

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les annuaires téléphoniques au carrefour de droits

Poullet, Yves; De Terwangne , Cécile

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y & De Terwangne , C 1996, 'Les annuaires téléphoniques au carrefour de droits: quelques réflexions à l'occasion de cinq décisions récentes', *Journal des Tribunaux*, pp. 425-436.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



4 JUIN 1996

Journal des Tribunaux

1^{er} juin 1996
115^e année - N° 5804Bureau de dépôt : Mons X
Hebdomadaire, sauf juillet/aoûtEditeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

21 ISSN 0021-812X

LES ANNUAIRES TELEPHONIQUE AU CARREFOUR DE DROITS

Quelques réflexions à l'occasion de cinq décisions récentes

1. — Depuis peu, « pages blanches » et « pages jaunes » ont, bien malgré elles, entrepris d'écrire une nouvelle page du droit. Les annuaires téléphoniques ont, en effet, fait récemment l'objet de quatre décisions belges. Parallèlement, une décision française sur le même thème offre un éclairage juridique complémentaire.

Le 5 octobre 1994, le président du tribunal de commerce de Bruxelles (1) accueillait la demande en cessation introduite par la société ITT Promédia contre Belgacom pour publication par cette dernière d'un communiqué de presse assimilable à une publicité, contenant des données trompeuses et dénigrantes à l'égard du service d'annuaires téléphoniques mis en place par Promédia, concurrente de Belgacom (2).

Le 25 avril 1995, la Cour d'arbitrage (3) rejetait le recours en annulation de l'article 45 de la loi-programme du 24 décembre 1993, introduit par la société ITT Promédia. Cet article remplace l'ancien article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, qui organisait le régime des annuaires téléphoniques (4). Dans sa réécriture, l'article 113, 2°, exige de toute personne désireuse d'entrer sur le marché des annuaires, à la seule exception de Belgacom, d'être préalablement habilitée par l'Institut belge des Services postaux et des Télécom-

munications (I.T.B.P.T.). La Cour se réfère au principe de la discrimination positive, c'est-à-dire de la différence de traitement (entre Belgacom et les autres sociétés), fondée sur un critère objectif et raisonnablement justifiée, pour valider la mesure législative.

Le président du tribunal de commerce de Bruxelles, le 19 juillet 1995 (5), rejetait la demande en cessation introduite par Belgacom contre la Société Kapitool Trading. Cette société avait commercialisé un CD-Rom reprenant les données issues de l'annuaire téléphonique. Belgacom, qui avait l'intention de lancer le même service, fonda son action en cessation sur une prétendue triple infraction à l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : distribution de données concernant les personnes raccordées aux services de téléphonie sans habilitation préalable par l'I.T.B.P.T.; distribution d'un CD-Rom qui ne constitue qu'une copie servile de la banque de données de Belgacom; enfin, distribution au mépris des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel (6).

Cette affaire rappelle les faits à l'origine d'une décision française. Le 7 février 1994, la cour d'appel de Paris (7) condamnait France Télé-

(1) Trib. Comm. Bruxelles, prés., 5 oct. 1994, *Journ. procés*, n° 269, 28 oct. 1994, pp. 30 et s. et n° 270, 11 nov. 1991, pp. 29 et s. Le jugement est publié par extraits.

(2) Le communiqué de presse était libellé comme suit : « Belgacom avertit sa clientèle que toute prospection ou vente par ITT Promédia pour l'édition 1995 des Pages Blanches et Jaunes se fait sans autorisation de Belgacom et en dehors de tout contrat. Afin d'assurer la continuité des services à sa clientèle, Belgacom a décidé d'assurer par ses propres services l'édition des Pages Blanches et Jaunes de son annuaire officiel. Bientôt, les conseillers commerciaux de Belgacom — pourvus des autorisations nécessaires — contacteront les clients afin de les informer des possibilités de placer leurs annonces dans la prochaine édition des Pages Blanches et Jaunes de l'annuaire officiel ».

(3) Cour d'arbitrage, arrêt n° 37/95 du 25 avril 1995, *M.B.*, 20 mai 1995, pp. 13932 et s.

(4) Voy. *infra*, n° 23 et s.

(5) Trib. Comm. Bruxelles, prés., 19 juill. 1995, publié par extraits in *J.T.*, 1995, pp. 188 et s.

(6) Nous ne nous attarderons pas sur le problème du droit d'auteur, à peine abordé dans la décision bruxelloise du 19 juillet 1995. La question qui se pose est celle de l'existence d'un droit d'auteur, voire d'un droit voisin, sur les annuaires téléphoniques. Il est généralement admis qu'à défaut d'originalité, l'annuaire téléphonique ne bénéficie pas d'une protection par le droit d'auteur, même si la compilation des données représente un investissement et un effort considérables (cf. Cass. fr., 2 mai 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21.392 : « Un travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi à défaut d'un apport intellectuel de l'auteur caractérisant une création originale »).

(7) Paris, 7 févr. 1994, *Expertises*, avril 1994, p. 150. Le lecteur trouvera des commentaires doctrinaux à propos de cette décision capitale et du jugement dans la même cause du tribunal de Paris en date du 7 septembre 1992, not. F. Dupuis-Toubol et J. Leygonie, « A propos de l'affaire CMS c. France Télécom », *D.I.T.*, 1995, pp. 26 et s.; J. Frayssinet, « Les

S O M M A I R E

- Les annuaires téléphoniques au carrefour de droits - Quelques réflexions à l'occasion de cinq décisions récentes, par C. de Terwangne et Y. Poulet ... 425
- Domaine public - Voies ferrées - Désaffectation tacite - Voirie terrestre - Création par le passage du public (Cons. Etat, sect. d'adm., 3^e ch., 23 février 1996, note) 437
- Etrangers - Réfugiés - C.p.a.s. - Situation irrégulière - Aide appropriée (C.T. Bruxelles, 8^e ch., 31 juillet 1995, observations de Chr. Coppens) 438
- Enseignement - Avantages sociaux - Ecoles communales - Ecoles libres - Egalité (Civ. Huy, 3^e ch., 21 décembre 1995, observations de S. Depré) 441
- Dessaisissement - Cause prise en délibéré (Cass., 1^{re} ch., 26 janvier 1996) 444
- Code judiciaire, article 867 - Forme des actes - Nullité - Condition - Délai de comparution en appel (Cass., 1^{re} ch., 5 janvier 1996) 444
- Procédure civile - Appel incident (Cass., 1^{re} ch., 4 janvier 1996) 445
- Procédure civile - Exercice d'un droit - Déchéance - Erreur invincible - Notion (Cass., 3^e ch., 8 janvier 1996) 445
- Cour d'arbitrage - Question préjudicielle - Jurisdiction refusant de la poser - Recours - Recevabilité (Cass., 1^{re} ch., 12 janvier 1996) 445
- Concordat - Faillite - Article 24, alinéa 1^{er}, des lois sur le concordat judiciaire coordonnées par l'arrêté du Régent du 25 septembre 1946 (Cass., 1^{re} ch., 26 janvier 1996) 445
- Prix du Journal des tribunaux 448
- Chronique judiciaire : Colloques - Bibliographie - Dates retenues.

com pour refus de communiquer à un diffuseur certaines données relatives aux services de téléphonie et écartait les motivations invoquées par France Télécom, fondées sur la législation de protection des données nominatives.

