

**AVIS DE LA COMMISSION EUROPEENNE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 1,
DU REGLEMENT DU CONSEIL N° (CE) 1/2003 DU 16 DECEMBRE 2002 RELATIF A LA MISE EN
ŒUVRE DES REGLES DE CONCURRENCE PREVUES AUX ARTICLES 101 ET 102 DU TRAITE**

**Affaire Kapitól S.A. c/ Magyar Telekom
Arrêt interlocutoire du 8 mars 2012 de la Cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre**

INTRODUCTION

1. Le 20 mars 2012, la Cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre (la "Cour d'appel"), a transmis à la Commission européenne une demande d'avis sur l'illégalité éventuelle de la pratique dénoncée par Kapitól S.A. ("Kapitól") au regard de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE").
2. En vertu de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité¹ (actuellement, articles 101 et 102 TFUE), les juridictions nationales peuvent, lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 TFUE, demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou/et un avis sur des questions relatives à l'application du droit de la concurrence de l'UE.
3. Le point 27 de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 101 et 102 du Traité² (la "Communication"), précise que, lorsqu'elle doit appliquer les règles de concurrence de l'UE, une juridiction nationale peut d'abord rechercher des indications au sein de la jurisprudence des juridictions de l'UE, ainsi qu'à travers les règlements, décisions, communications et lignes directrices de la Commission relatives à l'application des articles 101 et 102 TFUE. Lorsque ces instruments ne fournissent pas d'indications suffisantes, la juridiction nationale peut demander à la Commission son avis sur des questions relatives à l'application des règles de concurrence de l'UE.
4. Il convient de rappeler que les avis rendus par la Commission, au titre de l'article 15, paragraphe 1^{er}, du règlement n° 1/2003, ne lient pas les juridictions nationales. Seule la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour donner aux juridictions nationales une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'UE, dans le cadre de la procédure préjudicielle. L'article 267 TFUE dispose que lorsqu'une question d'interprétation des règles du droit européen est soulevée devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, peut ou, si elle est de dernière instance, doit demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.
5. Conformément au point 29 de la Communication, en rendant l'avis sollicité, la Commission se borne à communiquer à la juridiction nationale les informations factuelles ou les clarifications

¹ JO L 1/1 du 4.1.2003.

² JO C 101 du 27.04.2004, p. 54.

économiques ou juridiques requises, sans se prononcer sur le fond de l'affaire dont la juridiction est saisie.

LE CONTEXTE FACTUEL ET PROCEDURAL ET LES QUESTIONS DEFEREES

Les parties

6. Kapitol est une société anonyme de droit belge dont le siège est établi à Bruxelles. L'entreprise a pour activité l'édition d'annuaires téléphoniques sur supports électroniques et l'exploitation de divers sites internet, dont le site <http://www.infobel.com>, permettant la consultation des numéros de téléphone des abonnés aux réseaux téléphoniques, tels qu'ils résultent des données extraites des annuaires d'opérateurs de téléphonie vocale européens et non-européens. Elle commercialise également des CD-ROM et des DVD-ROM ayant le même objet.
7. Magyar Telekom est une société de droit hongrois dont le siège est établi à Budapest. Il s'agit de l'opérateur historique hongrois du service de téléphonie vocale fixe, également chargé d'une mission de service universel qui consiste à fournir des services d'annuaire et de renseignements téléphoniques en Hongrie. Ces annuaires téléphoniques sont édités par sa filiale MTT.

L'origine du litige

8. Selon l'arrêt interlocutoire, le litige consiste essentiellement en un refus de fourniture de la part de Magyar Telekom, qui refuserait de communiquer à Kapitol les données de ses abonnés de téléphonie fixe, sur un support électronique. Magyar Telekom justifie ce refus en invoquant le droit hongrois, qui selon l'opérateur ne prévoit la mise à disposition de ces données qu'en vertu de la recommandation E115³ ou bien dans le cadre du service universel. Selon cette recommandation, l'accès depuis l'étranger aux informations concernant les abonnés se fait par le biais d'un service payant de renseignements téléphoniques, qui en Belgique est fourni par Belgacom. Magyar Telekom considère, par ailleurs, que Kapitol n'est pas un fournisseur de service universel et qu'il ne saurait donc accéder, à ce titre, aux données relatives à ses abonnés.
9. Kapitol prétend qu'un accès fondé sur la base de la recommandation E115 ne présente pas d'intérêt pour lui, car pour éditer un annuaire hongrois et compléter son annuaire européen, l'entreprise doit obtenir la remise physique de la base de données de Magyar Telekom.

La procédure devant la Cour d'appel

10. L'appel est dirigé contre le jugement rendu le 15 février 2010 par le président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en cassation.
11. L'appel a été formé par requête de Kapitol auprès du greffe de la cour, le 26 avril 2010. Un appel incident a, par la suite, été introduit par Magyar Telekom, le 15 septembre 2010.
12. Par un arrêt du 8 mars 2012, reçu par la Commission le 20 mars 2012, la Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre, a sursis à statuer et saisi la Commission européenne pour avis.

³ Recommandation E 115 de l'UIT-T relative à l'assistance annuaire informatisée.

