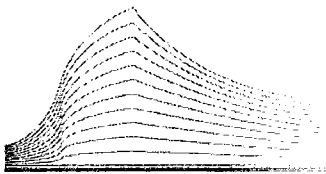


792

2768
B



Expédition

Numéro du répertoire 2014 / 9390
Date du prononcé 13 -11- 2014
Numéro du rôle 2010/AR/1129

Délivrée à <i>KAPSTON S.A.</i> <i>Huisser Lambert</i> le <i>08/12/2014.</i> € <i>51,00</i> CIV <i>Jbc 5018</i>	Délivrée à le € CIV	Délivrée à le € CIV
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------	--------------------------------------

Non communicable au receveur

Arrêt définitif
LPMC - acte contraire aux pratiques honnêtes du marché (art. 95)
Concurrence - abus de position dominante - 102 TFUE

Cour d'appel Bruxelles

Arrêt

9ème chambre
affaires civiles

Notification
art. 118/2 LPMC +
faute le art. 101 & 102 TFUE
28/11/2014

Présenté le 17 NOV 2014
Non enregistrable D'HOOGHE

COVER 01-00000046485-0001-0017-01-01-1



art. 118/2 LPMC +
art. 101 & 102 TFUE (abus)
10/10/14

En cause de :

KAPITOL S.A., dont le siège social est établi à 1180 BRUXELLES, Chaussée St Job 506, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0453.604.761,

partie appelante,

représentée par Maître JOACHIMOWICZ Marcel, avocat à 1060 BRUXELLES, Rue Capouillet 34,

Contre :

MAGYAR TELEKOM Tavközlesi Nyilvánosan Muködo Részvenénytársag, société de droit hongrois dont le siège social est établi à 1013 BUDAPEST – HONGRIE, Krisztina Krt 55,

partie intimée,

représentée par Maître DUPONT Renaud, CANIVET Marie et ENGELEN Sébastien, avocats à 1170 BRUXELLES, Chaussée de La Hulpe 178,

plaideurs : Maîtres CANIVET Marie et ENGELEN Sébastien.

I. La décision entreprise

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé le 15 février 2010 par le président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en cessation.

Les parties ne produisent pas d'acte de signification de ce jugement.

PAGE 01-00000046485-0002-0017-01-01-4



II. La procédure devant la cour

L'appel est formé par requête déposée par la SA Kapitól, ci-après dénommée Kapitól, au greffe de la cour, le 26 avril 2010.

L'appel incident est introduit par conclusions déposées par la société de droit hongrois Magyar Telekom Tavközlesí Nyilvanosan Muködo Résvzenénytarasag, ci-après dénommée Magyar Telekom, au greffe de la cour, le 15 septembre 2010.

Par un arrêt interlocutoire du 8 mars 2012, la cour reçoit les appels principal et incident et, avant dire droit, demande à la Commission européenne de lui donner son avis sur la pratique dénoncée par Kapitól et plus particulièrement si, à ses yeux :

- a) *Magyar Telekom commet-elle un abus de position dominante, au sens de l'article 102 TFUE, 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 TFUE ?;*
- 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 TFUE ne seraient pas d'application ?.*

Le 7 août 2012, la Commission européenne adresse au greffe l'avis sollicité.



Les deux parties ont conclu après avoir pris connaissance de cet avis.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure

1. Les faits et antécédents antérieurs à l'arrêt du 8 mars 2012 sont exposés aux points 1 à 5 de ladite décision auxquels la cour se réfère.
2. En poursuite de cause, Kapitól invite la cour à :

« Dire la demande principale fondée.