Enfin, dernière décision en date, celle du 30 novembre 1995 (8) par laquelle le président du tribunal de commerce de Liège condamnait Belgacom pour modification unilatérale abusive du contrat « R.T.R. » (9) passé avec une société liégeoise. Cette modification visait à prévenir « certains abus » pratiqués par la société en question au regard de la législation de protection des données, dénoncés par Belgacom sur la base d'une recommandation émise par la Commission de protection de la vie privée le 7 septembre 1993. Le président, saisi en référé, estima que la recommandation en cause ne pouvait justifier la modification d'un contrat en cours.

2. — Ainsi le droit des annuaires téléphoniques ou, pour être plus exact, le droit de l'édition et de la commercialisation des listes d'abonnés au service téléphonique, se trouve, dans un contexte de libéralisation des services de télécommunications, au croisement de préoccupations diverses, en particulier celles touchant au maintien de la concurrence et au respect de la vie privée. Ces deux types de préoccupation feront l'objet d'une analyse distincte, encore que, les décisions d'avril et de juillet 1995 de même que la décision française en attestent, la voie d'une conciliation entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des données à caractère personnel doit être recherchée.

Avant d'aborder ces différents thèmes, un aperçu de l'explosion des services associés aux listes d'abonnés aux services de téléphonie illustrera l'importance économique croissante du sujet et expliquera l'émergence corollaire d'un droit s'appliquant aux annuaires téléphoniques.

I. — LISTE D'ABONNÉS AU SERVICE DE TÉLÉPHONIE VOCALE ENTRE POINTS FIXES ET SERVICES ASSOCIÉS : UN MARCHÉ PROMETTEUR

3. — Traditionnellement, la liste d'abonnés au service de téléphonie vocale entre points fixes s'identifie aux annuaires sur support papier édités par la source unique de cette information, à savoir l'opérateur public (10). Le large public

annuaires de France Télécom entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des données personnelles », *Juris PTT*, n° 35, 1994, pp. 15 et s.; B. Nouel, « L'obligation faite à France Télécom de fournir la "liste orange" des abonnés à son concurrent : la vocation hégémonique du droit communautaire », *Expertises*, avril 1994, pp. 146 et s.

(8) Le jugement est inédit : s.a. CIA Security Allieur Int. c. s.a. Belgacom, 30 nov. 1995, réf. n° 77/95. Nous reprendrons ci-après de larges extraits de ce jugement.

(9) Le contrat « R.T.R. » permet l'accès direct et à distance au fichier informatisé du service de renseignement de Belgacom.

(10) Qui peut avoir choisi de réserver par contrat l'exclusivité de cette activité à une société privée

connaît également le service de renseignement par téléphone, offert lui aussi par l'opérateur public.

Les sélections et copies d'informations permises par les technologies de l'informatique, de même que les croisements de données provenant de banques de données multiples, expliquent le nombre de services nouveaux susceptibles d'être proposés tant par l'opérateur public que par d'autres intervenants sur le marché de l'information, ainsi qu'en attestent les affaires récentes commentées.

4. — Avant d'aborder la classification de ces services, il importe de noter que la liste d'abonnés provient jusqu'à présent d'une source unique, à savoir l'opérateur public Belgacom. Demain, c'est-à-dire dès 1998, selon l'agenda européen (11), la libéralisation du service de téléphonie vocale amènera une diversification des sources, comme c'est déjà le cas notamment au Royaume-Uni (12). Cette perspective, qui sera révoquée ci-après, obligera sans doute à trouver une autre solution réglementaire que celle transitoire récemment votée.

5. — La classification proposée des utilisations possibles de la liste d'abonnés repose sur un critère fonctionnel. Sont d'abord distinguées les utilisations opérées par l'opérateur à des fins de gestion purement interne, c'est-à-dire aux fins d'établissement, de suivi et d'exécution de la relation qui unit l'opérateur à l'abonné ou au futur abonné dans le cadre du service de transport de la voix. S'ajoutent les utilisations par l'opérateur des données de l'annuaire et, plus généralement, des données relatives à la clientèle de son service téléphonique, pour la promotion d'autres services (13).

Au-delà, les utilisations externes peuvent être regroupées selon les fonctions suivantes.

La première vise à permettre l'accès à des données minimales (nom(s), prénom(s) ou initiales du prénom, adresse, numéro de téléphone), relatives à un abonné au service téléphonique identifié ou au moins partiellement identifié.

A cette fonction, répondent les services proposés par l'annuaire papier ou le service téléphonique de renseignements. Il est clair que l'édition électronique partielle ou totale des listes d'abonnés disponibles en ligne (le cas échéant, via Internet) (14) peut également répondre à cette fonction, de manière plus effi-

ciendante (ce qui correspond au régime ayant existé pendant vingt-cinq ans en Belgique).

(11) C'est en tout cas la date retenue par la Résolution du Conseil du 22 juillet 1993 sur le réexamen de la situation du secteur des télécommunications et de la nécessité de nouveaux développements sur ce marché, J.O.C.E., 6 août 1993, n° C-213, p. 1.

(12) Où un duopole existe depuis 1984, British Telecom libéralisé et Mercury se partageant le marché.

(13) A cet égard, l'ordonnance de référé du 27 décembre 1993 émise par le tribunal de grande instance de Paris (ordonnance non publiée mais longuement commentée par J. Frayssinet, *op. cit.*) fait défense à France Télécom de se servir du courrier relatif aux factures de consommation téléphonique pour adresser à sa clientèle une annonce publicitaire vis-à-vis d'autres services de télécommunications, en particulier le radiotéléphone ITINERIS.

(14) Il s'avère que certaines sociétés mettent à disposition dès maintenant, via Internet, l'annuaire téléphonique.

cace même. La constitution de tels annuaires électroniques permet cependant de remplir une autre fonction : celle de démarchage commercial.

La seconde fonction permet précisément à des entreprises de tirer avantage de diverses données issues des listes d'abonnés téléphoniques pour sélectionner une clientèle cible en fonction de critères géographiques, professionnels ou autres.

Cette deuxième fonction peut être réalisée à partir des seules données de l'annuaire téléphonique mais peut également être affinée en associant à ces données des données en provenance d'autres fichiers (comme le registre du commerce ou des listes complémentaires fondées sur des critères complémentaires tels l'âge, le sexe, la possession d'un fax, d'une automobile, etc.).

Une troisième fonction vise l'utilisation de la donnée « numéro de téléphone », couplée ou non avec d'autres données que celles figurant dans les données de base de l'annuaire, à des fins de prospection commerciale par voie téléphonique.

