractions au chapitre 2 de la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, le montant de l'amende administrative*



*est de maximum 5 % du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé dans le secteur en question au cours de l'exercice complet le plus récent, plafonné à 125.000 euros];*

*3° l'ordre de cesser ou de suspendre la fourniture d'un service ou d'un ensemble de services qui, si elle se poursuivait, serait de nature à entraver la concurrence de manière significative, jusqu'au respect, selon les modalités fixées par le Conseil, des obligations imposées en matière d'accès à la suite d'une analyse de marché réalisée conformément à la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.*

*En l'absence de données concernant le chiffre d'affaires visé à l'alinéa 2, 2°, l'Institut peut déterminer un chiffre d'affaires sur la base de données obtenues de tiers ou sur la base du chiffre d'affaires d'une personne comparable.]*

La Cour considère que l'article 21 § 5 de la loi du 17 janvier 2003 doit être interprété conformément à la directive et à la lumière de ses travaux préparatoires.

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

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

*a) des sanctions financières dissuasives s'il y a lieu, pouvant comporter des astreintes avec effet rétroactif (...)* » (la cour souligne)

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

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



#### 4. Application au cas d'espèce

Afin de justifier l'imposition d'une amende à Skype, l'IBPT invoque différents motifs que la Cour examine ci-après :

- **La gravité de l'infraction commise par Skype**

Il fallait tout d'abord réprimer Skype pour avoir refusé de se soumettre à la LCE et à ses arrêtés d'exécution. C'est **l'autorité de l'IBPT qui devait être préservée** :

*« il ressort de l'article 21 de la loi sur le statut de l'IBPT que la décision infligeant une amende administrative découle d'une action répressive du régulateur, exercée lorsque celui-ci estime qu'une personne agit en infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou aux décisions prises par l'Institut en exécution de cette législation ou réglementation »<sup>20</sup>.*

Cette action s'imposait en l'espèce :

*« L'infraction commise par Skype porte une atteinte grave aux différents objectifs poursuivis par la loi, car l'absence de notification à l'IBPT comme opérateur entraîne un non-respect potentiel de la LCE et de ses différents arrêtés d'exécution. La formalité de notification en tant qu'opérateur étant relativement simple, c'est en réalité à l'ensemble de la LCE que Skype entend échapper (...). Etant donné l'importance de l'obligation de notification autour de laquelle la législation s'articule, l'IBPT considère qu'il est nécessaire d'imposer une amende administrative »<sup>21</sup>.*

Mais il fallait, en même temps, convaincre Skype et tout autre fournisseur qui serait tenté d'adopter un comportement similaire, de se conformer à la loi. C'est **l'effet dissuasif** de l'amende :

*« L'article 21 de la loi sur le statut de l'IBPT confie au Conseil de l'IBPT un pouvoir répressif à l'encontre de comportements infractionnels à la législation ou à la réglementation, destiné à exercer un effet dissuasif »<sup>22</sup>.*

---

<sup>20</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 juin 2013, 2011/AR/2481, point 51 ;

<sup>21</sup> Décision contestée, § 12.

<sup>22</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 juin 2013, 2011/AR/2481, point 52 ; la cour souligne.



C'est bien là l'enjeu de la Décision: de montrer à Skype mais également au secteur que l'IBPT n'est pas disposé à transiger avec le respect de la loi et la sauvegarde de ses objectifs :

*« L'une des fonctions de l'amende consiste à inciter le contrevenant à mettre fin à l'infraction et à dissuader d'autres personnes d'adopter un comportement similaire. Dans ce cas-ci, la nécessité de donner à l'amende un caractère dissuasif est grande étant donné que l'infraction perdure toujours et qu'il faut encourager les autres entreprises à faire une notification si la loi l'exige puisque cela a des conséquences importantes au niveau des règles à respecter »<sup>23</sup>.*

- **Le choix d'une amende comme sanction en l'espèce s'imposait aussi selon l'IBPT vu l'atteinte objective causée à la poursuite des objectifs de protection du consommateur et de promotion d'une concurrence non faussée, et au fonctionnement des autorités publiques.**

Le législateur a, en effet, considéré nécessaire d'encadrer le fonctionnement du marché des communications électroniques, en fixant un certain nombre de règles préétablies contribuant à la promotion de la concurrence, au développement du marché intérieur et à la protection des intérêts des citoyens (consommateurs)<sup>24</sup>.