En conséquence,

Constater qu'en refusant d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle [lui] subordonne la fourniture (...), de la liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives à des 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, [Magyar Telekom] commet un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) et de l'article 3 de la loi coordonnée du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, constitutif d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article 95 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

Constater que surabondamment, en refusant d'exprimer une telle offre [Magyar Telekom] commet une violation de la loi hongroise telle qu'elle est censée avoir transposé notamment l'article 25 point 2 de la Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), commettant ainsi un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) et de l'article 3 de la loi coordonnée du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, constitutif d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

Constater que [Magyar Telekom] commet ainsi des pratiques restrictives de concurrence et un abus de position dominante sur le marché belge des annuaires



2772

téléphoniques hongrois et européens au sens de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) et de l'article 4 de la loi coordonnée du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique.

Constaté que [Magyar Telekom] commet ainsi un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché et partant qu'elle enfreint l'article 95 de la LPM en empêchant [Kapitol] de fournir de manière effective sur le marché belge des annuaires téléphoniques hongrois et européens de tels annuaires sous forme de cd roms, de dvd roms et accessibles sur son site web.

En conséquence ordonner à [Magyar Telekom] de cesser de commettre ces manquements à peine d'une astreinte de 125.000 € par jour à dater de la signification de la première ordonnance.

Dès lors, ordonner à [Magyar Telekom] d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture à [Kapitol], de la liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives à des 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 à peine d'une astreinte de 125.000 € par jour à dater de la signification du premier arrêt.

Débouter [Magyar Telekom] de ses prétentions et la condamner aux dépens liquidés comme suit :

Première instance :

Citation	697,99 €
rôle	82,00 €
IP	11.000,00 €

Appel :

Requête d'appel	186,00 €
Traduction requête d'appel	2.170,55 €
IP	11.000,00 € ».

En ses conclusions de synthèse après surséance du 16 juin 2014, Magyar Telekom demande, quant à elle, de :

« De déclarer l'appel principal recevable mais non fondé ;

De déclarer l'appel incident recevable et fondé, en conséquence ;

A titre principal, réformer la décision du tribunal de commerce en ce qu'il déclare la législation belge applicable au cas d'espèce et par conséquent déclarer que la demande originaire n'est pas fondée dans la mesure où aucune violation de la loi belge ne peut



être imputée à [Magyar Telekom];

A titre subsidiaire, confirmer la décision du tribunal de commerce en ce qu'il déclare la demande originaire non fondée ;

De mettre les dépens des deux instances à charge de [Kapitol], en ce compris les indemnités de procédure ».

IV. Discussion

1. Sur la portée de l'arrêt du 8 mars 2012

3. Il est d'ores et déjà décidé par la cour que :
 - le fait dommageable invoqué par Kapitol est la mise en œuvre en Belgique d'une pratique restrictive de la concurrence qui consiste à faire obstacle à la fourniture sur le marché belge des annuaires téléphoniques européens et hongrois sous la forme de cd roms, dvd roms ou accessibles sur son site internet, laquelle pratique produit directement ses effets dommageables en Belgique en sorte que les juridictions belges sont compétentes, sur la base de l'article 5.3 du règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions civiles et commerciale, pour connaître du litige (points 9 et 10 de l'arrêt) ;
 - l'acte de concurrence déloyale invoqué ayant des effets sur le marché belge, la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché (LPMC) est applicable en vertu de l'article 6 du règlement CE 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles qui déroge à l'article 4 du même règlement, sans qu'il soit établi que l'acte de concurrence invoqué affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé au sens de l'article 6.2° dudit règlement (points 13 et 14) ;
 - Magyar Telekom dispose d'une position dominante sur le marché en amont de l'accès aux données de ses abonnés par une mise à disposition physique, lequel marché se distingue du marché de l'accès aux dites données par une demande de renseignement téléphonique ou par un simple accès en ligne qui ne permettent pas d'intégrer les données dans une autre base de données (point 20) ;



- Kapitool offre ses produits en aval sur le marché belge des services d'annuaires téléphoniques européens et hongrois (point 22).