LES QUESTIONS POSEES A LA COMMISSION

13. La Cour requiert l'avis de la Commission sur la pratique dénoncée par Kapitól et plus particulièrement sur les questions de savoir si:
- a) *Magyar Telekom commet-elle un abus de position dominante, au sens de l'article 102 TFEU, en refusant d'adresser à Kapitól une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la communication électronique de sa banque de données contenant la liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations concernant les abonnés qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire de ses propres abonnés, dans des conditions équitables, raisonnables loyales, non discriminatoires et orientées vers les coûts?*
 - b) *Magyar Telekom commet-elle ainsi des pratiques restrictives de concurrence et un abus de position dominante sur le marché belge des annuaires téléphoniques hongrois et européens, au sens de l'article 102 TFEU?*
 - c) *La directive Service universel impose-t-elle d'interpréter la législation hongroise dans un sens selon lequel elle obligerait les fournisseurs de services téléphoniques à fournir les données d'identification de leurs abonnés à des fins privées d'exploitation commerciale de manière électronique et non seulement dans le cadre de la recommandation E115?*
 - d) *Dans le cas où la réponse aux questions a) et b) serait positive et où la réponse à la question c) serait négative, Magyar Telekom peut-elle se prévaloir, en l'espèce, du fait que le comportement anticoncurrentiel qui lui serait reproché serait imposé par la législation hongroise de telle sorte que les articles 101 et 102 TFEU ne seraient pas d'application?*

LE CADRE JURIDIQUE

La réglementation de l'Union

14. L'article 8, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux (la "Charte") énonce que:

«Les données à caractère personnel

Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.»

15. Les services d'annuaire et de renseignements téléphoniques, objets du litige, sont réglementés par le «cadre réglementaire commun» pour les réseaux et services de communications électroniques et en particulier par la 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 (directive «service universel») ⁴ et la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à

⁴ JO 2002, L 108/51.

caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»⁵). Ne sont reproduites ici que les directives et dispositions les plus pertinentes en l'espèce.

La directive «service universel»

16. Les onzième et trente-cinquième considérants de cette directive énoncent que:

«(11) Les services d'annuaires et de renseignements téléphoniques constituent des outils essentiels pour l'accès aux services téléphoniques accessibles au public et relèvent de l'obligation de service universel. Les utilisateurs et les consommateurs souhaitent des annuaires qui soient exhaustifs et un service de renseignements téléphoniques qui couvre l'ensemble des abonnés au téléphone répertoriés et leurs numéros (ce qui comprend les numéros de téléphone fixe et de téléphone mobile); ils désirent que ces informations soient présentées de façon impartiale. [...].»

« (35) La prestation de services de renseignements téléphoniques et d'annuaires est d'ores et déjà ouverte à la concurrence. Les dispositions de la présente directive complètent celles de la directive 97/66/CE en accordant aux abonnés le droit de voir figurer les données personnelles les concernant dans un annuaire imprimé ou électronique. Tous les fournisseurs de service attribuant des numéros de téléphone à leurs abonnés sont tenus de mettre à [...] disposition des informations utiles selon des modalités équitables, tenant compte des coûts et non discriminatoires.»

17. L'article 5, paragraphe 1, point a) de cette directive dispose que:

«Les États membres veillent à ce que: a) au moins un annuaire complet soit mis à la disposition des utilisateurs finals sous une forme approuvée par l'autorité compétente, qu'elle soit imprimée ou électronique ou les deux à la fois, et soit régulièrement mis à jour, c'est-à-dire au moins une fois par an.»

18. L'article 5, paragraphe 2, dispose que:

«Les annuaires visés au paragraphe 1 comprennent, sous réserve des dispositions de l'article 12 de 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»), tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public.»

19. L'article 25, paragraphe 2, dispose que:

«Les États membres veillent à ce que toutes les entreprises qui attribuent des numéros de téléphone à des abonnés répondent à toutes les demandes raisonnables de mise à disposition, aux fins de la fourniture de services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire, des informations pertinentes, sous une forme convenue et à des conditions qui soient équitables, objectives, modulées en fonction des coûts et non discriminatoires.»

⁵ JO 2002, L 201/37.

20. L'article 25, paragraphe 5, dispose que:

«Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sous réserve des exigences de la législation communautaire en matière de protection des données à caractère personnel et de la vie privée et, en particulier, de l'article 12 de la directive 2002/58/CE (directive «vie privée et communications électroniques»).»

La directive «vie privée et communications électroniques»

21. Les trente-huitième et trente-neuvième considérants de cette directive énoncent que:

«(38) Les annuaires d'abonnés aux services de communications électroniques sont largement diffusés et publics. Pour protéger la vie privée des personnes physiques et l'intérêt légitime des personnes morales, il importe que l'abonné soit à même de déterminer si les données à caractère personnel qui le concernent doivent être publiées dans un annuaire et, dans l'affirmative, lesquelles de ces données doivent être rendues publiques. Il convient que les fournisseurs d'annuaires publics informent les abonnés qui figureront dans ces annuaires des fins auxquelles ceux-ci sont établis et de toute utilisation particulière qui peut être faite des versions électroniques des annuaires publics, notamment grâce aux fonctions de recherche intégrées dans le logiciel, telles que les fonctions de recherche inverse qui permettent aux utilisateurs d'un annuaire de trouver le nom et l'adresse d'un abonné à partir d'un simple numéro de téléphone.

(39) C'est à la partie qui collecte des données à caractère personnel auprès d'abonnés que devrait incomber l'obligation d'informer ceux-ci des fins auxquelles sont établis des annuaires publics comportant des données personnelles les concernant. Si ces données peuvent être transmises à un ou plusieurs tiers, l'abonné devrait être informé de cette possibilité ainsi que des destinataires ou catégories de destinataires éventuels. Une telle transmission ne devrait pouvoir se faire que s'il est garanti que les données ne pourront pas être utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées. Si la partie qui a collecté ces données auprès de l'abonné ou un tiers quelconque auquel elles ont été transmises souhaitent les exploiter à d'autres fins, ladite partie ou ledit tiers devront obtenir une nouvelle fois le consentement de l'abonné.»