- Par nature, **le développement d'une concurrence durable et équitable** peut être faussé si un fournisseur décide de se soustraire aux obligations prévues par le législateur, alors que les autres fournisseurs – y compris ceux fournissant des services comparables – les respectent. Un tel comportement rompt l'égalité des armes qui doit prévaloir entre opérateurs<sup>25</sup> : *« Ceci entraîne une concurrence déloyale avec les entreprises qui offrent aussi un SCE, et qui ont bel et bien soumis une notification et qui respectent la LCE et ses arrêtés d'exécution »<sup>26</sup>.*
- Par nature, **la protection des consommateurs** risque d'être mise à mal puisque l'utilisation du service SkypeOut ne donne pas accès aux différentes protections prévues par le législateur au bénéfice des utilisateurs finals, comme par exemple *« les règles en matière de sécurité des réseaux imposées aux entreprises*

---

<sup>23</sup> Décision contestée, § 48.

<sup>24</sup> Directive « cadre », article 8 ; LCE, articles 6 à 8.

<sup>25</sup> CJUE, 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, EU:C:1991:474, point 25 ; CJUE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, EU:C:2003:297, point 83 ; CJUE, 20 octobre 2005, *ISIS*, C-327/03 et C-328/03, EU:C:2005:622, point 39 ; CJUE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, EU:C:2008:376, point 51.

<sup>26</sup> Décision contestée, § 35.



*fournissant des services publics de communications électroniques aux articles 113 et suivants de la LCE, notamment en ce qui concerne la notification de toute atteinte à la sécurité ou perte d'intégrité ayant eu un impact significatif sur le fonctionnement des réseaux ou des services (article 114/1, § 2, de la LCE) ; les règles en matière de protection des données à caractère personnel et de notification des fuites de données (article 114, § 2, et 114/1, §§ 3 et 4, de la LCE) ; les règles concernant les informations que doit contenir le contrat entre un opérateur et un abonné, une tarification claire, les éventuels plans tarifaires alternatifs plus favorables, le changement d'opérateur, la résiliation du contrat et la maîtrise des coûts (article 108 et suivants de la LCE) ; les règles concernant l'accès aux services d'urgence, conformément à l'article 107, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de la LCE »<sup>27</sup>.*

- Par nature, le refus d'appliquer le cadre réglementaire est susceptible de « **porter atteinte au bon fonctionnement des autorités publiques** », et singulièrement de celle (l'IBPT) qui a été chargée par le législateur d'en contrôler le respect<sup>28</sup>.

L'effet disciplinant d'une amende répond, en somme, à la nécessité de respecter l'autorité du régulateur et de préserver l'efficacité de l'action que le législateur lui a spécifiquement confiée.

Skype ne démontre pas en quoi, dans les circonstances de l'espèce, le choix fait par l'IBPT d'imposer une amende – quel qu'en soit le montant – serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un défaut de motivation.

Il ressort de ces différents éléments que le choix d'une amende comme sanction se justifiait en l'espèce, ce choix étant suffisamment motivé dans la Décision. Sur ce plan-là, l'IBPT n'a pas manqué à son devoir de prudence et de minutie.

Le moyen de Skype relatif au caractère injustifié d'une amende en l'espèce (quel qu'en soit le montant) doit dès lors être écarté.

---

<sup>27</sup> Décision contestée, § 36.

<sup>28</sup> Décision contestée, § 37.



## VI.2 SUR LE MONTANT DE L'AMENDE IMPOSÉE À SKYPE

### 1. Résumé de la position de Skype

Skype soutient que l'amende est disproportionnée, que la motivation la justifiant est répétitive, inexacte et subjective et que le calcul est entaché d'erreurs<sup>29</sup>.