La cour ayant ainsi épuisé sa saisine sur ces différents points, c'est en vain que Magyar Telekom conteste encore dans ses conclusions de synthèse après surséance l'application de la loi belge au présent litige, la détermination des marchés en cause et sa position dominante sur le marché en amont.

2. Sur l'abus de position dominante

4. Ainsi qu'il l'a été rappelé dans l'arrêt du 8 mars 2012, un refus de livrer émanant d'une entreprise en position dominante peut, dans certaines circonstances, constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de justice, un refus de fourniture constitue un abus de position dominante notamment lorsque ce refus émane d'une entreprise en position dominante sur le marché amont, qu'il porte sur un produit ou 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 (cf. CJUE, C-6/73, Instituto Chemioterapico et Commercial Solvents/Commission, 6 mars 1974, Rec. 1974, p. 223 ; CJUE, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co/Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co, 26 novembre 1998, Rec. 1998, p. I-7791, § 41).

Magyar Telekom conteste en l'espèce que ces conditions sont remplies.

Quant à l'indispensabilité de l'accès aux données de Magyar Telekom

5. Ce critère 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 en amont lui serait refusé. Il suffit 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'accès (cf. avis de la Commission du 7 août 2012).



Il convient donc d'examiner si Kapitol peut dans un avenir prévisible trouver une solution alternative afin d'exercer sur le marché en aval une pression concurrentielle suffisante sur Magyar Telekom.

6. Ainsi qu'il l'a déjà été constaté dans l'arrêt du 8 mars 2012 (point 20) et comme le relève également la Commission dans l'avis précité (point 42), les informations détenues par Magyar Telekom concernant ses abonnés constituent un produit unique dans la mesure où elle est la seule à pouvoir constituer une telle base de données. Le fichier des abonnés aux services de téléphonie offerts par un opérateur n'est pas interchangeable avec celui des abonnés aux services de téléphonie offerts par un autre opérateur sur le territoire du même Etat membre ou sur le territoire d'un autre Etat membre. Le caractère indispensable d'une telle base de données est donc établi.

C'est en vain que Magyar Telekom le conteste aux motifs que le site web de Kapitol proposerait déjà les données des abonnés hongrois et que ces données sont également en possession de ses concurrents (Vodafone Hungary, T-Mobile, Pannon etc..).

Kapitol soutient en effet sans être contredite que son site ne fait que renvoyer vers des liens url externes, à savoir des sites internet hongrois « *qui ne fonctionnent parfois plus et qui, en tout état de cause, ne permettent aucune recherche en français ou néerlandais* » et Magyar Telekom ne dépose aucune pièce corroborant un accès direct via le site de Kapitol aux données des abonnés hongrois. Par ailleurs, les opérateurs alternatifs doivent également s'adresser à Magyar Telekom pour obtenir les données de ses abonnés et ne sont donc pas présents sur le marché de l'accès auxdites données.

7. La première condition est donc remplie.

Quant à l'élimination de toute concurrence effective

8. L'article 102 TFUE ne s'applique pas uniquement à partir du moment où il n'existe plus ou presque plus de concurrence sur le marché. « *Il n'est pas nécessaire de démontrer l'élimination de toute présence concurrentielle sur le marché. Ce qui importe, en effet, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché. Il y a lieu de préciser, à cet égard, que le fait que les*



concurrents de l'entreprise en position dominante restent présents de manière marginale sur certaines 'niches' du marché ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'une telle concurrence » (TUE 17 septembre 2007, Microsoft/Commission - affaire T-201/04, points 561 et 563).

9. En l'espèce, le refus de Magyar Telekom de procurer à Kapitól un accès physique à ses données relatives à ses abonnés, qui sont objectivement nécessaires à cette dernière pour offrir un service d'annuaires à des fins commerciales, est susceptible de l'empêcher d'éditer un annuaire des abonnés hongrois et en conséquence de pénétrer sur le marché de services desdits annuaires en Belgique (cf. en ce sens également l'avis de la Commission, point 49).

