

Cour de cassation, arrêt du 23 juin 2005

Onrechtmatige daad vóór 1 september 2004 – oneerlijke handelspraktijken – toepasselijk recht – artikel 3 Burgerlijk Wetboek – lex loci delicti – plaats schadebrengend feit of plaats schade

Responsabilité (quasi-)délictuelle avant le 1^{er} septembre 2004 – acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale – article 3 du Code civil – lex loci delicti – lieu du fait générateur ou lieu où le dommage est survenu

N° C.04.0186.F

Telekom Austria A.G., société de droit autrichien (...), demanderesse en cassation, représentée par Maître Lucien Simont, (...)

contre

Kapitol, société anonyme dont le siège social est établi à Uccle, (...), défenderesse en cassation, représentée par Maître Paul Wouters, (...)

I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 21 novembre 2003 par la cour d'appel de Bruxelles. (...)

III. Les moyens de cassation

La demanderesse présente trois moyens libellés dans les termes suivants:

1. Premier moyen

Dispositions légales violées

- article 149 de la Constitution;
- article 3, alinéa 1er, du Code civil;
- article 93 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur;
- article 82 (ex article 86) du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, approuvé par la loi du 2 décembre 1957 (modifié par le Traité de Maastricht du 7 février 1992, approuvé par la loi du 26 novembre 1992, et consolidé par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, approuvé par la loi du 10 août 1998), ci-après le « Traité CE »;
- article 6.3 de la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, ci-après la « directive 98/10/CE ».

Décisions et motifs critiqués

Après avoir considéré que le juge belge était compétent aux motifs que:

« Il est exact, comme le soutient (la demanderesse), que le simple fait qu'un comportement - acte positif ou abstention - produise des effets sur la situation du demandeur dans un Etat, notamment en raison du fait que c'est dans cet Etat qu'il réalise son chiffre d'affaires, ne suffit pas pour fonder la compétence des juridictions de cet Etat.



Cependant la demande repose sur la considération que (la demanderesse) détient, en Belgique, une position dominante, étant la seule à pouvoir satisfaire la demande de (la défenderesse) de disposer des données, mises régulièrement à jour, de ses abonnés et qu'elle abuse de cette position dominante en refusant l'accès à la ressource que constitue sa base de données ou en subordonnant la transmission des données des abonnés aux services téléphoniques publics fixes offerts par elle en Autriche à des conditions inéquitables.

Le fait dommageable reproché est donc la mise en oeuvre, en Belgique, d'une pratique restrictive de concurrence consistant à faire obstacle à l'offre par (la défenderesse), dans des conditions économiquement viables, de services d'annuaires portant sur les abonnés autrichiens.

Le fait que le refus invoqué d'octroyer l'accès aux données à des conditions équitables soit le fait d'une entreprise qui n'est pas établie en Belgique et le fruit d'une décision prise en dehors du territoire belge de limiter l'accès aux données des abonnés dont dispose (la demanderesse) ne fait pas obstacle à la compétence du juge belge.

C'est en effet la restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché géographique défini par (la défenderesse) comme celui du territoire de la Belgique, par l'exploitation d'une position dominante sur la liste de ses propres abonnés, qui constitue, en l'espèce, le fait dommageable invoqué et permet de fonder la compétence du juge saisi. Le refus d'accès ou le fait de subordonner l'accès à des conditions inéquitables n'est que le moyen par lequel le fait dommageable se serait réalisé.

Par ailleurs, la restriction de la concurrence invoquée produit directement ses effets dommageables à l'égard de (la défenderesse) dans la mesure où, comme elle le prétend, elle limite sa possibilité d'offrir sur le marché belge ou au départ du territoire belge des services d'annuaires. La Belgique est donc le lieu où la restriction de concurrence invoquée a produit directement ses effets dommageables à l'égard de (la défenderesse) qui se plaint, en substance, de ne pouvoir, à défaut de disposer des données des abonnés dont dispose (la demanderesse), développer des nouveaux produits ou services d'annuaires qu'elle entend offrir en Belgique ou au départ du territoire belge.

Le fait que les biens ou les services sur lesquels porte la demande d'accès adressée à (la demanderesse) se situent en Autriche, est donc sans incidence sur la compétence dès lors que le fait dommageable invoqué est la restriction de la concurrence mise en oeuvre sur le marché belge des services d'annuaires et produisant ses effets directs sur ce marché.

En décider autrement serait en outre faire obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires invoquées.

C'est donc à bon droit que le premier juge a rejeté l'exception d'incompétence »,
et après avoir conclu à l'application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur aux motifs que:

« Il ne résulte cependant d'aucune disposition de la loi du 14 juillet 1991 que le champ d'application de celle-ci est limité aux actes de concurrence déloyale commis par des entreprises qui offrent des produits ou des services en Belgique, ou encore aux actes de concurrence déloyale commis par un vendeur qui fait concurrence au demandeur en cessation, sur le même marché de produits ou de services.

Le fait que (la demanderesse) ne soit pas présente sur le marché de l'activité de production, de distribution et de vente d'annuaires extraits des listes des opérateurs de télécommunication, qui est situé en aval du marché de la fourniture de données d'annuaires, en Autriche ou ailleurs, en raison semble-t-il du fait que la loi autrichienne lui interdit d'exploiter les données des abonnés à d'autres fins que l'exploitation d'un réseau téléphonique public, est donc dénué de pertinence.