### 2. Résumé de la position de l'IBPT

Moyen 2 : Le montant de l'amende est proportionné ; l'IBPT a exercé sa marge d'appréciation de manière raisonnable et adéquate, dans le respect du plafond fixé à l'article 21, § 5, 3<sup>o</sup>, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT (« loi organique »), en motivant son choix de façon suffisante au regard du degré de gravité et de la durée de l'infraction, et des circonstances aggravantes retenues en l'espèce. Le moyen de Skype tiré du caractère disproportionné de l'amende est dénué de fondement.

### 3. Principes juridiques applicables

A cet égard, il faut d'abord observer que l'IBPT fait valoir à juste titre qu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Elle fonde celui-ci « par analogie sur les lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2, sous a) du règlement CE N° 1/2003 »

Le règlement CE N° 1/2003 auquel se réfère l'IBPT est le règlement relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité. L'article 23 § 2 de celui-ci prévoit que : «*La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence: a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du traité, ou b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de*

---

<sup>29</sup> Conclusions de Skype du 31 juillet 2019, §§ 52-62.



*l'article 9. Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association ».*

La Cour ne comprend pas comment l'IBPT peut, en l'espèce, se fonder sur les lignes directrices relatives à l'imposition d'amendes punitives en raison de violation des règles de concurrence pour déterminer le montant des amendes qu'elle inflige dans un tout autre cadre. Les atteintes aux dispositions relatives à la protection de la concurrence au sein du marché de l'Union sont sans commune mesure avec le refus de Skype de notifier la fourniture de SCE. Pour infliger de telles amendes, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation dont l'IBPT, qui est uniquement habilitée à prendre des « mesures appropriées et proportionnées pour garantir le respect des conditions» et ainsi « imposer des sanctions dissuasives s'il y a lieu » ne dispose pas. La référence aux lignes directrices de la Commission européennes pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2, sous a) du règlement CE N° 1/2003 est donc non fondée.

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

L'article 21 de la Loi Statut ne contient aucune règle et aucun critère lié au calcul de l'amende, comme il l'a d'ailleurs déjà été confirmé par l'IBPT (Pièce 21 de Skype).

Chaque décision doit être comprise dans son contexte et une amende sera toujours calculée sur base du contexte factuel spécifique au cas d'espèce, mais il est raisonnable d'escompter que l'IBPT suive les mêmes règles générales ou lignes directrices dans la détermination du montant de l'amende, pour éviter de traiter de manière non équitable différentes sociétés.



#### 4. Application au cas d'espèce

L'IBPT impose à Skype l'amende maximale de 223.454 euros.

Son pouvoir d'appréciation doit être exercé par l'IBPT dans le respect du plafond déterminé par l'article 21, § 5, 3°, de la loi organique, du principe de proportionnalité ainsi que de l'obligation de motivation transparente et adéquate.

Afin de calculer le montant de l'amende, l'IBPT doit prendre en compte le « *chiffre d'affaires du contrevenant réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques ou des services postaux en Belgique* »<sup>30</sup>.

L'IBPT a demandé à plusieurs reprises à Skype de lui communiquer son chiffre d'affaires réalisé dans le secteur des communications électroniques en Belgique<sup>31</sup>. Skype a d'abord affirmé ne pas réaliser de chiffre d'affaires en Belgique<sup>32</sup>, puis a refusé de transmettre ces informations à l'IBPT<sup>33</sup>. Skype soulève que cette demande concerne d'informations financières hautement sensibles.

L'IBPT a donc fait usage de la faculté qui lui est laissée par l'article 21, § 5, alinéa 2, de la loi organique de déterminer le chiffre d'affaires du contrevenant « *sur la base de données obtenues de tiers* »<sup>34</sup>. L'IBPT s'est ainsi adressé au SPF Finances<sup>35</sup> pour obtenir des informations sur le chiffre d'affaires de Skype en Belgique, sur base de la TVA qui aurait été déclarée par la requérante au début de l'année 2015 pour ses activités en Belgique<sup>36</sup>. Sur base des informations transmises par le SPF relatives aux déclarations de TVA rentrées par Skype en Belgique<sup>37</sup>, l'IBPT a pu estimer le chiffre d'affaires de l'année 2015 pour les services de communications électroniques fournis en Belgique contre rémunération. Le montant

<sup>30</sup> Article 21, § 5, alinéa 1, 2°, de la loi organique.