Un seul exemple suffit à l'illustrer : le démarchage commercial via le téléphone, opéré par une société de vente de produits d'alarme auprès de personnes situées dans le voisinage direct d'une résidence ayant fait l'objet de cambriolages (15). Le croisement d'informations tirées de faits divers de journaux, de données relatives à la géographie des lieux et d'une interrogation électronique de l'annuaire téléphonique sous forme de questions du type « quels sont les détenteurs de téléphone habitant telle ou telle rue ? » autorise un ciblage des personnes susceptibles d'être intéressées par le produit en question et contactables téléphoniquement.

La quatrième fonction repose de manière accessoire sur la liste d'abonnés c'est-à-dire que l'utilisation de celle-ci s'effectue dans le cadre d'une autre finalité, dite principale. Ainsi, certaines entreprises, en particulier les banques mais également des sociétés de vente à distance, offrant des télé-services (télébanking, téléshopping), peuvent coupler le repérage du numéro d'appel (16) à une banque de données indiquant automatiquement l'abonné correspondant à ce numéro d'appel, ce afin d'identifier l'appelant, voire de contrôler le droit de la personne d'utiliser ce téléservice.

Au terme de cette énumération, il est clair que la diversité croissante des services associés aux annuaires téléphoniques justifie l'intérêt de plus en plus marqué des entreprises à disposer de la liste des abonnés au téléphone et à commercialiser sous une forme ou une autre des produits dérivés, à valeur ajoutée ou non.

(15) C'est ce service de démarchage, offert par la Société CIA Security International qui fut à l'origine d'une plainte adressée par un particulier auprès de la Commission de protection de la vie privée, plainte qui donna lieu à la recommandation n° 102/93 de la Commission. A la suite de cette recommandation, Belgacom a décidé de modifier son contrat avec cette société et a ainsi provoqué le référé du tribunal de commerce de Liège.

(16) Sous peu, la digitalisation complète du réseau permettra, dans le cadre des services offerts par le réseau numérique à intégration de services (R.N.I.S.), l'identification du numéro appelant.

6. — L'établissement de cette classification conduit à deux réflexions. La première porte sur la notion d'annuaire, la seconde introduit une remarque sur la pondération à opérer entre « droit de la concurrence » et « droit de la protection des données ».

— La notion d'annuaire fait l'objet d'une définition réglementaire proposée par l'article 1^{er}, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 1994 exécutant l'article 113, 2^o, de la loi du 21 mars 1991, en ce qui concerne les annuaires des abonnés aux services de télécommunications réservés exploités par Belgacom (17). Par annuaire, on entend « la liste des abonnés au service de téléphonie, qui sous forme d'un ou plusieurs volumes imprimés ou d'un ou plusieurs supports électroniques, est remise au public en vue de permettre d'identifier les numéros de raccordement desdits abonnés ».

Les limites de la notion, apparemment claires, se révèlent à l'analyse floues, ainsi qu'en témoigne l'affaire Belgacom contre Kapitoll Trading. Kapitoll Trading commercialise des CD-Rom reprenant les noms et adresses de personnes, les numéros de téléphone ou de télécopie ainsi que la classification professionnelle des sociétés et personnes physiques exerçant leur activité professionnelle en tant qu'indépendants en Belgique. Ces CD-Rom sont-ils des annuaires ? Assurément oui, si l'on s'en tient à la définition réglementaire. Il est « remis — certes non gratuitement — au public » c'est-à-dire à toute personne qui désire l'acheter et il permet — certes non uniquement mais à tout le moins — d'identifier les numéros de raccordement des abonnés au service de téléphonie vocale. En ce sens, on ne peut suivre le raisonnement de la société défenderesse dans l'affaire citée lorsqu'elle concluait que le « CD-Rom Infobel n'est ni un livre, ni une liste, ni un annuaire, ni un fichier au sens de l'article 113, 2^o, susdit, mais un logiciel » (18). A la suite du président bruxellois, il convient, en effet, d'affirmer que les termes utilisés par l'article 113, 2^o, ne se réfèrent pas à une technologie classique d'édition comme le papier ou le livre mais englobent toute forme, y compris électronique, de mise en forme et de présentation des données (19).

Ainsi, la notion d'annuaire semble pouvoir être étendue à toute liste d'abonnés qu'elle soit totale ou partielle, peu importe le support, à condition qu'elle vise à être répandue dans le public. Y échapperaient donc les utilisations à des fins propres (marketing ou amélioration d'un service à la clientèle). Sans doute faudrait-il également exclure les banques de données pour lesquelles les données téléphoniques ne consti-

tuent plus qu'un élément accessoire de la valeur de la banque de données.

— Par ailleurs, on conçoit que selon le type de produits, les questions soulevées par le droit de la concurrence et la protection des données soient d'intensité variable : ainsi, dans l'hypothèse où la concurrence n'existerait pas pour les services ayant comme seule fonction la recherche d'abonnés (publication d'annuaires et services de renseignements), les questions de vie privée peuvent facilement se résoudre. Par contre, les fonctions « marketing » et surtout « télémarketing » font naître des risques plus sévères d'atteinte à la vie privée, dans le même temps qu'il semble que seul un marché concurrentiel puisse répondre à la diversité des besoins révélés.

II. — LISTES D'ABONNÉS ET CONCURRENCE

1. — L'abus de position dominante

7. — Le marché des annuaires est un marché voisin de celui de la téléphonie vocale (20). Tous les juges appelés à se prononcer en la matière se sont accordés sur ce constat, même si des « liens d'efficacité » existent entre ces deux marchés (21). A la différence du marché de la téléphonie vocale, réservé en monopole aux opérateurs publics de télécommunications, le marché des annuaires est désormais ouvert à la libre concurrence (22).

8. — Les règles de concurrence loyale sont contenues dans la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (23) et dans les incontournables articles 85 et suivants du Traité de Rome. L'article 86, plus spécialement, interdit « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Or, les pratiques de Belgacom sont précisément douteuses sur ce point.

Dans l'affaire ITT Promédia (24), l'opérateur public tente de discréditer son concurrent par le biais d'un communiqué de presse avertissant sa

(20) Par service de téléphonie vocale, il faut entendre « l'exploitation commerciale pour le public du transport direct et de la commutation de la voix en temps réel au départ et à destination des points de terminaison du réseau public commuté, permettant à tout utilisateur d'utiliser l'équipement connecté à un tel point de terminaison pour communiquer avec un autre point de terminaison » (art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la directive 90/388/C.E.E. du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (dite directive « services »), J.O.C.E., 24 juill. 1990, n° L 192, p. 10).

(21) Voy. *infra*, n° 13.

(22) Etant donné qu'il n'entre pas dans la définition du service de téléphonie vocale, seul service réservé : articles 82 à 84 de la loi du 21 mars 1991 (*à contrario*) et article 89, § 1^{er}, « L'exploitation des services non réservés est libre » ; articles 1^{er} et 2 de la directive « services ».

(23) M.B., 11 oct. 1991.