Il est en revanche admis qu'une infraction au droit de la concurrence, national ou communautaire, constitue une pratique qui peut être sanctionnée par un ordre de cessation sur la base de la loi du 14 juillet 1991.

La décision entreprise, qui considère que le juge de la cessation ne peut intervenir lorsque le fait reproché est imputable à une entreprise qui n'est pas présente en Belgique, quel que soit le lieu où se produit l'atteinte aux intérêts du demandeur, doit donc être réformée.

La loi du 14 juillet 1991 s'applique, l'acte déloyal invoqué étant la mise en oeuvre sur le marché belge d'une pratique restrictive de concurrence au sens du droit communautaire, portant atteinte aux intérêts de (la défenderesse).

En décider autrement reviendrait en outre à priver (la défenderesse) d'un recours efficace au fond contre une violation du droit communautaire de la concurrence, que constitue, en droit national, l'action en cessation et contreviendrait donc à l'obligation qui pèse sur les instances judiciaires nationales de veiller à ce que toutes les dispositions du droit communautaire atteignent leur objectif dans l'ordre juridique interne »,

l'arrêt attaqué décide que la demanderesse a commis un abus de position dominante constitutif d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, en relevant notamment que:

« Il apparaît dès lors évident que (la demanderesse) détient une position dominante sur le marché de l'accès aux données de ses propres abonnés, lequel doit être délimité géographiquement au moins à celui du territoire de la Communauté, et non sur le marché improprement délimité par (la défenderesse) comme étant le 'marché belge des annuaires autrichiens et européens' »;

et que:

« S'agissant de l'abus, il convient de rappeler qu'une entreprise en position dominante sur un marché en l'espèce le marché de l'accès aux données d'abonnés aux services de la téléphonie vocale fixe qui est étroitement lié au marché des services de télécommunication - peut se voir reprocher un abus de position dominante sur ce marché en raison des effets qu'il produit sur un autre marché, en l'espèce celui des services d'annuaires comprenant la production, la distribution et la vente de CD rom ou de DVD rom incorporant les données des opérateurs, ouvert à la concurrence. (...)

Par ailleurs, (la demanderesse) ne conteste pas que (la défenderesse) rentre dans la catégorie des entreprises qui peuvent demander l'accès aux données, conformément à la loi autrichienne, puisque (la défenderesse) édite des annuaires, notamment sous forme électronique, dans lesquels figurent les données de plusieurs opérateurs. (...)

En refusant de lui faire une offre pour accéder à sa propre liste d'abonnés, (la demanderesse) a manifestement abusé de sa position dominante au sens de l'article 82 CE ».

Griefs

1.1. Première branche

L'arrêt attaqué laisse sans réponse la défense par laquelle la demanderesse faisait valoir dans ses conclusions d'appel qu'« en ne tenant pas compte du fait, qu'en l'espèce, le juge autrichien est le juge naturel du présent litige, le jugement dont appel a perdu de vue le concept qui sous-tend les règles de compétence spéciale visées à l'article 5 de la Convention de Lugano, à savoir qu'il doit exister un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à en connaître. Les options ouvertes par ledit article sont motivées par la notion de 'proximité' » et que, en raison d'un série d'éléments de fait énoncés par la demanderesse dans lesdites conclusions d'appel, « c'est (...) le juge autrichien, et non le juge belge (...), qui est naturellement le mieux placé pour connaître du différend », et n'est, dès lors, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution coordonnée).

L'arrêt attaqué laisse également sans réponse la défense par laquelle la demanderesse faisait valoir, en substance, dans ses conclusions d'appel, qu'il ne pouvait être tenu compte, pour déterminer la compétence du juge sur la base de l'article 5.3 de la Convention de Lugano, du lieu de la matérialisation du dommage dans le cadre d'une action en cessation dès lors que l'objet de l'action est de faire cesser l'acte et non d'en réparer les effets, et n'est, dès lors, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution coordonnée).

1.2. Deuxième branche

Il résulte de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil, en tant qu'il consacre une règle de droit international privé, que les lois de police d'un Etat sont applicables aux faits commis sur le territoire de cet Etat, quelle que soit la nationalité de leur auteur.

Les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation, sont des lois de police au sens de l'article 3 précité.

L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale étant une application au commerce de la notion de faute, l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur est également une loi de police au sens de l'article 3 précité.

L'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur n'étant pas une loi d'application immédiate, l'action en cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale commis en dehors de la Belgique ne peut, par conséquent, être régie par la loi belge, même si les effets ou le dommage résultant de cet acte surviennent en Belgique ou sur le marché belge.