<sup>31</sup> Pièces 6 et 9 du dossier administratif.

<sup>32</sup> Pièces 7 et 11 du dossier administratif.

<sup>33</sup> Pièce 15 du dossier administratif.

<sup>34</sup> Article 21, § 5, alinéa 2, de la loi organique.

<sup>35</sup> Les travaux préparatoires portant sur l'article 21, § 5, alinéa 2, de la loi organique indiquent d'ailleurs que figure parmi les « *tiers* » à qui l'IBPT peut s'adresser pour obtenir des données relatives au chiffre d'affaires, le SPF Finances (voy. projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2011-2012, 53-2143/001, p. 18).

<sup>36</sup> Pièce 16 du dossier administratif.

<sup>37</sup> Pièce 17 du dossier administratif.



maximal de l'amende qui peut être infligée par l'IBPT est fixé par la loi à 5 % du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé sur le dernier exercice complet dans le secteur des communications électroniques en Belgique. La marge d'appréciation du régulateur est donc encadrée par un critère strictement légal. Sous ce plafond légal, il revient à l'IBPT de déterminer et de motiver le montant spécifique dans les circonstances propres au cas d'espèce en respectant le principe de proportionnalité ainsi que de l'obligation de motivation transparente et adéquate. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a dit pour droit que: « L'IBPT dispose d'une marge d'appréciation dans le cadre de la constatation de la gravité d'une infraction, pour autant que la décision sur ce point soit suffisamment motivée et justifiée à la lumière des éléments juridiques et factuels invoqués » (traduction libre, Bruxelles, 2012/AR/273, Telenet c. IBPT, 17 avril 2013, p. 25).

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

*(i) Durée de l'infraction*

À la section 5.3.2.b de la Décision, l'IBPT énonce que la violation a duré deux ans et demi (soit depuis le 1er octobre 2013).

La durée relativement longue de la procédure d'infraction, notamment les laps de temps que l'IBPT aurait laissé écouler en cours d'instruction, n'est pas un élément pertinent pour déterminer et, le cas échéant, raccourcir la durée de la période infractionnelle<sup>38</sup>.

Dans ses conclusions, l'IBPT va encore plus loin et déclare que l'infraction avait en fait déjà commencé en 2004, 2007 ou 2011, laissant ainsi sous-entendre que l'IBPT avait en fait été indulgent. L'IBPT ne peut pas revenir ainsi sur sa propre décision, et dès lors les références à la date de départ plus précoce des infractions ne sont pas pertinentes pour cette unique raison.

Il serait en outre inapproprié de pénaliser davantage Skype pour s'être légitimement prévalu des protections prévues par le système juridique belge.

*(ii) Degré de gravité de l'infraction*

---

<sup>38</sup> Conclusions de Skype du 31 juillet 2019, § 55.



Concernant la gravité de l'infraction, l'IBPT estime que :

*« 33. La gravité de l'infraction peut être évaluée compte tenu de la façon dont elle influe sur la réalisation des objectifs principaux visés par le cadre réglementaire comme la promotion de la concurrence et la protection des intérêts des utilisateurs.*

*34. L'infraction commise par Skype porte une atteinte grave aux différents objectifs poursuivis par la loi, car l'absence de notification à l'IBPT comme opérateur entraîne un non-respect potentiel de la LCE et de ses différents arrêtés d'exécution. La formalité de notification en tant qu'opérateur étant relativement simple, c'est en réalité à l'ensemble de la LCE que Skype entend échapper.*

*35. En ne faisant pas de notification et en ne reconnaissant pas qu'elle fournit un service de communications électroniques, Skype se soustrait aux règles de la LCE et de ses arrêtés d'exécution (...) » (extrait de la Décision).*

Elle indique par ailleurs dans ses conclusions que :

*« Si l'IBPT a estimé que l'infraction était d'une gravité élevée, ce n'est pas tant en raison du contenu de l'obligation enfreinte. La formalité requise est simple et les informations qui doivent être communiquées visent à pouvoir identifier le prestataire. Le degré de gravité de l'infraction tient à la nature des obligations qui découlent de cette notification et auxquelles le contrevenant essaie d'échapper en ne notifiant pas ses activités. Comme exposé, de la notification dépendent l'application effective de la législation en matière de communications électroniques, la compétence de l'IBPT pour en assurer le respect et celle de la Cour d'appel pour en assurer le contrôle juridictionnel. »*