(24) Trib. Comm. Bruxelles, prés., 5 oct. 1994, précité.

clientèle que toute activité de prospection pour l'édition de l'annuaire téléphonique se fait dès ce moment sans son autorisation. Pour la société ITT Promédia, cet « avertissement crée l'impression auprès du public qu'elle-même) mène des activités illégales et malhonnêtes ». Mais surtout, la référence que Belgacom fait dans la suite de son communiqué à « son annuaire téléphonique soi-disant "officiel" » fait apparaître à tort que (Belgacom) aurait un droit de monopole en matière d'annuaires et suggère simultanément que tout autre annuaire est « non officiel » et, par conséquent, suspect ».

Dans l'affaire Kapitoll Trading, l'action de l'opérateur public vise à empêcher l'arrivée sur le marché d'un producteur de listes des données issues de l'annuaire téléphonique, sous forme de CD-Rom.

9. — La position dominante identifiée dans les deux litiges est celle dont Belgacom jouit sur le marché de la téléphonie vocale, du fait du monopole de droit qui lui est accordé en cette matière, et qui n'est pas contesté (25).

L'opérateur public (la Régie des télégraphes et des téléphones et ensuite Belgacom) n'était initialement pas présent sur le marché voisin des annuaires. Il a, en effet, pendant vingt-cinq ans, réservé par contrat l'exclusivité de la publication et la distribution des listes de ses abonnés à la société ITT Promédia. Cette dernière, ayant développé son image et sa clientèle, se trouve donc, *de facto*, en position dominante sur ce marché spécifique au moment où Belgacom décide de se lancer à son tour, via une filiale, dans l'aventure lucrative de l'édition d'annuaires.

Cependant, Belgacom tente de tirer profit de sa position monopolistique en matière de téléphonie vocale pour influencer le marché voisin convoité. Dans l'affaire Promédia, l'intérêt tiré de la position dominante est très net. Contrairement à son seul concurrent sur le marché des annuaires, et à la différence de ce dernier, Belgacom peut utiliser son autorité acquise en tant que monopoliste en matière de services téléphoniques pour donner à son communiqué un caractère « officiel » tel que le texte en sera relayé et commenté dans la grande presse du pays.

Le juge conclura à l'abus de position dominante. Ce faisant, il se situe dans la ligne de la jurisprudence communautaire qui dénonce comme abusif le fait pour une entreprise dominante sur un marché de profiter de cette rente de situation pour éliminer la concurrence sur un autre marché, voisin mais distinct. Ce qui est précisément reproché à l'entreprise en pareil cas, c'est l'utilisation de sa position dominante sur le marché d'un produit ou service indispensable sur un autre marché, pour se réserver les produits ou services du second marché, y acquérant de ce fait une position dominante (26).

Dans l'affaire Kapitoll Trading, le juge lie le raisonnement en termes d'abus de position dominante avec l'article 90 du Traité de Rome.

(25) Dans l'affaire Kapitoll Trading, le juge évoque la position dominante de Belgacom sur le marché des « télécommunications publiques ».

(26) Notam., C.J.C.E., 6 mars 1974, Commercial Solvents c. Commission, 6/73 et 7/73, Rec., p. 223; et en matière de service d'information : C.J.C.E., 6 avril 1995, RTE et ITP c. Commission (aff. Magill), C-241/91 P et C-242/91 P, Rec., I, p. 808.

(17) M.B., 26 août 1994.

(18) Il s'agissait pour le défendeur d'échapper ainsi aux lourdes obligations imposées par l'arrêté royal du 15 juillet 1994 (voy. *infra*, n° 23), obligations que le président bruxellois écartait au nom de l'application des prescrits européens.

(19) « Attendu que les termes utilisés par l'article 113, 2^o, permettent de considérer qu'est interdite la confection, la vente ou la distribution du CD-Rom Infobel litigieux, qui est bien un « fichier » puisqu'il constitue tout un ensemble structuré d'informations numériques, mémorisées sur un support physique, soit une source sur laquelle travaille un programme de traitement » (Trib. Comm. Bruxelles, prés., 19 juill. 1995).

Sur base de cette disposition, en effet, l'article 86 peut, en certaines hypothèses, être écarté au nom d'une mission d'intérêt général.

2. — Le service d'intérêt économique général et l'offre de services spécifiques

L'article 90, § 2, du Traité de Rome

10. — Pour se prononcer dans l'affaire *Kapitol Trading*, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a clairement identifié les conditions de mise sur le marché de l'offre d'annuaires sous forme de CD-Rom. Le service informationnel incriminé constitue, selon le juge, « un service spécifique, dissociable du service d'intérêt général (dont Belgacom est chargée), répondant à des besoins économiques particuliers et exigeant des prestations que les services de télécommunications n'offrent pas ». La démarche du juge vise clairement à isoler l'activité de production et distribution de CD-Rom, de la mission d'intérêt général confiée à Belgacom. Dès lors, l'offreur du service nouveau évolue dans un marché distinct, répondant à des règles différentes de celles qui régissent l'offre d'un service d'intérêt public.

11. — Dissocier la diffusion de CD-Rom, service spécifique, d'une « tâche d'intérêt économique général » renvoie au prescrit de l'article 90, § 2, du Traité de Rome. C'est, en effet, cette disposition qui scelle le sort des activités de service public entrant dans le champ communautaire (27). C'est elle qui organise le régime des entreprises chargées de la gestion de telles activités. Aux termes de l'article 90, § 2, « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

La jurisprudence développée progressivement par la Cour de justice des Communautés européennes a clarifié les zones d'ombre du texte communautaire. Dans deux dernières décisions, la Cour de Luxembourg a apporté un éclairage radicalement nouveau sur cette disposition.

Ainsi, à l'occasion de son arrêt *Corbeau* (28), la Cour a affirmé que les Etats membres sont autorisés à conférer des droits exclusifs à des entreprises qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général. Cependant, l'autorisation ne vaut, précise la Cour, qu'à la condition et dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission impartie. C'est ici que se situe le tournant marqué à l'égard de la position tenue jusqu'alors.

(27) Sur l'effet direct de l'article 90, § 2, voy. le parcours jurisprudentiel retracé par l'avocat général dans ses conclusions concernant l'arrêt *Commune d'Almelo* (C.J.C.E., 27 avril 1994, aff. C-393/92, Rec., I, p. 1508).

(28) C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec., I, p. 2533.

S'en tenant aux termes mêmes de la disposition, la Cour avait toujours donné une interprétation restrictive du régime d'exception admis par le Traité. Pour autoriser une dérogation aux règles de concurrence, il ne suffisait pas que ces règles entravent l'exécution de la mission d'intérêt général; il fallait qu'elles conduisent à « faire échec » ou qu'elles soient « incompatibles » avec cette mission (29). Optant pour une interprétation positive qui la conduit à ne plus exiger des entreprises qu'une démonstration de ce que les dérogations sont nécessaires à l'accomplissement de leur mission, la Cour a donc adouci son approche radicale de l'article 90, § 2. Elle a d'ailleurs confirmé cette nouvelle position dans son arrêt *Commune d'Almelo* en déclarant admissibles les restrictions « qui s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci » (30).