22. L'article 12 prévoit aux paragraphes 1 à 4 que:

«1. Les États membres veillent à ce que les abonnés soient informés gratuitement et avant d'y être inscrits des fins auxquelles sont établis des annuaires d'abonnés imprimés ou électroniques accessibles au public ou consultables par l'intermédiaire de services de renseignements, dans lesquels les données à caractère personnel les concernant peuvent figurer, ainsi que de toute autre possibilité d'utilisation reposant sur des fonctions de recherche intégrées dans les versions électroniques des annuaires.

2. Les États membres veillent à ce que les abonnés aient la possibilité de décider si les données à caractère personnel les concernant, et lesquelles de ces données, doivent figurer dans un annuaire public, dans la mesure où ces données sont pertinentes par rapport à la fonction de l'annuaire en question telle qu'elle a été établie par le fournisseur de l'annuaire. Ils font également en sorte que les abonnés puissent vérifier, corriger ou supprimer ces données. La non-inscription dans un annuaire public d'abonnés, la vérification, la correction ou la suppression de données à caractère personnel dans un tel annuaire est gratuite.

3. Les États membres peuvent demander que le consentement des abonnés soit également requis pour toute finalité d'annuaire public autre que la simple recherche des coordonnées d'une personne sur la base de son nom et, au besoin, d'un nombre limité d'autres paramètres.

4. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent aux abonnés qui sont des personnes physiques. Les États membres veillent également, dans le cadre du droit communautaire et des législations nationales applicables, à ce que les intérêts légitimes des abonnés autres que les personnes physiques soient suffisamment protégés en ce qui concerne leur inscription dans des annuaires publics.»

23. L'article 19 de la directive dispose que:

«La directive 97/66 (directive dite "ONP") est abrogée avec effet à partir du 31 octobre 2003 et que «les références faites à la directive abrogée s'entendent comme étant faites à la présente directive». Les références à l'article 11 de la directive 97/66 doivent ainsi être comprises comme des références à l'article 12 de la directive «vie privée et communications électroniques».

ANALYSE DES QUESTIONS POSEES

Première et deuxième questions

24. Par ses première et deuxième questions, la juridiction nationale souhaite savoir en substance si Magyar Telekom, en opposant son refus de fourniture, a commis en l'espèce un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE; la Commission choisit de traiter conjointement ces deux questions, en tenant compte toutefois de leurs spécificités.

Remarques liminaires

25. Comme cela ressort d'une jurisprudence désormais établie, un refus de livrer émanant d'une entreprise en position dominante peut, dans certaines circonstances et pour autant qu'il ne soit pas objectivement justifié, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFEU (ex. article 82 CE). La Cour a ainsi considéré qu'une société en position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de réserver ces matières à sa propre production de dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence par ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 102 (ex. article 82CE).⁶

26. Selon la jurisprudence, un refus de fourniture constitue un abus de position dominante notamment lorsque ce refus émane d'une entreprise en position dominante sur un marché amont, qu'il porte sur un produit ou sur un service indispensable pour exercer une activité sur un marché aval, que ce refus est susceptible de conduire à l'élimination de concurrence effective sur le marché aval et qu'il n'existe pas une justification objective à ce refus.

⁶ Arrêt de la Cour du 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission*, 6/73 et 7/73, Rec. 1974 p. 223 ; voir, en ce qui concerne un refus de fournir un service, arrêt de la Cour du 3 octobre 1985, *CBEM*, 31 I/84, Rec. 1985 p. 3261.

Sur la définition du marché pertinent

27. Avant d'être en mesure de déterminer si Magyar Telecom dispose d'une position dominante, il convient de définir les marchés pertinents. Il appartient à la juridiction nationale, statuant dans le cadre procédural établi par la législation nationale, de définir les marchés en cause, en tenant compte de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Étant donné l'importance de la définition du marché pour l'analyse concurrentielle, la Commission se permet de mentionner les aspects suivants, qui pourront être utiles pour la détermination des marchés concernés.
28. Dès lors que l'affaire concerne un éventuel abus de position dominante prenant la forme d'un refus de fourniture d'un intrant indispensable, il est nécessaire de définir le marché amont (sur lequel une position dominante devra être établie), ainsi que le marché aval (marché sur lequel il devra être établi que le produit ou le service dont la fourniture a été refusé est nécessaire à la fabrication d'un autre produit ou à la fourniture d'un autre service).
29. L'approche de la Commission en matière de définition du marché, dans le cadre de l'application des Articles 101 et 102 du Traité, part du principe que le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou les services considérés comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.⁷ Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines du fait que, notamment, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable⁸.
30. Concernant le marché de produit amont, il convient de noter qu'en tant qu'opérateur de téléphonie vocale, Magyar Telekom attribue des numéros de téléphone à ses abonnés. Elle est en outre la seule à disposer d'une base de données reprenant ces numéros et les informations nécessaires à leur identification. Dès lors, l'accès au fichier des abonnés de Magyar Telekom ne semble pas être interchangeable avec l'accès au fichier des abonnés d'un autre opérateur. En l'occurrence il semble nécessaire de se demander si le mode d'accès à ce fichier est pertinent pour définir le marché amont, en prenant en considération que, selon l'arrêt interlocutoire, Kapitól considère que la mise à disposition physique de la base de données n'est pas substituable aux autres modes d'accès.
31. Sur la base des informations de l'arrêt interlocutoire, il convient donc de noter que l'offre de services annuaires ou de services de renseignements téléphoniques par une entreprise autre que l'opérateur offrant une connexion de téléphonie nécessite un accès physique aux données des abonnés de cet opérateur. Il semble difficile de concevoir que cet accès puisse être remplacé par le renvoi aux renseignements téléphoniques ou par l'accès en ligne à ces données.
32. Concernant le marché de produit en aval, Kapitól est une entreprise offrant des services annuaires, qui contiennent des informations relatives aux abonnés des opérateurs, tant européens

⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, para. 7, JO C 372 du 09.12.1997, p 5.