Ainsi qu'il l'a été relevé ci-dessus et contrairement à ce qu'affirme Magyar Telekom, le site web de Kapitól ne lui permet pas d'accéder auxdites données.

Quant à l'existence de justifications objectives

10. Magyar Telekom expose que son refus de fournir un accès à ses informations concernant ses abonnés autre que celui prévu par la recommandation E 115 est justifié par « *la nécessité impérieuse de se conformer au droit hongrois* » et en particulier (i) à l'article 146 de la loi C de 2003 sur les communications électroniques, lu en combinaison avec l'article 117 c de la même loi et (ii) à la loi 63 de 1992 sur la protection des données à caractère personnel et sur la publicité des données d'intérêt public.

Elle soutient que selon la loi C de 2003, les données des abonnés communiquées aux fournisseurs de services universels par d'autres opérateurs et destinées à être utilisées pour le service de renseignement national peuvent uniquement être utilisées pour la fourniture d'un service universel (ce que ne fournit pas Kapitól) et que les abonnés doivent préalablement donner leur consentement à la transmission de leurs données aux autres opérateurs. Elle ajoute que la loi 63 de 1992 ne lui permet pas de transférer physiquement toute sa base de données à une tierce personne si les abonnés n'ont pas consenti à un tel transfert.

11. L'article 146 de la loi hongroise C de 2003 dispose que « *les opérateurs de services de téléphonie doivent s'assurer que les abonnés puissent avoir accès à tous les services d'assistance d'annuaire dans le pays, et fournir à ces opérateurs de services d'annuaires les noms des abonnés, la partie de leurs adresses postales transmises aux*



opérateurs de services pour publication ainsi que les numéros de téléphone, sous réserve de l'approbation préalable des abonnés concernés. Cette information ci-dessus devra être fournie aux opérateurs de services d'assistance d'annuaires mentionnés au paragraphe c) de l'article 117 sans frais ».

La loi hongroise 63 de 1992 sur la protection des données à caractère personnel et sur la publicité des données d'intérêt public prévoit en :

son article 3, § 1^{er}, que :

« les données personnelles peuvent être traitées si :

- a) La personne concernée a donné son consentement, ou*
- b) Un tel traitement est autorisé par une loi ou par une autorité locale dûment autorisée par une loi concernant les données spécifiquement visées par cette loi » ;*

son article 5 que :

« 1) Les données personnelles peuvent uniquement être traitées pour des buts spécifiques, clairement définis et légitimes. Ces caractéristiques doivent être satisfaites à toutes les étapes du traitement des données.

2) Les données personnelles traitées doivent être essentielles pour le but pour lequel elles ont été collectées, elles doivent être adéquates pour atteindre ce but et elles ne peuvent être traitées que dans la mesure nécessaire et le temps nécessaire à atteindre ce but » ;

en son article 7 que :

« 1. Les données personnelles collectées pour le traitement doivent être :

- a) traitées loyalement et d'une manière conforme à la loi ;*
- b) précises, complètes et lorsque c'est nécessaire, mises à jour » ;*

en son article 8, § 1^{er} que :

« les données personnelles peuvent être transférées soit en une seule ou en plusieurs opérations si la personne concernée a donné son consentement ou si le transfert est permis par une loi et si les mesures de protection pour le traitement des données sont satisfaites au regard de chaque donnée personnelle » ;

et en son article 9, § 4 que :



« 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 ».

12. Il ressort de l'avis du 7 août 2012 émis par la Commission que les directives 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 (dite directive « *service universel* ») et 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 (dite directive « *vie privée et communications électroniques* ») n'exigent pas une forme particulière de fourniture ou de transmission des données d'identification des abonnés téléphoniques (cf. point 70).