L'apport déterminant de la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Corbeau* réside, en outre, dans ce qu'elle offre un critère pour vérifier le caractère nécessaire des restrictions de concurrence : celui de l'équilibre économique du service d'intérêt général. Des limitations à la concurrence peuvent s'étendre aux secteurs d'activité économiquement rentables pour compenser les pertes encourues dans les secteurs qui ne le sont pas ou le sont moins.

Toutefois, des droits exclusifs ne peuvent être accordés à l'égard de « services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service (d'intérêt public) traditionnel n'offre pas » (31). La Cour admet, ici aussi, une exception, lorsque le régime de concurrence met en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général.

Deux régimes se côtoient donc, celui des droits exclusifs justifiables pour la fourniture du service d'intérêt public et celui de la concurrence de principe pour les services spécifiques.

12. — Le président du tribunal de commerce de Bruxelles fait un fidèle écho à cette jurisprudence puisque, après avoir repris quasi textuellement les termes de la définition du service spécifique développée par la Cour, il observe que le service spécifique en litige (la diffusion de CD-Rom reprenant les données de l'annuaire) ne met pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général assumé par Belgacom. Il en conclut que l'interdiction, sous réserve d'être spécialement habilitée, de produire et distribuer des CD-Rom tels ceux objet de la cause, est contraire à l'article 90 du Traité de Rome.

(29) Voy. C.J.C.E., 30 avril 1974, *Sacchi*, 155-73, Rec., p. 409, point 15; C.J.C.E., 18 juin 1991, *BRT*, C-260/89, Rec., I, p. 2925.

(30) Précité, point 49.

(31) Arrêt *Corbeau*, précité, point 19. Il faut être attentif à ne pas figer à un moment donné les prestations fournies dans le cadre du service d'intérêt général pour déterminer que tous les services qui dépassent ce cadre doivent être considérés comme « spécifiques ». Il est évident que le service « traditionnel » évoqué par la Cour est appelé à évoluer en fonction des modifications des réalités économiques et des besoins sociaux, et que, par conséquent, ce qui est service spécifique aujourd'hui sera peut-être service d'intérêt général demain.

Le service universel des annuaires

13. — Le service d'intérêt économique général évoqué dans la décision est le service de la téléphonie vocale, service « réservé » jusqu'à nouvel ordre en monopole à l'opérateur public (32). Ce service téléphonique induit un ensemble de prestations minimales connexes à offrir pour garantir son efficacité. Au compte de ces prestations, on peut porter notamment le service de renseignement et la mise à disposition générale et gratuite des listes des abonnés. A propos de ce dernier « accessoire indispensable », la Cour d'arbitrage a d'ailleurs expressément observé qu'« un service de téléphonie implique que les usagers disposent de la liste des abonnés » (33). Les abonnés doivent être mis en mesure de communiquer avec d'autres, ce qui implique qu'ils disposent des éléments d'identification suffisants des autres abonnés : leurs nom, initiale du prénom, adresse et, bien sûr, leur numéro de téléphone. Dans le même sens, toute personne raccordée au réseau téléphonique est en droit de souhaiter être joignable par cette voie, et pas uniquement par les personnes à qui elle a communiqué personnellement son numéro (34).

14. — Le raisonnement peut d'ailleurs être étendu aux domaines du fax et de la téléphonie mobile (GSM). La liste des abonnés à ces services présente le même caractère indispensable à la bonne utilisation des réseaux de télécommunications. A la différence du service de téléphonie vocale traditionnel, ces services ne sont cependant pas offerts en monopole par l'opérateur public. Les données concernant les utilisateurs sont donc réparties entre les mains de divers offreurs (35), ce qui rend moins « naturelle » l'élaboration d'un annuaire centralisé. Il n'en demeure pas moins qu'un tel annuaire doit pouvoir être conçu et diffusé. En matière de fax, un « annuaire officiel » est pour le moment édité par Belgacom, sur base d'insertions volontaires de la part des abonnés.

15. — La notion de « prestation minimale » n'est pas sans évoquer celle de « service universel » introduite par la directive du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans le marché des services de télécommunications (36). Une toute récente modification de la loi du 21 mars portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (37) a apporté une définition, en droit belge, du service universel en

(32) Articles 82 à 84 de la loi du 21 mars 1991; article 2 de la directive « services ».

(33) Cour d'arbitrage, arrêt n° 37/95 du 25 avril 1995, *M.B.*, 20 mai 1995, p. 13939 (c'est nous qui soulignons).

(34) Ce qui serait plutôt le cas des personnes ayant demandé de bénéficier d'un numéro de téléphone « secret » ou privé, candidates donc de la « liste rouge » des abonnés. Sur cette liste dite « rouge », voy. *infra*, n° 40 et s.

(35) Ce qui n'est pas encore le cas pour la téléphonie cellulaire numérique GSM, mais cela ne tardera pas...

(36) Directive de la Commission 90/388/C.E.E., précitée. Pour une analyse complète de la notion et de son évolution, voy. Y. Pouillet, F. van der Mensbrugghe, « Service universel ou service public dans la politique européenne des télécommunications », *Communications et stratégies*, 1995, pp. 11 à 54.

(37) Article 87 de la loi du 20 décembre 1995 portant des dispositions fiscales, financières et diverses, *M.B.*, 23 déc. 1995.

matière de télécommunications. Celui-ci doit s'entendre de la « fourniture de services de télécommunications permettant l'accès à un ensemble minimal de services définis d'une qualité donnée à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et à un prix abordable ».

Ce concept devant pouvoir évoluer au rythme du progrès technologique, des développements du marché et de l'évolution des besoins des consommateurs (38), c'est au Roi qu'il revient d'en arrêter le contenu précis (39).

16. — Si, dans ce texte réglementaire, il s'impose de voir figurer au rang des services minimaux la diffusion des listes d'abonnés, il faut toutefois préciser ce que ce service recouvre. A ce jour, on peut estimer que le service essentiel en matière d'annuaires téléphoniques consiste en l'édition et la distribution gratuite des « pages blanches », reprenant les coordonnées de l'ensemble des abonnés (et non limitées aux seuls professionnels, comme dans les « pages jaunes »). Les supports magnétiques, électroniques ou CD-Rom de telles listes ne peuvent encore être considérés comme prestation essentielle à assurer au bénéfice de l'ensemble des usagers des services téléphoniques. De même, des annuaires basés sur des critères de classification et de présentation différents de ceux de la localisation géographique, tout en pouvant être conçus, n'entrent pas dans la notion de service minimal. Pareille « démarcation » est bien sûr appelée à être modifiée au fil de l'évolution des besoins sociaux. On pourra, par exemple, arriver à considérer comme service élémentaire la mise à disposition de chacun des coordonnées des abonnés de l'ensemble du territoire par interrogation électronique.