⁸ Communication précitée sur la définition du marché en cause, para 8.

que non-européens. Concernant la définition des marchés sur lesquels Kapitol offre ses produits et services, il convient d'analyser s'il y a lieu de distinguer deux types de services (marché des annuaires téléphoniques d'une part, marché des renseignements téléphoniques d'autre part). A cet égard, il convient de vérifier si ces services ne sont pas interchangeable, en premier lieu du point de vue de la demande, et en second lieu du point de vue de l'offre. Il convient aussi de vérifier s'il existe d'une part un marché des annuaires téléphoniques nationaux et d'autre part un marché distinct des annuaires téléphoniques internationaux qui regroupent les informations sur les abonnés d'opérateurs localisés dans plusieurs pays. Dans ce contexte, il faudra tenir compte des éléments qui caractérisent chacun de ces services: alors que les renseignements téléphoniques sont en général payants et ne permettent normalement que d'obtenir des informations sur des abonnés déterminés, les annuaires téléphoniques imprimés, en ligne, sur CD ou DVD offrent souvent une multitude de possibilités de recherche, et ce sans frais pour l'utilisateur souhaitant obtenir un renseignement: ces annuaires contiennent souvent l'adresse postale de l'abonné, son adresse email ou son site internet. Comme les annuaires procèdent de différentes manières au classement des informations sur les abonnés (alphabétique, en fonction de la profession/activité économique ou de la localité), ils offrent un plus grand éventail d'informations que les services de renseignement téléphonique. Ceci se vérifie *a fortiori* pour les annuaires qui regroupent des informations sur les abonnés de plusieurs opérateurs téléphoniques de différents pays (membres ou non-membres de l'UE). Des tels annuaires proposent des informations nettement plus complètes que l'annuaire publié par Magyar Telecom.

33. Dès lors, il semble que les services de renseignement téléphoniques, les annuaires nationaux et les annuaires internationaux ne sont que partiellement substituables, et ce dans le cas où l'abonné recherché est clairement identifié par celui qui a besoin de connaître son numéro de téléphone. Pour tous les autres types de services de renseignement une telle substituabilité ne semble pas exister et ces trois types de services pourraient donc appartenir à des marchés de produits distincts.
34. En ce qui concerne la dimension géographique du marché amont pertinent, la Commission considère que le fait que l'opérateur historique hongrois du service de téléphonie vocale constitue cette base de données annuaires à l'occasion de la souscription d'abonnements téléphoniques milite en faveur d'une délimitation nationale de ce marché, s'étendant au territoire de la Hongrie.
35. Concernant la dimension géographique du marché aval, la Commission considère qu'il revient à la juridiction nationale d'en établir la définition, sur la base des critères définis par la jurisprudence et par la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause⁹. A cet effet, il convient, tout d'abord, de prendre en considération les caractéristiques de la demande, telles que l'importance des préférences nationales ou locales, les habitudes d'achat des clients, la différenciation des produits, ainsi qu'en particulier les barrières linguistiques, afin de déterminer si des sociétés implantées en dehors du territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs. La question pertinente consiste à savoir si les consommateurs sont susceptibles de transférer leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs, à court terme et à moindre coût¹⁰. Deuxièmement, les facteurs liés à l'offre

⁹ Précitée, para 28-31.

¹⁰ Précitée, para 29.

doivent également être examinés, afin de vérifier si des sociétés implantées dans des zones distinctes ne se heurteraient pas à des entraves, au cas où elles souhaiteraient développer leurs ventes dans des conditions concurrentielles sur l'ensemble du territoire.

36. En l'espèce, la Commission ne dispose pas des données nécessaires à la résolution définitive de ces questions. Elle se borne à observer que, puisque Kapitól offre ses services annuaires par internet et que la personne qui recherche une information dans ce type de base de données doit disposer d'une connaissance linguistique suffisante pour pouvoir faire ses recherches, il semble que le marché géographique pertinent pourrait s'étendre à la zone géographique dont la langue utilisée dans l'annuaire est la langue courante. La couverture géographique de l'information regroupée dans l'annuaire en question peut également jouer un rôle déterminant dans la définition du marché géographique pertinent. Au final, si l'analyse conduit la juridiction à conclure que les consommateurs peuvent se fournir à court terme et à moindre coût auprès de fournisseurs situés en dehors du territoire défini par le critère linguistique, ou que ces fournisseurs sont en mesure de pénétrer le marché rapidement et à un coût négligeable, il est alors probable que le marché pertinent devra être considéré comme plus large que le territoire défini par le critère linguistique et qu'il revêt au moins une dimension européenne. En tout état de cause, que l'une ou l'autre définition soit retenue n'a pas d'influence sur le résultat de l'analyse à l'aune de l'article 102 TFUE.