Il ne résulte en l'espèce pas des dispositions susvisées de la loi hongroise et plus particulièrement de l'article 146 de la loi C de 2003 que la possibilité d'une remise physique de la base de données de Magyar Telekom à un éditeur d'annuaires autre que l'opérateur de services d'assistance d'annuaires universel serait en soi exclue. Ces dispositions ne font en effet qu'exiger le consentement préalable des abonnés au traitement des données personnelles.

C'est en vain à cet égard que Magyar Telekom se fonde sur la consultation juridique rédigée par ses conseils hongrois et sur l'avis de la Commission hongroise de la protection de la vie privée pour soutenir que la remise physique de sa base de données serait exclue par la législation hongroise dès lors qu'elle impliquerait une perte de contrôle de celle-ci ainsi que l'impossibilité d'assurer sa correction et sa mise à jour.

Ces courriers ne renseignent en effet aucune disposition légale de droit hongrois qui interdirait explicitement un tel transfert physique. Certes tous deux insistent sur le fait que Magyar Telekom doit pouvoir garder le contrôle sur l'exactitude de sa base de données. Mais, d'une part, elle est confrontée à ce même problème avec l'éditeur d'annuaire universel hongrois (à savoir MTT, filiale de Magyar Telekom). D'autre part, la demande de Kapitól porte sur la fourniture de la base de données mise à jour régulièrement afin de veiller au respect des droits des abonnés de Magyar Telekom qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire.

13. Magyar Telekom n'établit par ailleurs pas que le transfert physique des données des abonnés à Kapitól enfreindrait le droit national hongrois en ce qu'il prévoit que ces données peuvent uniquement être utilisées pour le but spécifique pour lequel le consentement des abonnés a été obtenu, lequel consentement serait limité selon



2778

l'article 146 de la loi C de 2003 à l'utilisation des données pour la seule fourniture d'un service universel.

Il ne peut être contesté que la demande de communication de Kapitól doit, comme le prévoit l'article 9, § 4 de la loi 63 de 1992, être traitée comme si elle émanait d'un opérateur établi en Hongrie.

Rien n'établit par ailleurs que ladite loi 63 de 1992 n'aurait pas transposé correctement la directive « *vie privée et communications électroniques* » et plus particulièrement son article 12 en ce qu'il prévoit aux paragraphes 1 et 2 que : « 1. *Les Etats 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 toute autre possibilité d'utilisation reposant sur des fonctions de recherche intégrées dans les versions électroniques des annuaires* » et « 2. *Les Etats 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* ».

Selon le considérant (39) de ladite directive « *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 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 d'un tiers quelconque auquel elles ont été transmises souhaite les exploiter à d'autres fins, ladite partie ou ledit tiers devront obtenir une nouvelle fois le consentement de l'abonné* ».