Dans une toute récente communication, la Commission européenne évoque elle-même la notion de service universel dans le domaine spécifique des annuaires (40). Dans ses orientations pour la politique communautaire dans le secteur, elle propose le maintien dans un environnement concurrentiel d'un *annuaire universel*, c'est-à-dire d'une liste complète des abonnés aux services téléphoniques fixes et mobiles. Tous les utilisateurs du service de téléphonie vocale doivent, selon cette proposition, disposer d'au moins un annuaire « pages blanches » correspondant à l'annuaire universel ainsi défini. Cet annuaire devrait contenir également les informations de première importance pour l'utilisateur, notamment les indications concernant les services d'urgence. Devraient être incluses, en outre, les instructions utiles pour l'utilisation aisée des services

offerts par les organisations de télécommunications.

La directive du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, sans faire mention de la notion d'annuaire universel, stipule que les autorités réglementaires nationales doivent veiller à ce que « des annuaires des abonnés au service de téléphonie vocale soient mis à la disposition des utilisateurs sous forme imprimée ou électronique et soient régulièrement mis à jour » (41).

Il convient de faire observer que l'obligation de diffuser des annuaires va de pair avec l'obligation de garantir aux abonnés le droit de refus de figurer dans les annuaires publics (42), de même que le droit d'opposition à l'égard de la communication de leurs coordonnées à des fins commerciales (43). Trois listes d'abonnés constituent donc le service public : la liste blanche, la liste rouge et la liste orange (44).

Conditions de l'offre des annuaires

17. — Le marché des annuaires n'est donc pas homogène. On peut distinguer un service d'intérêt général (tel qu'il vient d'être identifié ci-dessus) et des services satisfaisant davantage des intérêts particuliers.

18. — Qu'elle soit comprise dans la notion de service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, § 2, du Traité de Rome, ou dans la définition du service universel (45), la diffusion générale et gratuite des « pages blanches » doit être assurée. Cela étant, il faut tenir compte du fait que l'offre des annuaires est désormais un service non réservé, ouvert à la libre concurrence.

Cette précision est importante lorsque l'on sait que dans les deux hypothèses actuelles dans lesquelles un service universel a été ou est en voie d'être instauré en droit communautaire, pareil service s'accompagne d'une zone d'activité économique « réservée » permettant la viabilité du service universel.

Ainsi, en matière de services téléphoniques, après qu'il est précisé que la mission impartie aux organismes de télécommunications « consiste en l'établissement et l'exploitation d'un réseau universel, c'est-à-dire ayant une couverture géographique générale et étant fourni, sur demande et dans un délai raisonnable, à tout fournisseur de services ou utilisateur », consi-

dération est accordée au fait « que les moyens financiers pour le développement de ce réseau proviennent encore principalement de l'exploitation du service de téléphonie vocale et que, par conséquent, l'ouverture de ce service à la concurrence pourrait menacer l'équilibre financier des organismes de télécommunications » (46). De la même manière, dans le secteur postal, un service universel obligatoire est envisagé, qui doit être fourni à tous les citoyens de la Communauté, à des prix abordables, avec un haut niveau de qualité et en tous points du territoire (47). Afin de garantir la viabilité financière de ce service, il est admis qu'une part de marché soit réservée aux fournisseurs du service universel, « laquelle, tout en étant de la taille minimale requise pour que les administrations postales puissent assurer le service universel, permette aux dites administrations d'offrir ce service à un coût raisonnable » (48).

Dans le domaine des annuaires, la combinaison des deux impératifs (annuaire universel et libre concurrence) a pu conduire à la solution économiquement, sinon écologiquement, aberrante (malheureusement apparue dans notre pays) consistant à ouvrir le marché des annuaires mais exiger de chaque opérateur habilité qu'il confectionne et distribue, pour l'ensemble du territoire, un annuaire reprenant la liste des abonnés (49). Ce qui se traduit par une multiplication inutile de bottins à contenu identique (l'article 4, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal en question précise bien que l'annuaire produit par la personne habilitée doit proposer un classement alphabétique des communes reprenant alphabétiquement les noms des abonnés) (50).

Une solution plus rationnelle (51) consisterait à effectuer la sélection d'un opérateur au terme d'une procédure d'appel d'offres ouverte et transparente, en vue de lui réserver la diffusion des pages blanches. La mission d'intérêt général serait de la sorte assurée. Par ailleurs, les droits exclusifs, strictement limités à cette mis-

(46) Considérant 18 de la directive « services », précitée.

(47) Pour une définition complète du service universel postal, voy. le point 5.1. de la Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal, et notamment sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux, J.O.C.E., 2 déc. 1995, C-322, p. 3.

(48) Résolution du Parlement européen du 22 janvier 1993 sur le Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, J.O.C.E., 15 févr. 1993, C-42, p. 240. Voy. aussi la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le développement des services postaux, COM (95) 227.

(49) Article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 1994 exécutant l'article 113, 2^o, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques, en ce qui concerne les annuaires des abonnés aux services de télécommunications réservés exploités par Belgacom, M.B., 26 août 1994, p. 21481.

(50) La disposition ne semble que trop avoir été dictée par la situation existant à l'époque de sa rédaction. Les services visés correspondent à l'activité de la seule entreprise privée présente alors sur le marché et à celle que Belgacom projetait de développer via une filiale et en association avec une autre société.

(51) Et déjà suivie dans d'autres secteurs : cf., par exemple, l'attribution à un opérateur privé de la mission de mise sur pied et diffusion d'une version informatisée du Registre central des sociétés.

(38) Voy., dans le même sens, R. Kovar, « La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général - Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée » (1^{re} partie), *Europe*, juill. 1994, Chron., p. 4.

(39) Projet de loi portant des dispositions fiscales, financières et diverses, Rapport de la Commission de l'infrastructure, des communications et des entreprises publiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, 208/13, p. 3.

(40) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 18 septembre 1995 concernant le développement futur du marché des annuaires et autres services d'information sur les télécommunications dans un environnement concurrentiel, COM (95) 431 final.

(41) Article 16 de la directive 95/62/C.E. du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, J.O.C.E. du 30 décembre 1995, n° L 321, p. 6.

(42) Article 16, b, de la directive 95/62/C.E. du 13 décembre 1995, précitée.

(43) Article 14, alinéa 1^{er}, b, de la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., 23 nov. 1995, n° L 281, p. 31.

(44) Voy. *infra*, n° 40.

(45) La différence « traditionnelle » entre les concepts de service d'intérêt général et de service universel réside dans ce que le premier renvoie plus volontiers à la création d'entreprises publiques (vision institutionnelle du service public), ce qui n'est pas le cas pour le second (vision fonctionnelle du service public).

sion, devraient permettre à l'opérateur de maintenir l'équilibre économique du service grâce aux bénéfices tirés des insertions personnalisées (ajouts, agrandissements, mises en évidence) effectuées dans l'annuaire. Au terme d'un délai de fonctionnement, on peut envisager de procéder à une vérification des comptes de l'opérateur. Si l'activité s'avère déficitaire, on peut l'alimenter par le biais d'un fonds commun, à l'image du « fonds pour le service universel » (52). Si, à l'inverse, elle se révèle bénéficiaire, on peut imaginer, s'inspirant de la « philosophie » de l'arrêt *Corbeau*, que ces surplus soient utilisés à compenser les pertes d'autres activités d'intérêt général. Ou servent de réserve pour l'amélioration technique du service ou l'élargissement de la mission impartie.