Sur l'existence d'une position dominante

37. Comme l'énonce l'arrêt *United Brands*, auquel la juridiction nationale s'est correctement référée (point 20 de l'arrêt interlocutoire), une position dominante se définit, en droit de la concurrence de l'Union européenne, comme «une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs».
38. A cet égard, la Cour d'appel semble se fonder essentiellement sur les allégations de Kapitól, selon lesquelles Magyar Telekom occuperait une position dominante sur le marché amont de l'accès aux coordonnées téléphoniques de ses abonnés en Hongrie, ce qui lui conférerait une position dominante sur le marché aval des services d'annuaire.
39. Si le marché amont est – comme expliqué ci-dessus – défini comme l'accès au fichier des données relatives aux abonnés de Magyar Telekom, Magyar Telekom détient une position dominante sur ce marché.
40. La position dominante de Magyar Telekom sur le marché amont étant établie, il est alors nécessaire de déterminer si son refus de fourniture des données relatives à ses abonnés peut être qualifié d'abus de position dominante.

Sur l'existence d'une pratique abusive – (1) Indispensabilité de l'intrant

41. A cet égard, il ressort de la jurisprudence¹¹ que le critère d'indispensabilité n'exige pas qu'aucun concurrent ne puisse entrer ou survivre sur le marché aval, dans le cas où l'accès au produit ou au service amont lui serait refusé. Il suffit pour cela qu'il n'existe aucun produit ou aucun service de substitution, réel ou potentiel, auquel les concurrents sur le marché aval puissent recourir, afin de contrer – au moins à long terme – les conséquences négatives du refus d'accès¹². En termes pratiques, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE¹³, cela implique d'examiner si l'entreprise demanderesse d'accès, ou un concurrent, peut, dans un avenir prévisible, reproduire efficacement le service ou le produit refusé. Pour les entreprises demandereses, "reproduire" fait référence à la possibilité de trouver une source alternative, afin d'exercer sur le marché aval, une pression concurrentielle suffisante sur l'entreprise dominante.
42. En l'espèce, comme mentionné ci-dessus, les fichiers des données relatives aux abonnés d'un opérateur peuvent être qualifiés de produits ou d'infrastructures indispensables, en raison de leur caractère non interchangeable avec les fichiers d'un autre opérateur, et du fait qu'il n'existe pas d'alternative viable pour les concurrents potentiels de leur détenteur. En conséquence, le caractère indispensable de la base de données, constituée par une entreprise attribuant des numéros de téléphone à ses abonnés, peut difficilement être mis en cause.
43. Une raison supplémentaire au soutien de ce raisonnement tient au régime réglementaire mis en place au sein de l'UE, et en particulier à l'article 25, paragraphe 2, de la directive «service universel», qui impose aux Etats membres de prévoir, pour chaque opérateur attribuant des numéros aux utilisateurs finaux, l'obligation *ex ante* d'assurer l'accès aux bases de données relatives à ses abonnés, afin de rendre possible la fourniture de services accessibles de renseignements téléphoniques et d'annuaire.
44. En ce qui concerne l'étendue de cette même obligation de fourniture, l'article 25, paragraphe 2, de la directive «service universel» dispose que les Etats membres doivent prévoir que chaque opérateur - propriétaire d'une base de données - est tenu de communiquer «des informations pertinentes, sous une forme convenue et à des conditions qui soient équitables, objectives, modulées en fonction des coûts et non discriminatoires». Même si cette obligation *ex ante* est formulée dans le cadre de la directive «service universel», elle concerne tous les opérateurs de téléphonie vocale qui constituent une base de données d'abonnés, et non seulement l'opérateur de service universel. Cela même en tenant compte du fait que les services de renseignements téléphoniques au public et d'édition d'annuaires constituent aussi un élément du service universel rendu sur le territoire d'un Etat membre. En effet, le trente-cinquième considérant de la directive «service universel» rappelle que la prestation de services de renseignements téléphoniques et d'annuaire est d'ores et déjà ouverte à la concurrence, suite à l'application du cadre réglementaire

¹¹ Arrêt de la Cour du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission* (ci-après "*Microsoft I*"), affaire T-201/04, Recueil, p. II-3601, points 428 et 560-563.

¹² Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, *Bronner/Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH*, affaire C-7/97, Recueil 1998, p. I-7791, points 44 et 45.

¹³ Arrêt *Bronner* précité, point 46.

de 1998 et en particulier de la Directive 97/33/CE¹⁴ qui avait libéralisé la fourniture des services et infrastructures de télécommunications dans l'UE.

45. Ainsi, comme il ressort du point 36 de l'arrêt de la Cour du 5 mai 2011, *Deutsche Telekom AG / Bundesrepublik Deutschland*¹⁵ concernant les services d'annuaire «dans un marché concurrentiel, l'obligation pour les entreprises qui attribuent des numéros de téléphone de transmettre les données relatives à leurs propres abonnés, conformément à l'article 25, paragraphe 2, de cette directive, permet, en principe, non seulement à l'entreprise désignée d'assurer le respect de l'obligation de service universel prévue à l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive, mais également à tout fournisseur de services téléphoniques de constituer une base de données exhaustive et de déployer des activités sur le marché des services de renseignements téléphoniques et d'annuaire.»
46. Il s'ensuit que, aussi longtemps que les conditions requises par l'article 25, paragraphe 2, de la directive «service universel» sont respectées, et prenant en considération le caractère essentiel de la base de données des abonnés, constituée par chaque opérateur téléphonique, cette obligation *ex ante* est destinée à garantir la fourniture de tous les services de renseignements téléphoniques et d'annuaire, fondés sur l'accès à ladite base de données. Une interprétation étroite, fondée sur la nationalité des entreprises ayant droit d'accès à la base de données susmentionnée, ou sur la nationalité des utilisateurs finaux, auxquels les services d'annuaires sont adressés, serait contraire à la finalité principale du cadre réglementaire de l'UE relatif aux services de communication électronique qui consiste en l'établissement d'un marché unique européen pour ces services.
47. Il convient dès lors de conclure qu'en l'espèce s'agissant des données des abonnés de Magyar Telekom, le critère d'indispensabilité au sens de la jurisprudence relative à l'article 102 TFUE semble être rempli.