Dans son arrêt du 5 mai 2011 (Deutsche Telekom AG/Bundesrepublik Deutschland, affaire C-543/09), la Cour de justice a considéré que « *l'abonné, après avoir obtenu les informations visées à l'article 12, paragraphe 1, de [la directive « vie privée et communications électroniques* »], peut, ainsi qu'il ressort du paragraphe 2 du même article, décider uniquement si les données à caractère personnel le concernant, et lesquelles de ces données, doivent figurer dans un annuaire public. (...) 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. En effet, premièrement, le libellé de l'article 12, paragraphe 2, de la directive « vie privée et communications électroniques » ne permet pas de considérer que l'abonné disposerait d'un droit sélectif de décision au profit de certains fournisseurs de services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire. Il convient de relever à cet égard que c'est la publication même des données à caractère personnel dans un annuaire ayant une finalité particulière qui peut s'avérer préjudiciable pour un abonné. Toutefois, lorsque ce dernier 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. Deuxièmement, le trente-neuvième considérant de ladite directive confirme qu'une transmission de données à caractère personnel des abonnés à des tiers est permise « s'il est garanti que les données ne pourront pas être utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées ». Troisièmement, la directive « vie privée et communications électroniques » mentionne un cas dans lequel un consentement renouvelé ou spécifique de l'abonné peut être prévu. Ainsi, en vertu de l'article 12, paragraphe 3, de cette directive, 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. Il ressort du trente-neuvième considérant de la même directive que l'obtention d'un nouveau consentement de l'abonné est envisagée « 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 ». Il s'ensuit que, dès lors qu'un abonné a été informé par l'entreprise lui ayant attribué un numéro de téléphone de la possibilité de la transmission des données à caractère personnel concernant à une entreprise tierce, telle que Deutsche Telekom, en vue de leur publication dans un annuaire public, et que celui-ci a consenti à la publication desdites données dans un tel annuaire, en l'occurrence celui de cette société, la transmission de ces mêmes données à une autre entreprise visant à publier un annuaire public imprimé ou électronique, ou à rendre de tels annuaires consultables par l'intermédiaire de services de renseignements, ne doit pas faire de nouveau l'objet d'un consentement par l'abonné, s'il est garanti que les données concernées ne seront pas utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées en vue de leur première publication. En effet, le consentement, au titre de l'article 12, paragraphe 2, de la directive « vie privée et communications électroniques », d'un abonné dûment informé à la publication dans un annuaire public des données à caractère personnel le concernant se rapporte à la finalité de cette publication et s'étend ainsi à tout traitement ultérieur desdites données par des entreprises tierces actives sur le marché des services de renseignements téléphoniques accessibles au

public et d'annuaire, pour autant que de tels traitements poursuivent cette même finalité. En outre, dès lors qu'un abonné a consenti à la transmission des données à caractère personnel le concernant à une entreprise déterminée en vue de leur publication dans un annuaire public de cette entreprise, 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 ».

En l'espèce, il se déduit de l'article 146 de la loi C de 2003 que les abonnés des opérateurs de services de téléphonie leur ayant attribué un numéro qui ont donné leur accord pour que les informations les concernant soient traitées par cet opérateur pour établir l'annuaire de ses abonnés ont également consenti à la publication de leurs données dans l'annuaire national. Il en résulte que le consentement des abonnés quant à l'inscription de leurs données dans un annuaire est valable pour tous les annuaires accessibles au public.

L'avis de la Commission de la protection de la vie privée hongroise n'est au demeurant pas différent en ce qu'il mentionne que :

« conformément à la section 3 § 1 et à la section 8 § 1 de la loi sur la protection des données personnelles, les personnes concernées ont donné leur consentement à être incluses dans l'annuaire constitué à des fins de renseignements. Le consentement donné couvre l'inclusion dans l'annuaire national. La société internationale souhaite utiliser la base de données pour les mêmes buts que Magyar Telekom, c'est pourquoi leur activité de gestion de la base de données ne sera pas considérée comme un usage différent du but initial. Conformément à la section 9 § 2 de la loi sur la protection des données personnelles, une telle activité ne viole pas les droits aux données personnelles de l'abonné si le fournisseur de services transfère les données de ses abonnés sans leur consentement à tout Etat membre de l'Union européenne dans le but d'une fourniture de services de renseignement ».

Certes cet avis se réfère à la fourniture des données en vue de l'exploitation d'un service de renseignements et non d'un service d'annuaires. Mais, d'une part, les articles 3 § 1 et 8 § 1 de la loi 63 de 1992 énoncent uniquement le principe de la nécessité du consentement de l'abonné pour le traitement de ses données mais ne limitent pas ce consentement à la seule exploitation de ces données au service de renseignements. D'autre part, il a été constaté ci-dessus que ni l'article 146 de la loi C de 2003 ni aucune autre disposition de la loi hongroise n'excluent en soi la possibilité d'une remise physique de la base de données de Magyar Telekom à un éditeur d'annuaires autre que l'opérateur de services d'assistance d'annuaires universel.