Semblable solution s'harmonise d'ailleurs avec les lectures de l'article 90, § 2, effectuées par la jurisprudence communautaire. La Cour de justice, pour admettre qu'une entreprise est en charge d'une mission d'intérêt général, ne s'attarde pas au critère organique mais s'attache à celui de l'investiture publique : l'entreprise doit avoir été investie de sa mission par un acte de l'autorité publique (53). Cela peut expliquer que lors de l'investiture, l'autorité impose un cahier des charges ou qu'elle ne sélectionne qu'un opérateur (à la suite d'une procédure concurrentielle).

19. — La solution du choix d'un seul acteur économique en charge de la diffusion de l'annuaire universel répond, d'autre part, aux difficultés soulevées par la présence de plusieurs opérateurs sur le marché. La situation se présente déjà, ainsi que souligné plus haut, pour les services de fax ou de téléphonie mobile. Mais l'hypothèse doit être également envisagée pour la téléphonie vocale, étant donné que ce service va, à moyen terme, sortir du giron « réservé » et s'ouvrir à la concurrence. Dans certains pays européens, le service téléphonique de base n'est déjà plus dans les mains d'un seul opérateur. Dans ces circonstances, deux solutions satisfaisantes sont envisageables : soit chaque opérateur met à disposition de ses abonnés un annuaire comprenant également les données provenant des autres opérateurs, soit un opérateur est spécifiquement désigné pour élaborer et distribuer la liste de l'ensemble des utilisateurs des services de télécommunications.

20. — Pour définir concrètement les modalités de l'offre du service universel, on pourrait utilement s'inspirer des principes posés par la directive du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications (54). Ces principes prônent notamment une politique tarifaire basée sur des critères objectifs et orientée vers les coûts, la transpa-

rence des conditions d'accès au service et la non-discrimination dans la fourniture du service.

21. — Les différentes formes d'annuaires qui dépassent le service minimal, services spécifiques, dissociables du service d'intérêt économique général (terminologie adoptée dans le cadre de l'article 90, § 2), ou services non réservés (terminologie adoptée en matière de télécommunications), sont soumises au régime général de concurrence.

22. — La Cour de justice a admis que les services spécifiques peuvent être soustraits à la concurrence dans la mesure où ils mettent en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général (55). Il en serait ainsi si un offreur d'annuaires très similaires aux « pages blanches » (adoptant, par exemple, un classement par zone téléphonique plutôt que par commune) se concentrerait sur les seules zones géographiques rentables. Il pourrait offrir des insertions personnalisées à un prix moins élevé que celui pratiqué par l'opérateur en charge du service d'intérêt général qui doit, lui, compenser les pertes encourues sur les zones moins rentables.

Quant aux services non réservés, leur exploitation n'est pas totalement libre. Les directives européennes en la matière (56) ont maintenu la possibilité de subordonner l'offre de ces services à des procédures d'autorisation ou de déclaration afin de veiller au respect d'exigences essentielles. Au rang de ces exigences figurent notamment « la protection des données, y compris la protection des données à caractère personnel, la confidentialité des informations transmises ou stockées ainsi que la protection de la vie privée » (57).

C'est dans cet esprit qu'a été introduit dans la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises économiques autonomes l'article 113, 2°.

3. — L'article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991

23. — Visant officiellement à assurer la protection du consommateur et celle des données à caractère personnel (58), l'article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (59) stipule qu'il est interdit « de confectionner, de vendre ou de distribuer des livres, des listes, des annuaires ou des fichiers contenant exclusivement ou principalement des données concernant des personnes raccordées aux services réservés, ou qui, par leur forme ou la présentation des données qui y figurent, peuvent être confondus avec ceux qui sont édités, selon les cri-

tères et modalités définis par le Roi, soit par Belgacom, soit par d'autres personnes habilitées par l'Institut à confectionner, vendre ou distribuer de tels livres, listes, annuaires ou fichiers ».

On ne manque pas de s'interroger sur le lien avec la protection de la vie privée ou celle du consommateur pour la deuxième partie de cette disposition. Interdire la diffusion d'annuaires « qui, par leur forme ou la présentation des données qui y figurent, peuvent être confondus avec » ceux publiés par Belgacom ou les personnes autorisées revient plutôt à protéger la propriété intellectuelle (60) des acteurs économiques admis sur le marché.

Le système d'habilitation par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (I.B.P.T.) contenu dans cette disposition figure donc comme sas obligatoire d'entrée sur le marché belge des annuaires.

24. — L'article 113, 2°, a fait l'objet d'un arrêté d'exécution (61). C'est, en effet, au Roi que devait revenir le pouvoir de réglementer l'activité d'édition et de distribution des annuaires : il ne pouvait « être question », aux dires du ministre des Communications, « de confier à Belgacom le soin de définir et de contrôler elle-même les conditions dans lesquelles l'édition et la distribution d'annuaires relatifs aux services réservés devraient être assurées, dans la mesure où Belgacom est également susceptible d'éditer de tels annuaires. (...) Une telle solution serait non seulement contraire à l'esprit qui a présidé à l'adoption de la loi du 21 mars 1991, mais également à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » (62).

La lecture de l'arrêté royal en question laisse toutefois songeur sur la mise en œuvre des scrupules affichés par le ministre.

Rien de spécifique n'est, en effet, prévu dans ce texte pour atteindre l'objectif officiel. L'arrêté royal se contente de préciser que l'habilitation ne sera octroyée par l'I.B.P.T. qu'aux personnes ayant passé une convention avec Belgacom, cette dernière fixant elle-même les conditions commerciales, financières et techniques de la convention. La seule réserve réside dans ce que les conditions doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires (on verra qu'elles ont pu pendant près d'un an ne pas répondre à ces critères). La balle est donc relancée dans le camp de celle à qui on l'avait officiellement reprise...

L'avertissement lancé par Belgacom contre ITT Promédia (63) est d'ailleurs éloquent. Lorsqu'elle prévient sa clientèle que les prospections opérées pour l'édition 1995 des pages jaunes et blanches se font sans son autorisation

(55) Arrêt *Corbeau*, précité. Cf. *supra*, n° 11.

(56) Article 2, alinéa 2, de la directive « services » du 28 juin 1990, précitée; article 22, 5°, de la directive 95/62/C.E. du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, précitée.

(57) Article 22, 5°, d. de la directive 95/62/C.E. du 13 décembre 1995 relative à la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.) à la téléphonie vocale, précitée.

(58) Projet de loi-programme (art. 47bis), Rapport fait au nom de la Commission de l'infrastructure, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 909/4, p. 2.

(59) Modifié par l'article 45 de la loi-programme du 24 décembre 1993, *M.B.*, 31 déc. 1993.

(60) On ne peut protéger les annuaires par le droit d'auteur classique, cf. note 8.