Sur l'existence d'une pratique abusive – (2) Sur l'élimination de toute concurrence effective

48. En ce qui concerne l'examen du critère d'élimination de toute concurrence effective sur le marché aval, la Commission considère que si le caractère d'indispensabilité du produit dont la fourniture est demandée à une entreprise dominante est établi, le refus de fourniture est, en règle générale, susceptible d'éliminer, immédiatement ou à terme, toute concurrence effective sur le marché aval. Selon les points 561 à 563 de l'arrêt *Microsoft I*, l'article 102 TFEU ne s'applique pas uniquement à partir du moment où la concurrence a disparu, ou quasiment disparu du marché. Le fait que les concurrents de l'entreprise en position dominante restent présents, de manière marginale, sur le marché ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'une telle concurrence¹⁶. Il importe donc que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur ce marché. Dans des telles circonstances, un tel refus comporte une atteinte aux intérêts des consommateurs¹⁷.

¹⁴ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) JO L 199 du 26.07.1997, p.32.

¹⁵ Arrêt de la Cour du 5 mai 2011, *Deutsche Telekom AG / Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-543/09, non encore publié.

¹⁶ Arrêt *Microsoft I*, précité.

¹⁷ Arrêt de la Cour du 27 mars 2012, *Post Danmark*, affaire C-209/10, Recueil 2012, point 44.

49. En l'espèce, les fichiers des données relatives aux abonnés d'un opérateur de téléphonie se révèlent objectivement nécessaires pour toute entreprise offrant des services d'annuaire à des fins commerciales. Il en résulte que le refus de ménager un accès à ces fichiers est susceptible d'empêcher l'entreprise demanderesse de pénétrer sur le marché des services annuaires et, en particulier, d'éditer un annuaire électronique des abonnés hongrois. Par conséquent, la Commission considère que la condition d'élimination de toute concurrence effective est satisfaite.

Sur l'existence de justifications objectives

50. Après avoir précisé les conditions et l'étendue de l'obligation réglementaire de fourniture, ainsi que les entreprises ayant droit d'exiger son exécution, il est nécessaire d'examiner la justification, apportée par Magyar Telekom, de son refus de communiquer les données relatives à ses abonnés. A titre liminaire, la Commission rappelle que selon la jurisprudence un refus de fournir n'est pas considéré comme illégal si l'entreprise dominante peut le justifier objectivement.
51. En l'espèce, sur la base des informations disponibles, il apparaît que Magyar Telekom a refusé l'accès à sa base de données d'abonnés téléphoniques dans la forme demandée, en invoquant le droit national hongrois, et en particulier certaines dispositions concernant la protection de la vie privée des abonnés. En particulier, Magyar Telekom refuserait la remise physique de cette base, en considérant qu'elle implique une perte de contrôle de celle-ci, ainsi que l'impossibilité d'assurer sa correction et sa mise à jour.
52. La Commission rappelle que, en vertu du mécanisme de coopération entre la Commission et les juges nationaux instauré en vertu du règlement n° 1/2003, elle n'est pas compétente pour donner un avis au sujet du droit communautaire qui ne relève pas du champ d'application du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation du cadre réglementaire en matière de télécommunication présenté plus haut est un élément certes accessoire mais nécessaire pour examiner la question centrale à savoir la conformité du comportement de Magyar Telekom avec l'article 102 TFUE.
53. Toutefois, s'agissant d'un argument de nature à disculper Magyar Telekom et sans préjudice de la compétence de la Cour d'appel, la Commission estime utile de relever ce qui suit. Sur la simple base des informations relatives à la législation hongroise citée au point 28 de l'arrêt interlocutoire, la Commission observe en premier lieu que, selon l'article 9, paragraphe 4 de la loi hongroise n° 63 de 1992 sur la protection des données à caractère personnel et sur la publicité des données d'intérêt public, à laquelle Magyar Telekom fait référence, «la transmission des données aux membres de l'Union européenne est traitée comme si la transmission prenait place à l'intérieur du territoire de la République de Hongrie».
54. Au-delà du principe d'équivalence du transfert des données, explicitement reconnu par le droit national, la Commission observe également, en deuxième lieu, que les extraits de la législation hongroise, cités dans le jugement interlocutoire, ne confirment pas l'interprétation proposée par Magyar Telekom. Selon Magyar Telekom, le droit hongrois, et en particulier l'article 146 de la loi C de 2003, interdirait la remise physique de la base de données relatives à ses abonnés, afin de garantir la protection des données à caractère personnel. Or, la Commission constate que cette disposition nationale ne semble pas interdire la remise physique de la base de données. Prima facie elle ne fait qu'exiger le consentement préalable des abonnés dont les données seront traitées.

Une telle exigence est d'ailleurs également requise par l'article 8, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 12 de la directive «vie privée et communications électroniques». Par conséquent, la disposition nationale mentionnée ci-dessus ne semble pas interdire la remise des données, et semble par ailleurs être conforme aux dispositions pertinentes du droit de l'Union.