L'arrêt attaqué décide que « la loi du 14 juillet 1991 s'applique, l'acte déloyal invoqué étant la mise en oeuvre sur le marché belge d'une pratique restrictive de concurrence au sens du droit communautaire, portant atteinte aux intérêts de (la défenderesse) » et relève par ailleurs que le comportement reproché à la demanderesse est « le fait d'une entreprise qui n'est pas établie en Belgique et le fruit d'une décision prise en dehors du territoire belge », que « la décision entreprise, qui considère que le juge de la cessation ne peut intervenir lorsque le fait reproché est imputable à une entreprise qui n'est pas présente en Belgique, quel que soit le lieu où se produit l'atteinte aux intérêts du demandeur, doit donc être réformée », que la demanderesse « détient une

position dominante sur le marché de l'accès aux données de ses propres abonnés, lequel doit être délimité géographiquement au moins à celui du territoire de la Communauté, et non sur le marché improprement délimité par la défenderesse comme étant le 'marché belge des annuaires autrichiens et européens' », et qu' « une entreprise en position dominante sur un marché - en l'espèce le marché de l'accès aux données d'abonnés aux services de la téléphonie vocale fixe qui est étroitement lié au marché des services de télécommunication - peut se voir reprocher un abus de position dominante sur ce marché en raison des effets qu'il produit sur un autre marché, en l'espèce celui des services d'annuaires comprenant la production, la distribution et la vente de CD rom ou de DVD rom incorporant les données des opérateurs, ouvert à la concurrence ».

Par conséquent, l'arrêt attaqué est entaché d'une ambiguïté en ce qu'il laisse incertaine la question de savoir s'il applique l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur au motif que le comportement reproché à la demanderesse doit être localisé en Belgique, au motif que les effets ou le dommage résultant de ce comportement se produisent en Belgique ou sur le marché belge ou au motif qu'il s'agirait d'une loi d'application immédiate.

Dans les deuxième et troisième interprétations signalées, l'arrêt attaqué méconnaît le caractère de loi de police de l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur dont l'application requiert que l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale soit commis en Belgique (violation de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil et de l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur).

En toute hypothèse, l'arrêt attaqué, en raison de cette ambiguïté, n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution coordonnée).

1.3. Troisième branche

L'arrêt attaqué décide, à titre subsidiaire, que le refus d'appliquer la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur aux faits du litige « *reviendrait en outre à priver (la défenderesse) d'un recours efficace au fond contre une violation du droit communautaire de la concurrence que constitue, en droit national, l'action en cessation et contreviendrait donc à l'obligation qui pèse sur les instances judiciaires nationales de veiller à ce que toutes les dispositions du droit communautaire atteignent leur objectif dans l'ordre juridique interne* ».

Ce motif est toutefois impuissant à justifier l'application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur dès lors que l'arrêt attaqué s'abstient de vérifier si l'application de la loi d'un autre Etat, conformément à l'article 3, alinéa 1er, du Code civil, aurait octroyé un recours efficace à la défenderesse (violation des articles 3, alinéa 1er, du Code civil, 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, 82 du Traité CE et 6.3 de la directive 98/10/CE), ce qui met la Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de la décision et en rend, partant, la motivation irrégulière (violation de l'article 149 de la Constitution coordonnée).

2. Deuxième moyen

Dispositions légales violées

- article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ;
- articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil ;
- principe général du droit dit principe dispositif selon lequel, en matière civile, il appartient aux parties de déterminer elles-mêmes les limites de leur litige ;
- article 1138, 2°, du Code judiciaire ;
- principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

Décisions et motifs critiqués

Après avoir relevé que:

« La communication par (la demanderesse) le 7 juin 2001 d'une proposition de contrat de licence ne peut être regardée comme répondant à la demande d'accès, telle qu'elle a été formulée, et dont (la demanderesse) ne conteste pas le caractère raisonnable. (...)

Troisièmement, cette offre ne porte pas, comme (la demanderesse) le souligne elle-même, sur les conditions de fourniture d'une liste exhaustive de ses abonnés sur le territoire de l'Autriche avec les seules mentions qu'elle a l'obligation de reprendre dans la liste qu'elle doit établir en sa qualité

d'opérateur (nom, prénoms, titre académique, adresse, n° de l'abonné et, si celui-ci le souhaite, sa profession), mais au choix du 'preneur de licence', pour chaque abonné, outre le nom, les prénoms, l'adresse (rue, n° de rue, lieu, code postal) et son numéro d'appel, soit le numéro de fax de l'abonné, soit le numéro d'appel du téléphone mobile de l'abonné, soit son adresse e-mail, soit encore son numéro de télex.

Elle oblige ainsi le preneur de licence à faire un choix qui exige la mise en oeuvre de critères de tri, ce que (la défenderesse) n'a pas demandé.

Celle-ci confirme qu'elle demande 'les données brutes, directory data, autrement dit, nom, adresse et numéros de téléphone pouvant figurer dans un annuaire téléphonique'.

L'offre ne porte donc pas sur l'accès direct à la base de données complète, exacte, mise à jour, et expurgée des informations relatives à des abonnés qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire, caractéristiques que doit revêtir la liste d'abonnés que (la demanderesse) a l'obligation d'établir aux fins de l'exploitation de son réseau de téléphonie fixe - que sollicite (la défenderesse) aux fins de saisir elle-même, le cas échéant, certaines données en fonction de ses propres critères de sélection, mais sur certaines listes réalisées par la mise en oeuvre de certains critères de tri. (...)