Et :

*« L'infraction commise par Skype est, par nature, en raison de son objet, d'un degré élevé de gravité. Il était donc justifié d'imposer une sanction suffisamment dissuasive, en l'occurrence une amende. Les faits ont montré que l'IBPT aurait sans doute dû être plus sévère encore. » (extrait des conclusions de l'IBPT)*

Tel n'est pas le point discuté pourtant ici puisque ce qui est examiné n'est pas l'existence de l'infraction mais sa gravité.



Or ce n'est pas parce qu'une infraction est évidente (dans la version des faits avancée par l'IBPT), qu'elle est grave.

L'IBPT, dans la section 196 de ses conclusions, essaie de clarifier la distinction entre le raisonnement justifiant l'imposition d'une amende d'une part et de la quantifier d'autre part, mais ne clarifie pas pourquoi le même élément « aggravant » est utilisé pour déterminer à la fois le montant de base et également pour augmenter l'amende. En outre, il semble encore que la distinction revendiquée n'existe pas : dans les deux cas (imposer l'amende et la quantifier), l'IBPT mentionne essentiellement le comportement de Skype (à savoir le « comportement d'enfreindre » et le « comportement personnel intentionnel » et que Skype « essaie d'échapper »).

La Décision doit être réformée pour ce motif.

Au regard des différents éléments avancés ci-dessus, la gravité de l'infraction commise par Skype doit être qualifiée de moyenne, et, partant, en imposant une amende (maximale) d'un montant de 223.454 euros, l'IBPT a commis une erreur d'appréciation.

(iii) *Circonstances aggravantes*

En l'espèce, l'IBPT a tenu compte de trois circonstances aggravantes<sup>39</sup> :

- La première circonstance aggravante tient au **caractère délibéré** de l'infraction. C'est en pleine connaissance de cause que Skype a refusé de procéder à la notification prévue à l'article 9, § 1<sup>er</sup> de la LCE, même après y avoir été invité par l'IBPT.
- La deuxième circonstance aggravante tient à la **poursuite de l'infraction** de Skype. Non seulement Skype a délibérément refusé de soumettre son service SkypeOut au cadre réglementaire, mais elle a persisté dans ce choix de manière obstinée, en dépit des actions et prises de positions claires que l'IBPT a adoptées à la suite de son courrier du 14 août 2013.
- La troisième circonstance aggravante retenue par l'IBPT concerne la **mauvaise collaboration** de Skype, notamment les délais pris par Skype pour répondre à diverses demandes de l'IBPT et le refus de communiquer la moindre donnée sur son chiffre d'affaires réalisé en Belgique.

---

<sup>39</sup> Décision contestée, §§ 40-45.



La Cour estime que le simple fait que Skype ait été en désaccord avec la position adoptée par l'IBPT ne peut pas en lui-même être considéré comme une circonstance aggravante (la soi-disant « infraction intentionnelle »). Skype avait en effet le droit d'adopter des positions divergentes à celles adoptées par l'IBPT et dispose en outre explicitement du droit de contester la décision de l'IBPT devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Il ne pourrait être raisonnablement reproché à Skype d'avoir sciemment continué à 'violier' la loi aussi longtemps que cette loi n'était pas claire ou clarifiée. Le fait que la Cour ait décidé de poser quatre questions préjudicielles à la COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE concernant le statut d'une fonctionnalité telle que SkypeOut démontre les controverses existant en cette matière.

La circonstance aggravante revient en réalité au simple refus de Skype d'accepter la validité du raisonnement de l'IBPT.

Enfin, Skype conteste fermement n'avoir pas fait preuve de coopération avec l'IBPT. Dans la Décision, l'IBPT confirme l'existence d'échanges continus avec Skype, nonobstant le défaut de compétence légale de l'IBPT tel qu'invoqué par Skype. La Décision ne démontre pourtant aucune intention dans le chef de Skype de ne pas faire preuve de coopération. La seule exception concerne les demandes d'informations financières hautement sensibles concernant SkypeOut. L'IBPT en réalité limite la possibilité pour Skype de contester en droit sa décision, en imposant une amende supérieure pour ce motif.