55. La Commission souligne également que l'article 12 de la directive «vie privée et communications électroniques» est une disposition spéciale, consacrée à la protection des données à caractère personnel figurant dans des annuaires d'abonnés imprimés ou électroniques accessibles au public. Conformément à cette disposition, les abonnés doivent être informés, avant d'être inscrits dans les annuaires, de l'utilisation de leurs données en vue d'offrir des services de renseignements téléphoniques ou d'annuaire, ainsi que de toute autre possibilité d'utilisation de leurs données. Il en résulte que les abonnés doivent donner leur consentement pour figurer dans un annuaire accessible au public, indépendamment de sa forme (imprimée, électronique ou autre).
56. En vertu de l'article 12, paragraphe 2, de la directive «vie privée et communications électroniques» tel que supporté par son trente-neuvième considérant, le consentement des abonnés doit porter sur les fins pour lesquelles leur données à caractère personnel sont utilisées, à savoir sur les fins pour lesquelles des annuaires publics sont établis, et sur toute utilisation particulière qui peut en être faite, notamment grâce aux fonctions de recherche, intégrées au logiciel des versions électroniques des annuaires.
57. Le trente-neuvième considérant de la directive «vie privée et communications électroniques» précise, concernant l'obligation d'information préalable des abonnés, au titre de l'article 12, paragraphe 1, de cette directive, que, «[s]i [l]es données [à caractère personnel] peuvent être transmises à un ou plusieurs tiers, l'abonné devrait être informé de cette possibilité ainsi que des destinataires ou catégories de destinataires éventuels».
58. Ainsi, comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt *Deutsche Telekom AG*, précité, «il ressort d'une interprétation contextuelle et systématique de l'article 12 de la directive "vie privée et communications électroniques" que le consentement au titre du deuxième paragraphe de cet article porte sur la finalité de la publication des données à caractère personnel dans un annuaire public et non sur l'identité d'un fournisseur d'annuaire en particulier»¹⁸. L'abonné ne dispose donc pas d'un droit de décision sélectif au profit de certains fournisseurs de services de renseignements téléphoniques et d'annuaire. Lorsque l'abonné «a consenti à ce que ses données soient publiées dans un annuaire ayant une finalité particulière, il n'aura généralement pas d'intérêt à s'opposer à la publication des mêmes données dans un autre annuaire similaire»¹⁹.
59. En l'espèce, le consentement des abonnés de Magyar Telekom, de figurer ou non dans un annuaire accessible au public, peut être présumé, étant donné que sa filiale, MTT, fournisseur national du service universel, offre déjà des services d'annuaire en Hongrie.
60. Il en résulte donc que le consentement des abonnés, quant à l'inscription de leurs données dans un annuaire, est valable pour tous les annuaires accessibles au public, indépendamment du fait qu'ils

¹⁸ Point 61.

¹⁹ Point 62.

soient distribués dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne. Par conséquent, « la transmission de ces mêmes données à une autre entreprise visant à publier un annuaire public sans qu'un nouveau consentement ait été donné par cet abonné ne saurait porter atteinte à la substance même du droit à la protection des données à caractère personnel, tel que reconnu à l'article 8 de la Charte et par l'article 12 de la directive "vie privée et communications électroniques" »²⁰.

61. Comme le consentement des abonnés sur les objectifs d'utilisation de leurs données constitue l'un des éléments principaux du régime de la protection des données personnelles, l'article 12, paragraphe 3, de la directive «vie privée» prévoit que «les États membres peuvent demander que le consentement des abonnés soit également requis pour toute finalité d'annuaire public autre que la simple recherche des coordonnées d'une personne sur la base de son nom et, au besoin, d'un nombre limité d'autres paramètres». A cet égard, il ressort de l'article 12, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques», tel que soutenu par le trente-neuvième considérant de la même directive, que l'obtention du consentement de l'abonné est de nouveau envisagée «[s]i la partie qui a collecté ces données auprès de l'abonné ou un tiers quelconque auquel elles ont été transmises souhaitent les exploiter à d'autres fins».
62. Il découle de tout ce qui précède que la protection des données à caractère personnel est assurée par le droit de l'Union qui semble, sur la base des informations transmises par la Cour d'appel, avoir été correctement transposé par la législation nationale. Cette protection ne s'oppose pas à l'utilisation de telles données par des entreprises établies dans un autre Etat membre, à condition que les abonnés soient informés de cette utilisation, et qu'ils puissent donner leur consentement²¹.
63. Il convient dès lors de conclure que, sur la base des informations disponibles, le refus opposé par Magyar Telekom ne saurait être justifié de manière objective sur la base de la susmentionnée législation hongroise relative à la protection des données, dès lors que ses abonnés, en conformité avec la législation nationale telle qu'elle découle du droit de l'Union, en ont été informés au préalable et ont consenti à la publication de leurs données à caractère personnel dans l'annuaire national.
64. En outre, selon la jurisprudence, un refus de fourniture pourrait aussi être objectivement justifié si l'entreprise dominante parvenait à établir «que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs»²². A titre d'exemple, le refus pourrait être justifié s'il était nécessaire pour garantir à l'entreprise dominante d'obtenir un rendement adéquat des capitaux investis afin de développer son activité de fourniture ou que «sa propre activité d'innovation sera compromise par l'obligation de fourniture».
65. En l'espèce, sur la base des informations figurant dans le jugement interlocutoire, il semble que Magyar Telekom n'a pas présenté de tels arguments. En tout état de cause, cet aspect ne semble pas pertinent dans la présente affaire. En effet, la mise en place d'un annuaire complet ne requiert

²⁰ Point 66.

²¹ Arrêt de la Cour, *Deutsche Telekom AG / Bundesrepublik Deutschland* précité, point 67.