Il résulte de ce qui précède que l'offre communiquée ne porte pas sur la demande d'accès formulée par (la défenderesse) et que (la demanderesse) a donc abusé de sa position dominante en refusant de communiquer à (la défenderesse) les conditions auxquelles elle subordonne l'accès à sa base de données »,

l'arrêt attaqué constate qu'en refusant d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture, à la défenderesse, 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, la demanderesse commet un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE, constitutif d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale au sens de l'article 93 de la loi sur les pratiques de commerce et la protection et l'information du consommateur, fait injonction à la demanderesse de mettre fin à cette pratique en communiquant à la défenderesse, dans un délai d'un mois, à compter de la signification de la décision, son offre d'accès, laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés et ce, sous peine d'une astreinte de 100.000 euros en cas de non-respect de ce délai et ordonne la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur le caractère équitable, non discriminatoire et orienté vers les coûts de l'offre de fourniture, ainsi limitée à la fourniture des données d'abonnés de la demanderesse.

Griefs

2.1. Première branche

Aux termes de l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, le président du tribunal de commerce constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de cette loi.

Cette disposition ne permet pas au juge de faire à l'auteur de cet acte une injonction autre que d'en ordonner la cessation.

L'arrêt attaqué, qui ne se borne pas à constater l'existence d'une infraction à la loi précitée du 14 juillet 1991 et à en ordonner la cessation, mais fait injonction à la demanderesse de mettre fin à sa pratique en communiquant à la défenderesse, dans un délai d'un mois, à compter de la signification de la décision, son offre d'accès, laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés et ce, sous peine d'une astreinte de 100.000 euros en cas de non-respect de ce délai, excède la compétence attribuée par la loi au juge saisi d'une action en cessation (violation de l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur).

2.2. Deuxième branche

Dans le dispositif de sa citation, la défenderesse se borne à demander que soit constaté que la demanderesse commet un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale « *en refusant abusivement de contracter avec la (défenderesse) un contrat lui permettant d'obtenir les données des abonnés à son service de téléphonie vocale à des conditions équitables, raisonnables, loyales, non discriminatoires et orientées vers les coûts de mise à disposition au sens de l'article 6 de la directive 98/10/CE ONP du 26 février 1998 du Parlement européen et du Conseil* » et qu'il soit ordonné à la demanderesse de cesser de commettre ces manquements à peine d'une amende de 125.000 euros par jour à dater de la signification de la décision à intervenir.

Dans sa requête d'appel et ses conclusions principales d'appel, la défenderesse formule le même dispositif et demande en outre que soit constaté que la demanderesse commet un acte contraire aux usages

honnêtes en matière commerciale « en empêchant de fournir de manière effective sur le marché belge des annuaires téléphoniques autrichiens et européens de tels annuaires sous forme de cd roms, de dvd roms et accessibles sur son site web ».

Dans ses conclusions additionnelles d'appel postérieures à l'audience du 20 décembre 2002, la défenderesse demande que lui soit alloué le bénéfice de ses conclusions principales et, surabondamment, que soit constaté que « les conditions équitables, raisonnables, loyales, non discriminatoires et orientées vers les coûts de mise à disposition des données des abonnés sont fixées au point 3 de l'annexe 3 de la proposition de contrat faites par (la demanderesse), et que seuls ces montant peuvent être réclamés par (celle-ci) pour la mise à la disposition des données sollicitées par la (défenderesse) ».

Partant, l'arrêt attaqué, qui décide que l'abus de position dominante de la demanderesse résulte du défaut de communication par la demanderesse d'une offre portant sur l'accès à la liste « complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives à des abonnés qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire » et « fait injonction à la demanderesse de mettre fin à cette pratique en communiquant à la défenderesse, dans un délai d'un mois, à compter de la signification de la décision, son offre d'accès, laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés, et ce sous peine d'une astreinte de 100.000 euros en cas de non-respect de ce délai », prononce sur des choses non demandées et adjuge à la défenderesse plus qu'il n'a été demandé (violation du principe dispositif visé au moyen et de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire).

A tout le moins, s'il (doit) être interprété comme ayant décidé que les actes de procédure précités de la défenderesse tendaient à l'obtention d'une telle condamnation, l'arrêt attaqué prête à ces actes de procédure une demande de condamnation qui n'y figure pas, donne ainsi à ces actes de procédure une interprétation inconciliable avec leurs termes et, partant, viole la foi due à ces actes de procédure (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil).

En outre, en prononçant cette injonction à charge de la demanderesse sans lui laisser la possibilité de s'expliquer sur ce point, l'arrêt attaqué méconnaît les droits de défense de la demanderesse (violation du principe général de droit relatif au respect des droits de la défense).

3. Troisième moyen

Dispositions légales violées

- article 149 de la Constitution;
- articles 82 (ex article 86) et 249, alinéa 3, (ex article 189) du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, approuvé par la loi du 2 décembre 1957 (modifié par le Traité de Maastricht du 7 février 1992, approuvé par la loi du 26 novembre 1992, et consolidé par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, approuvé par la loi du 10 août 1998), ci-après le « Traité CE »;
- section 6 du formulaire A/B annexé au règlement (CE) n° 3385/94 de la Commission du 21 décembre 1994 concernant la forme, la teneur et les autres modalités des demandes et notifications présentées en application du règlement n° 17 du Conseil;
- principe général du droit communautaire du respect de la sécurité juridique;
- article 6.3 de la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, ci-après la « directive 98/10/CE »;
- article 96 (6) de la loi autrichienne du 1er juillet 1997 sur les télécommunications (Bundesgesetz betreffend die Telekommunikation, BGB1, I, n° 100/ 1997), ci-après « TKG 1997 »;
- § 132 de la loi autrichienne de 2003 sur les télécommunications (Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird, BGB1, I, n° 70/2003), ci-après « TKG 2003 »;
- principe général du droit dit principe dispositif selon lequel, en matière civile, il appartient aux parties de déterminer elles-mêmes les limites de leur litige;
- article 1138, 2°, du Code judiciaire.