En l'espèce, infliger une amende maximale de 223.454 euros ne constitue pas une sanction « proportionnée ».

Les manquements précités apparaissent de manière encore plus claire lorsqu'on compare les amendes que l'IBPT a déjà imposées à d'autres sociétés.

Le calcul de l'amende devrait résulter de l'application de lignes directrices, ou à tout le moins se fonder sur des « précédents », afin de garantir que chacun soit traité de manière équitable. Il conviendrait aussi, dans ce cadre, de tenir compte du principe général imposant que chaque décision soit motivée de manière adéquate et correcte.

Au vu de ce qui précède, il est frappant de constater qu'une comparaison entre les décisions de l'IBPT reflète en réalité un manque total de cohérence dans l'application des amendes.. Ainsi, dans certaines décisions, l'IBPT a indiqué qu'il n'était « pas opportun ni proportionnel » d'imposer l'amende maximale. Dans la Décision, au contraire, l'IBPT n'évalue



pas la nature proportionnelle ou adéquate de l'amende maximale, ces principes n'étant généralement pas invoqués dans le processus décisionnel.

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

De plus, dans le calcul de l'amende, l'IBPT multiplie le montant de base obtenu sur base du chiffre d'affaires qu'elle a estimé pertinent et du pourcentage choisi, par un coefficient de 2,5 afin de tenir compte de la durée de l'infraction. Force est pourtant de constater que dans des cas similaires, aucune majoration du montant de base n'a été effectuée pour ce motif. Dans une autre décision en cause de Telenet <sup>40</sup>, pour une infraction qualifiée de sérieuse par l'IBPT avec, de la part de Telenet, un comportement « *qui ne peut être toléré* » selon les propres termes de l'IBPT et alors que le chiffre d'affaires pertinent (soit de la branche des activités sur laquelle portait l'infraction) pris en compte pour la détermination du montant de base de l'amende (402 millions d'euros) peut engendrer une amende maximale de plus de 20.000.000 €, une amende de 12.500 € « seulement » a été imposée par l'IBPT, soit 0.06 % de l'amende maximale sur base du montant pertinent.

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

En l'absence de lignes directrices, d'une grille officielle ou d'un autre élément objectif, la Cour diminue le montant de l'amende administrative et le fixe *ex aequo et bono* à un montant de 50.000 euros.

## **SUR LES DÉPENS**

Compte tenu de la complexité de cette affaire, comme en témoigne, entre autres, la décision de la cour de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne, et nonobstant la décision de Skype de notifier SkypeOut à l'IBPT et de retirer sa demande principale, il semble raisonnable de compenser les dépens de cette procédure afin que chaque partie supporte ses propres frais.

---

<sup>40</sup> Décision du conseil de l'IBPT du 14 septembre 2010 concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour le non-respect de l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et de l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.



**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR,**

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

Statuant contradictoirement,

Déclare l'appel recevable et partiellement fondé ;

Diminue le montant de l'amende administrative et la fixe à 50.000 euros.

Compense les dépens de cette procédure afin que chaque partie supporte ses propres frais.

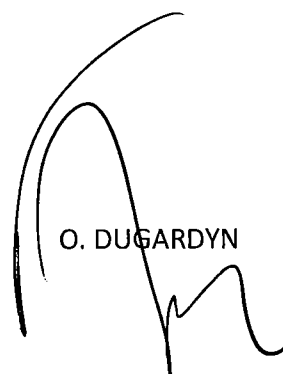
\*\*\*\*\*

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 02 octobre 2019 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
A-M. WITTERS	Conseiller
O. DUGARDYN	Conseiller
D. Geulette	Greffier



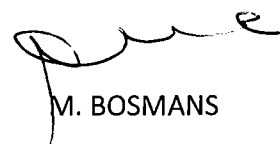
D. Geulette



O. DUGARDYN



A-M. WITTERS



M. BOSMANS



┌ PAGE 01-00001489994-0031-0031-06-01-4 ┐