²² Arrêt *Post Danmark*, précité, points 41 et 42 et arrêt de la Cour du 17 février 2011, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, affaire C 52/09, non encore publié, point 76.

pas des investissements ou une activité d'innovation de grande envergure qui pourrait être compromise pas la fourniture d'accès aux fichiers des données d'abonnés. En outre, Magyar Telekom est soumis en l'espèce à une obligation réglementaire qui découle du droit national transposant l'article 25, paragraphe 2 de la directive «service universel» qui l'oblige à répondre à «toutes les demandes raisonnables de mise à disposition, aux fins de la fourniture de services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire».

66. En conclusion, il découle de tout ce qui précède que les critères du refus abusif de fourniture, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence des juridictions de l'Union, semblent réunis en l'espèce.

Troisième question

67. Par sa troisième question la juridiction nationale souhaite savoir si, selon une interprétation de la législation hongroise conforme à la directive «service universel», les fournisseurs de services téléphoniques sont obligés de fournir, par voie électronique, et non seulement dans le cadre de la recommandation E115, les données d'identification de leurs abonnés à des fins d'exploitation commerciale.
68. Avant de répondre à cette question, il est nécessaire de préciser que la Cour de justice a déjà jugé²³ que la disposition de l'article 6, paragraphe 3 de la directive «ONP»²⁴, dont la teneur est analogue à celle de l'article 25, paragraphe 2 de la directive «service universel», ne vise pas à l'harmonisation complète des législations. Comme cela ressort du point 42 de l'arrêt *Deutsche Telecom*, précité, «Dès lors qu'il s'agit d'une prescription minimale à respecter par les États membres, ils demeurent libres, en principe, d'adopter des dispositions plus exigeantes afin de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché des services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire».
69. Ainsi, les directives «service universel» ou «vie privée» n'imposent pas une forme particulière (électronique ou autre) à la fourniture d'accès. De plus, l'article 25, paragraphe 2 de la directive «service universel» prévoit clairement le recours à "une forme convenue", c'est-à-dire une forme acceptée par les deux parties. Conformément à l'article 12, paragraphes 1 et 2, de la directive «vie privée», la protection des données d'abonnés, ainsi que leur droit d'être informés des finalités d'utilisation de leur données, de vérifier, corriger ou supprimer ces données ou même de décider quelles données peuvent figurer dans un annuaire public, n'est pas affectée par la forme de l'annuaire «imprimés ou électroniques accessibles au public ou consultables par l'intermédiaire de services de renseignements».
70. Il convient, dès lors, de conclure que la directive «service universel» n'exige pas une forme particulière de fourniture des données d'identification des abonnés téléphoniques. De plus, la forme de cette fourniture ne saurait être conditionnée par la finalité de l'utilisation de ces données par l'entreprise demanderesse. La directive «vie privée» est également indifférente à la forme de la transmission des données, dès lors que la protection des données de caractère personnel est

²³ Arrêt de la Cour du 25 novembre 2004, *KPN Telecom BV*, affaire C-109/03, Recueil 2004, p. I-11273, point 35.

²⁴ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), précitée.

assurée, conformément au standard prévu par la législation nationale. En effet, pour les raisons déjà expliquées ci-dessus, aussi longtemps que les finalités d'utilisation des données d'abonnés ne changent pas, la forme de leur transmission est sans importance, comme l'indique l'article 12, paragraphe 3, de la directive «vie privée».

Quatrième question

71. Par sa quatrième question, la juridiction nationale demande, dans le cas où la réponse aux deux premières questions serait positive, et où la réponse à la troisième question serait négative, si Magyar Telekom pourrait se prévaloir du fait que le comportement anticoncurrentiel qui lui serait reproché pourrait être considéré comme lui ayant été imposé par la législation hongroise, de telle sorte que les articles 101 et 102 TFEU ne lui seraient pas applicables.
72. Il semble que la réponse à la quatrième question doive être négative. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les articles 101 et 102 TFEU ne visent que les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative.²⁵ D'après cette jurisprudence, si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou que celle-ci crée un cadre juridique éliminant toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 101 et 102 TFEU ne sont pas d'application²⁶, dans le sens où ces dispositions ne peuvent pas être opposées aux entreprises.²⁷ En revanche, si la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises, les articles 101 et 102 TFEU sont applicables²⁸. Ces situations sont strictement interprétées: si la loi nationale se limite à permettre, à inciter ou à faciliter l'adoption par les entreprises de comportements concurrentiels autonomes, les entreprises concernées demeurent justiciables vis-à-vis des règles de concurrence du traité.²⁹
73. Il en résulte qu'en l'espèce Magyar Telekom pourrait seulement se prévaloir de la législation nationale hongroise dans le cas où cette législation lui imposerait, sans aucune marge de manœuvre, une obligation de refuser la fourniture à d'autres entreprises des fichiers des données relatifs à ses abonnés. A la lumière de la réponse à la troisième question, si le droit hongrois est conforme aux dispositions pertinentes du droit de l'UE, une telle interprétation du droit hongrois doit être exclue. Par conséquent, il semble que Magyar Telekom ne pourrait pas, en tout état de cause, se prévaloir de la législation nationale afin de soustraire son comportement à l'application des articles 101 et 102 TFUE.

²⁵ Arrêt de la Cour du 11 novembre 1997, *Commission et France c/ Ladbroke*, affaires jointes C-359/95 P et C-379/95 P, Recueil 1997, p. I-6301, points 33-35.

²⁶ Idem.

²⁷ Arrêt de la Cour du 9 septembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, affaire C-198/01, Recueil 2003, p. I-8079, point 51.

²⁸ Arrêt *Ladbroke*, précité, point 34.

²⁹ Cf. arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line*, affaires jointes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, Recueil 2003, p. II-3340, point 1130.