Décisions et motifs critiqués

Après avoir relevé que:

« (La demanderesse) indique qu'à ce jour, elle a conclu des 'contrats de licence' portant sur le droit d'usage de ses données d'abonnés avec 54 sociétés établies en Autriche. (...)

Le service de renseignements fournis par Belgacom permet également d'obtenir un renseignement sur un abonné établi en Autriche, moyennant paiement »

et que:



« Les informations relatives aux abonnés de (la demanderesse) doivent être considérées comme un produit unique du point de vue du droit de la concurrence.

Ces informations constituent un marché de produits distinct dans la mesure où il n'existe pas de liste d'abonnés pouvant être substituée à celle des abonnés de (la demanderesse). Le fichier des abonnés aux services de télécommunication offerts par un opérateur n'est pas interchangeable avec celui des abonnés aux services de télécommunication offerts par un autre opérateur sur le territoire du même Etat membre ou sur le territoire d'un autre Etat membre.

C'est en vain que (la demanderesse) soutient ne pas être la seule sur le marché de la fourniture de ces données en prétendant que quiconque pourrait s'adresser également aux opérateurs alternatifs actifs en Autriche pour obtenir les données brutes des abonnés du service de téléphonie vocale en Autriche, c'est-à-dire suivant les précisions apportées par (la demanderesse) 'un ensemble de données des abonnés non ordonné et non traité'.

Ces opérateurs alternatifs ne sont en effet pas présents comme offreurs sur le marché de l'accès aux données des abonnés de (la demanderesse) puisqu'ils doivent s'adresser à cette dernière pour les obtenir et les mettre à jour.

(La demanderesse) concentre donc entre ses mains l'offre d'accès aux informations relatives à ses propres abonnés puisqu'elle est la seule à qui (la défenderesse) peut s'adresser pour les obtenir.

Il apparaît dès lors évident que (la demanderesse) détient une position dominante sur le marché de l'accès aux données de ses propres abonnés, lequel doit être délimité géographiquement au moins à celui du territoire de la Communauté, et non sur le marché improprement délimité par (la défenderesse) comme étant le 'marché belge des annuaires autrichiens et européens'.

C'est à tort que (la demanderesse) tente, dans le cadre du présent litige, de démontrer que les services d'annuaires ne peuvent être dissociés de l'activité consistant à exploiter un réseau fixe de téléphonie vocale, laquelle revêtirait un caractère nettement national, pour soutenir que le marché en cause est géographiquement délimité par les frontières de l'Autriche et que le marché belge n'est pas en cause.

S'il est exact que le marché de l'accès aux données est indissociable du marché primaire des services de télécommunication, les services d'annuaires forment quant à eux et du voeu même du législateur européen, un marché distinct de celui de la fourniture des services de téléphonie vocale, également ouvert à la concurrence.

C'est précisément pour encourager la concurrence sur ce marché et garantir l'accès aux fichiers d'abonnés que détiennent les opérateurs de télécommunication qu'en application de la directive ONP, les Etats membres ont dû veiller à imposer aux opérateurs l'obligation de répondre à toute demande raisonnable relative à la fourniture des informations pertinentes, disposition qui a été transposée en droit autrichien et dont (la demanderesse) peut se prévaloir.

Contrairement à ce que prétend (la demanderesse), (la défenderesse) ne se plaint nullement d'une transposition incorrecte de la directive dans le droit national autrichien »,

l'arrêt attaqué décide qu'en refusant d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture, à la défenderesse, 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, la demanderesse commet un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE, constitutif d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale au sens de l'article 93 de la loi sur les pratiques de commerce et la protection et l'information du consommateur, fait injonction à la demanderesse de mettre fin à cette pratique en communiquant à la défenderesse, dans un délai d'un mois, à compter de la signification de la décision, son offre d'accès, laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés, et ce sous peine d'une astreinte de 100.000 euros en cas de non respect de ce délai, et ordonne la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur le caractère équitable, non discriminatoire et orienté vers les coûts de l'offre de fourniture, ainsi limitée à la fourniture des données d'abonnés de la demanderesse.

Griefs

3.1. Première branche

1. Pour apprécier l'existence d'une position dominante, le juge doit déterminer avec précision le marché en cause.

Le marché à prendre en considération comprend l'ensemble des produits qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits.

A cet égard, la demanderesse soutenait, dans ses conclusions d'appel postérieures à l'audience du 20 décembre 2002, que « *les données annuaires brutes des abonnés du service de téléphonie vocale en Autriche peuvent être fournies par tous les autres opérateurs de réseaux alternatifs de téléphonie vocale en Autriche* ».

La circonstance que ces opérateurs de réseaux alternatifs aient dû s'adresser à la demanderesse pour obtenir et mettre à jour ces données n'est pas de nature à exclure la prise en considération de ces opérateurs dans la définition du marché en cause, dès lors que ces opérateurs sont susceptibles d'offrir l'accès aux données à un prix différent de celui proposé par la demanderesse.