14. Il s'ensuit que le refus opposé par Magyar Telekom ne trouve pas de justification objective dans la législation hongroise invoquée par elle.
15. Les conditions d'un refus abusif de fourniture sont dès lors établies sans qu'il y ait lieu, d'une part, d'examiner si la théorie du *State Compulsion* invoquée par Magyar Telekom trouve en l'espèce à s'appliquer puisqu'il a été constaté ci-dessus que le comportement anti-concurrentiel qui lui est reproché ne lui est pas imposé par sa législation nationale et, d'autre part, de statuer sur les autres fondements allégués par Kapitól à l'appui de son action en cessation.

3. Sur l'action en cessation

16. Aux termes de l'article 95 de la L.P.M.C. (actuellement l'article V.I.104 du Code de droit économique), « *est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises* ».

L'infraction au droit de la concurrence constitue, comme toute illégalité, une violation des usages honnêtes en matière commerciale (X. Taton, T. Franchoo, N. Baeten et I. Rooms, Les actions civiles pour infraction au droit de la concurrence – Chronique de jurisprudence (2004-2010) – 2^{ème} partie, R.D.C 2014, p. 199 et s., n° 51).

Lorsque l'abus de position dominante consiste dans un refus d'exprimer une offre, la cessation de l'abus peut consister dans une condamnation à faire l'offre précitée (Cass., 23 juin 2005, R.G. C.04.0186.F).

Il y a dès lors lieu d'ordonner la cessation de la pratique dénoncée en faisant injonction à Magyar Telekom de communiquer à Kapitól une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture de sa liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives aux abonnés qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire, de ses abonnés dans des conditions équitables, raisonnables, loyales, non discriminatoires et orientées vers les coûts.

Quant au montant de l'astreinte, il doit être fixé à 20.000,00 € par jour de retard à dater de la signification du présent arrêt (Magyar Telekom ne sollicitant pas un délai pour s'exécuter) et plafonné à 300.000,00 € et non aux 200.000,00 € suggérés par Magyar Telekom.



4. Sur les dépens

17. Magyar Telekom étant la partie qui succombe, elle doit être condamnée aux dépens. L'indemnité de procédure doit être fixée au montant maximum pour une affaire non évaluable en argent, soit 11.000,00 € par instance, étant le montant que chacune des parties réclame à l'autre si elle obtient gain de cause, qui ne fait l'objet d'aucune demande de réduction si elle succombe et qui se justifie par la complexité de la cause.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

Dit l'appel principal seul fondé ;

Réforme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a reçu la demande ;

Statuant à nouveau pour le surplus ;

Constate qu'en refusant d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture à la SA Kapitol de la liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives à des 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, Magyar Telekom commet un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) constitutif d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article 95 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (actuellement l'article V.I.104 du Code de droit économique) ;

Fait injonction à Magyar Telekom de mettre fin à cette pratique en communiquant à la SA Kapitol une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture de sa liste complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives aux 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 et ce, sous peine d'une astreinte de 20.000,00 € par jour à dater de la signification du présent arrêt, plafonnée à un montant maximum de 300.000,00 € ;



Condamne Magyar Telekom aux dépens de première instance et d'appel liquidés à 697,99 € (citation) + 82,00 € (mise au rôle) + 11.000,00 € (IP première instance) + 186,00 € (requête d'appel) + 2.170,55 € (traduction requête d'appel) + 11.000,00 € (IP appel).

Cet arrêt a été rendu par la 9^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

Mme Marie-Françoise CARLIER, conseiller, président f.f. de la chambre,
M. Henry MACKELBERT, conseiller,
Mme Catherine HEILPORN, conseiller,

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé en audience publique par Mme Marie-Françoise CARLIER, président f.f. de la chambre, assistée de Mme Patricia DELGUSTE, greffier, le **13 -11- 2014**



Patricia DELGUSTE



Catherine HEILPORN



Henry MACKELBERT



Marie-Françoise CARLIER