Par conséquent, l'arrêt attaqué, qui se borne à relever que " ces opérateurs alternatifs ne sont en effet pas présents comme offreurs sur le marché de l'accès aux données des abonnés de (la demanderesse) puisqu'ils doivent s'adresser à cette dernière pour les obtenir et les mettre à jour ", ne justifie pas légalement sa décision aux termes de laquelle, " (la demanderesse) concentre donc entre ses mains l'offre d'accès aux informations relatives à ses propres abonnés puisqu'elle est la seule à qui (la défenderesse) peut s'adresser pour les obtenir " et qu' "il apparaît dès lors évident que (la demanderesse) détient une position dominante sur le marché de l'accès aux données de ses propres abonnés " et méconnaît la notion légale de marché en cause (violation de l'article 82 du Traité CE et de la section 6 du formulaire A/B annexé au règlement (CE) n° 3385/94 de la Commission du 21 décembre 1994 concernant la forme, la teneur et les autres modalités des demandes et notifications présentées en application du règlement n° 17 du Conseil).

2. En outre, l'arrêt attaqué, qui relève que la demanderesse " a conclu des 'contrats de licence' portant sur le droit d'usage de ses données d'abonnés avec 54 sociétés établies en Autriche " et que " le service de renseignements fournis par Belgacom permet également d'obtenir un renseignement sur un abonné établi en Autriche, moyennant paiement ", est entaché de contradiction dans les motifs dès lors qu'il décide simultanément que " (la demanderesse) concentre donc entre ses mains l'offre d'accès aux informations relatives à ses propres abonnés puisqu'elle est la seule à qui (la défenderesse) peut s'adresser pour les obtenir " et n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

3. Enfin, l'arrêt attaqué laisse sans réponse la défense par laquelle la demanderesse faisait valoir dans ses conclusions d'appel, que la défenderesse dispose déjà des données auxquelles elle demande l'accès et " reconnaît par ailleurs avoir acquis ces données auprès de Herold Business Data (cf. p. 3 de la requête d'appel) " et n'est, dès lors, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

3.2. Deuxième branche

1. L'arrêt attaqué, en faisant injonction à la demanderesse de communiquer à la défenderesse, dans un délai d'un mois, à compter de la signification de la décision, son offre d'accès et en ordonnant la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur le caractère équitable, non discriminatoire et orienté vers les coûts de l'offre de fourniture, ainsi limitée à la fourniture des données d'abonnés de la demanderesse, impose, de manière implicite mais certaine, à la demanderesse de faire à la défenderesse une offre équitable, non discriminatoire et orientée vers les coûts.

L'arrêt attaqué applique ainsi nécessairement l'article 6.3 de la directive 98/10/CE, aux termes duquel « *afin de garantir la fourniture des services indiqués au paragraphe 2, points b) et c), les Etats membres veillent à ce que tous les organismes qui attribuent des numéros de téléphone aux abonnés répondent à toutes les demandes raisonnables relatives à la fourniture des informations pertinentes sous une forme convenue et à des conditions qui soient équitables, orientées vers les coûts et non discriminatoires* », et non l'article 96 (6) de la TKG 1997, à propos duquel l'arrêt attaqué relève qu'il impose uniquement que le droit réclamé pour la transmission des données soit « *orienté vers les coûts* » sans préciser que l'offre d'accès aux données doit être équitable et non discriminatoire.

Or, la demanderesse soutenait dans ses conclusions d'appel que la défenderesse « *ne peut être admise à invoquer les dispositions directement issues de la directive, celle-ci n'ayant pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne* ».

En effet, en vertu de l'article 249, alinéa 3, du Traité CE, une directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Le principe de sécurité juridique s'oppose, dès lors, à ce que les directives puissent créer des obligations pour les particuliers. A l'égard de ces derniers, les dispositions d'une directive ne peuvent créer des droits.

Par conséquent, l'arrêt attaqué, en imposant à la demanderesse de faire à la défenderesse une offre équitable, non discriminatoire et orientée vers les coûts, se fonde à tort sur la directive 98/10/CE pour créer des obligations à charge de la demanderesse et ne justifie pas légalement sa décision (violation du principe général de droit communautaire du respect de la sécurité juridique, de l'article 249, alinéa 3, du Traité CE, de l'article 6.3 de la directive 98/10/CE et de l'article 96 (6) de la TKG 1997).

2. A tout le moins, à supposer que l'arrêt attaqué doive être interprété comme ayant décidé que la directive 98/10/CE pouvait être invoquée pour créer des obligations à charge de la demanderesse au motif qu'elle ne serait pas revêtue de la qualité de particulier, l'arrêt attaqué, en ne constatant pas les éléments sur lesquels il se fonde pour dénier à la demanderesse la qualité de particulier, met la Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de la décision attaquée et n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

3. En outre, l'arrêt attaqué constate « *qu'en application de la directive ONP, les Etats membres ont dû veiller à imposer aux opérateurs l'obligation de répondre à toute demande raisonnable relative à la fourniture des informations pertinentes, disposition qui a été transposée en droit autrichien et dont (la défenderesse) peut se prévaloir* » et que « *contrairement à ce que prétend (la demanderesse), (la défenderesse) ne se plaint nullement d'une transposition incorrecte de la directive dans le droit national autrichien* ».

En appliquant néanmoins la directive 98/10/CE pour mettre à charge de la demanderesse des obligations non prévues par l'article 96 (6) de la TKG 1997, l'arrêt attaqué élève dès lors d'office une contestation que les conclusions de la défenderesse excluaient et, partant, viole le principe dispositif visé au moyen et l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire.

4. Si, toutefois, l'arrêt attaqué doit être interprété comme ne s'étant pas fondé sur la directive 98/10/CE pour imposer à la demanderesse de faire à la défenderesse une offre équitable, non discriminatoire et orientée vers les coûts mais sur l'article 96 (6) de la TKG 1997, l'arrêt attaqué méconnaît la portée de cette dernière disposition, qui impose uniquement que le droit réclamé pour la transmission des données soit « *orienté vers les coûts* » sans préciser que l'offre d'accès aux données doit être équitable et non discriminatoire (violation de l'article 96 (6) de la TKG 1997).

En outre, l'arrêt attaqué ne pouvait légalement faire application de l'article 96 (6) de la TKG 1997, celui-ci ayant été abrogé avec effet au 20 août 2003, soit avant le prononcé de l'arrêt attaqué, par le ,§ 132 de la TKG 2003 (violation de l'article 96 (6) de la TKG 1997 et du ,§ 132 de la TKG 2003).

3.3. Troisième branche

L'arrêt attaqué laisse sans réponse la défense par laquelle la demanderesse faisait valoir dans ses conclusions d'appel que la demande « *tend à ce que la (demanderesse) soit forcée, sous peine d'astreinte, de contracter avec elle selon ces conditions. Cela reviendrait à confier aux juridictions le soin de déterminer si les conditions de prix offertes par la (demanderesse) sont conformes à la loi autrichienne du 1er juillet 1997 transposant la directive et, en fait, à se substituer à l'autorité réglementaire nationale autrichienne* » et n'est, dès lors, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

La décision de la Cour

Sur le premier moyen:

Quant à la première branche:

Attendu que, pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée par la demanderesse, l'arrêt considère que « *la Belgique est le lieu où la restriction de concurrence invoquée a produit directement ses effets dommageables à l'égard de (la défenderesse) qui se plaint, en substance, de ne pouvoir, à défaut de disposer des données des abonnés dont dispose (la demanderesse), développer des nouveaux produits ou services d'annuaires qu'elle entend offrir en Belgique ou au départ du territoire belge* » et que « *le fait que les biens ou les services sur lesquels porte la demande d'accès adressée à (la demanderesse) se situent en Autriche est donc sans incidence sur la compétence dès lors que le fait dommageable invoqué est la restriction de la concurrence mise en oeuvre sur le marché belge des services d'annuaires et produisant ses effets directs sur ce marché* »;

Attendu que par ces considérations par lesquelles, d'une part, il caractérise l'existence d'un lien de rattachement étroit entre la contestation et les tribunaux belges et, d'autre part, il tient compte du lieu où a été accompli l'acte générateur du dommage, l'arrêt répond aux conclusions de la demanderesse visées en cette branche du moyen;

Que le moyen, en cette branche, manque en fait;

Quant à la deuxième branche:

Attendu qu'il ressort sans ambiguïté des motifs de l'arrêt que celui-ci, pour faire application de l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, considère que la Belgique est le lieu où la restriction de concurrence a été mise en oeuvre;

Que le moyen, en cette branche, manque en fait;

Quant à la troisième branche:

Attendu que, dirigé contre des considérations surabondantes de l'arrêt, le moyen, en cette branche, est, comme le soutient la défenderesse, dénué d'intérêt et, partant, irrecevable;

Sur le deuxième moyen:

Quant aux deux branches réunies:

Attendu que, devant la cour d'appel, la défenderesse poursuivait la cessation du comportement abusif de la demanderesse, consistant en un refus de convenir, dans des conditions conformes aux exigences de l'article 6 de la directive 98/10/CE du 26 février 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant l'application et la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel de télécommunications dans un environnement concurrentiel, de la communication de données dont la demanderesse est tenue d'établir la liste en vertu de la législation autrichienne;

Attendu que l'arrêt « *constate qu'en refusant d'exprimer une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture à (la défenderesse) 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, (la demanderesse) commet un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE, constitutif d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale au sens de l'article 93 de la loi sur les pratiques (du) commerce et la protection et l'information du consommateur* »;

Que l'arrêt fait ensuite injonction à la demanderesse de mettre fin à cette pratique en communiquant à la défenderesse son offre d'accès, « *laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés et ce, sous peine d'une astreinte de 100.000 euros* »;

Attendu que le juge qui, en vertu de l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991, ordonne la cessation d'un comportement contraire aux dispositions de cette loi peut contraindre son auteur à accomplir les actes nécessaires à la cessation de ce comportement;

Qu'en condamnant la demanderesse à faire l'offre précitée, l'arrêt n'excède pas la compétence légalement attribuée au juge de la cessation;

Que, ce faisant, il ne modifie pas l'objet de la demande et ne donne pas des écrits de procédure de la défenderesse une interprétation inconciliable avec leurs termes;

Que, pour le surplus, la demanderesse ayant admis en conclusions que la demande de la défenderesse visait en réalité à la contraindre à contracter avec elle dans des conditions équitables et non discriminatoires, l'arrêt ne méconnaît pas davantage les droits de défense de la demanderesse;

Que le moyen ne peut être accueilli;



Sur le troisième moyen:

Quant à la première branche:

Attendu qu'après avoir constaté que le marché en cause est celui de « l'accès aux données d'abonnés aux services de la téléphonie vocale fixe qui est étroitement lié au marché des services de télécommunication », l'arrêt considère que « les informations relatives aux abonnés de (la demanderesse) doivent être considérées comme un produit unique du point de vue du droit de la concurrence. Ces informations constituent un marché de produits distinct dans la mesure où il n'existe pas de liste d'abonnés pouvant être substituée à celle des abonnés de (la demanderesse). Le fichier des abonnés aux services de télécommunication offerts par un opérateur n'est pas interchangeable avec celui des abonnés aux services de télécommunication offerts par un autre opérateur sur le territoire du même Etat membre ou sur le territoire d'un autre Etat membre » et que les « opérateurs alternatifs actifs en Autriche ne sont (...) pas présents comme offreurs sur le marché de l'accès aux données des abonnés de (la demanderesse), puisqu'ils doivent s'adresser à cette dernière pour les obtenir et les mettre à jour »;

Qu'ainsi, l'arrêt ne méconnaît pas la notion légale de marché en cause et justifie légalement sa décision que la demanderesse jouit d'une position dominante sur le marché considéré;

Attendu que, pour le surplus, d'une part, l'arrêt relève que la demanderesse « indique qu'à ce jour, elle a conclu des 'contrats de licence' portant sur le droit d'usage de ses données d'abonnés avec 54 sociétés établies en Autriche » mais ne constate pas lui-même ce fait;

Que, d'autre part, il n'est pas contradictoire de considérer que « le service de renseignements fournis par Belgacom permet (...) d'obtenir un renseignement sur un abonné établi en Autriche » mais que la demanderesse « concentre entre ses mains l'offre d'accès aux informations relatives à ses propres abonnés puisqu'elle est la seule à qui (la défenderesse) peut s'adresser pour les obtenir »;

Attendu qu'enfin, dès lors qu'en conclusions, la demanderesse ne déduisait aucune conséquence juridique de son allégation selon laquelle la défenderesse reconnaissait avoir acquis les données litigieuses d'une autre société, l'arrêt ne devait pas répondre à ces conclusions;

Que le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli;

Quant à la deuxième branche:

Sur la fin de non-recevoir opposée par la défenderesse au moyen en cette branche et déduite de ce qu'il n'indique pas en quoi le principe général du droit communautaire relatif au respect de la sécurité juridique aurait été violé par l'arrêt:

Attendu que le moyen, en cette branche, précise en quoi le principe de sécurité juridique a été méconnu ;

Que la fin de non-recevoir ne peut être accueillie ;

Sur le fondement du moyen, en cette branche:

Attendu que l'article 249, alinéa 3, du Traité instituant la Communauté européenne dispose que la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens;

Que suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que les directives puissent créer des obligations pour les particuliers ; qu'à l'égard de ces derniers, les dispositions d'une directive ne peuvent créer que des droits;

Attendu que l'arrêt considère que la demanderesse doit « communiquer à (la défenderesse) une offre relative aux conditions auxquelles elle subordonne la fourniture de sa liste d'abonnés, étant entendu que, comme l'exige la directive (98/10/CE du Parlement et du Conseil du 26 février 1998



concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, ces conditions doivent être orientées vers les coûts » ; qu'il fait ensuite injonction à la demanderesse de communiquer son offre d'accès dans le délai qu'il précise et ordonne la réouverture des débats « afin de permettre aux parties de s'expliquer sur le caractère équitable, non discriminatoire et orienté vers les coûts de l'offre de fourniture, ainsi limitée à la fourniture des données d'abonnés de (la demanderesse) »;

Attendu qu'en imposant à la demanderesse de faire une offre équitable, non discriminatoire et orientée vers les coûts, conditions fondées sur la seule directive européenne, l'arrêt viole l'article 249 du Traité CE et méconnaît le principe général du droit communautaire visé au moyen;

Que le moyen, en cette branche, est fondé;

Sur les autres griefs:

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'examiner la troisième branche du troisième moyen qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue;

PAR CES MOTIFS,
LA COUR

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il fait injonction à la demanderesse de communiquer à la défenderesse, dans un délai d'un mois à compter de sa signification, son offre d'accès précisant sur quelle base les prix proposés sont calculés et ce, sous peine d'une astreinte de 100.000 euros en cas de non-respect de ce délai, et ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur le caractère équitable, non discriminatoire et orienté vers les coûts de l'offre de fourniture des données des abonnés de la demanderesse;

Rejette le pourvoi pour le surplus;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne la demanderesse à la moitié des dépens et réserve le surplus pour qu'il soit statué sur celui-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Mons.

Les dépens taxés à la somme de six cent cinquante-trois euros nonante centimes envers la partie demanderesse et à la somme de cent soixante-quatre euros trente-deux centimes envers la partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Claude Parmentier, les conseillers Christian Storck, Didier Batselé, Albert Fettweis et Christine Matray, et prononcé en audience publique du vingt-trois juin deux mille cinq par le président de section Claude Parmentier, en présence de l'avocat général délégué Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.