(61) Arrêté royal du 15 juillet 1994 exécutant l'article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques, en ce qui concerne les annuaires des abonnés aux services de télécommunications réservés exploités par Belgacom, précité.

(62) Exposé du vice-premier ministre et ministre des Communications et des Entreprises publiques in *Projet de loi-programme* (art. 47bis), Rapport fait au nom de la Commission de l'infrastructure, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1211, pp. 2-3.

(63) Voy. *supra*, n° 1.

(52) Article 85quater de la loi de 1991, inséré par l'article 91 de la loi du 20 décembre 1995 portant des dispositions fiscales, financières et diverses, précitée.

(53) Cf. l'arrêt *Corbeau*, précité, point 15 : « la Régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général » et l'arrêt *Commune d'Almelo*, précité, point 47 : « ... s'est vu conférer la mission d'assurer la fourniture d'énergie électrique... ».

(54) Directive du Conseil 90/387/C.E.E., *J.O.C.E.*, 24 sept. 1990, n° L 192, p. 1. Voy. également, Y. Poulet, « vers un service universel d'informations publiques », à paraître in *D.I.T.*, 1996.

et en dehors de tout contrat, Belgacom semble ne pas tenir compte du fait que, désormais, l'I.B.P.T. est le gardien neutre du marché des annuaires.

25. — Le communiqué publié au *Moniteur* par Belgacom pour faire connaître aux candidats à l'édition d'annuaires les conditions d'accès aux données nécessaires (64), est étonnamment laconique sur les conditions touchant à la protection de la vie privée et à celle du consommateur. D'une façon générale, le contrat ne contient qu'un renvoi aux lois et principes qui s'appliquent en ces matières (et qui s'appliqueraient également sans l'engagement des cocontractants...).

La justification du système de l'article 113, 2° et des restrictions à la concurrence qu'il comporte pourrait donc, à l'analyse, être fortement remise en cause. Plutôt que d'apporter une réponse spécifique au souci de protéger des exigences essentielles, il permet à l'opérateur public de bénéficier d'une position avantageuse difficilement justifiable sur le plan de ces exigences.

Ainsi, par exemple, tout éditeur d'annuaire est tenu de faire figurer dans son produit la description des services commerciaux offerts par Belgacom (65). La filiale de Belgacom ne se voit pas imposer, quant à elle, de présenter la liste des services offerts par ses concurrents.

Mais c'est surtout dans la liberté accordée à Belgacom pour définir les conditions d'accès aux données téléphoniques que se décèle un déséquilibre concurrentiel — celui, précisément, que le ministre voulait éviter. L'arrêté royal du 15 juillet 1994 stipule que les conditions doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires (66). Belgacom a tout de même imposé au marché pendant près d'un an des conditions financières dont on peut légitimement douter du caractère raisonnable. L'I.B.P.T. a toutefois joué ici son rôle de gardien du marché et est intervenu pour obtenir de Belgacom une réduction radicale des redevances demandées : le montant réclamé pour la communication d'une donnée-abonné a été réduit à un tiers du montant initial (200 F — 67 F) et la part de chiffre d'affaires qui doit être réservée à Belgacom est passée à moins de la moitié du pourcentage initial (34 % — 16 %) (67).

26. — La société ITT Promédia a intenté un recours devant la Cour d'arbitrage contre l'article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991, dans sa version modifiée (68). Elle estimait que cette

disposition était la source d'une discrimination entre les entreprises désireuses d'entrer sur le marché des annuaires et obligées de passer par le sas de l'habilitation auprès de l'I.B.P.T., et Belgacom, dispensée de ce préliminaire.

La Cour raisonne à deux niveaux (69). Elle estima tout d'abord que Belgacom pouvait être directement habilitée par la loi, étant donné certaines spécificités de sa situation. A la différence des autres entreprises, en effet, Belgacom doit pouvoir éditer les annuaires si aucune entreprise ne le fait. Par ailleurs, chargée par la loi du service public de téléphonie, elle dispose des données nécessaires pour éditer des annuaires, tandis que les autres entreprises doivent obligatoirement négocier avec elle les conditions auxquelles ces données leur seront cédées. D'autre part, la Cour énonça que « Belgacom est, de même que toute autre personne habilitée par l'Institut, soumise aux critères et modalités définis par le Roi concernant l'édition d'annuaires relatifs aux services réservés » (70).

Le recours fut donc rejeté, la différence de traitement entre Belgacom et les autres sociétés reposant sur un critère objectif et étant raisonnablement justifiée.

27. — Le raisonnement tenu par la Cour d'arbitrage soulève deux observations.

Tout d'abord, si la Cour d'arbitrage insiste sur le fait que Belgacom doit « se soumettre aux conditions imposées par le Roi à toute entreprise éditant les annuaires » (71), elle ne relève pas qu'une partie essentielle de ces conditions n'est pas fixée par le Roi mais par Belgacom elle-même, le Roi se limitant à confier à l'I.B.P.T. le contrôle du caractère raisonnable, équitable et non discriminatoire des conditions établies par Belgacom.

Ensuite, la Cour n'a pas tenu compte de la discrimination temporelle qui existe à l'égard des sociétés désireuses d'éditer des annuaires. Celles-ci doivent attendre d'avoir obtenu l'habilitation avant de développer leur activité commerciale. Or, l'I.B.P.T. dispose d'un délai de deux mois pour se prononcer sur la conformité de l'accord passé entre Belgacom et la société concernée. Et le délai ne court qu'à partir de la réception du texte définitif de cet accord, qui doit avoir été notifié de façon conjointe par la société en question et Belgacom (72). Cela fait donc une double occasion de retard pour la société. Même si le retard accusé ne devrait, somme toute, pas être trop important, il peut occasionner un lourd dommage économique, l'activité d'édition d'annuaires étant, du fait de son caractère annuel (pour les versions papier ou CD-Rom), dépendante d'un calendrier.

La solution pratiquée en France évite le problème des délais. Au système de l'habilitation préalable, nos voisins ont préféré celui de la déclaration spontanée : avant d'offrir un service basé sur la liste des abonnés aux services de télécommunications (s'il s'agit d'un réseau ouvert au public), l'offreur déclare son activité

verdeling van telefoongidsen in strijd met het gelijkheidsbeginsel ? », *A.J.T.*, 1995-1996-1, p. 40.

(69) Arrêt précité, point B.7.4.

(70) Point B.7.2.

(71) Point B.7.4, *in fine*.

(72) Article 6 de l'arrêté royal du 15 juillet 1994, précité.

auprès du ministre chargé des Télécommunications (73).

28. — La justification du régime instauré par l'article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991 et les textes qui l'exécutent, réside dans la protection de la vie privée. Il est certain que des restrictions à la concurrence sont admises au nom d'exigences essentielles à protéger. Il convient, cependant, de s'interroger sur l'efficacité du système adopté en Belgique par rapport à l'objectif recherché.

Une solution existe qui, à l'exemple de la solution française, est moins dommageable pour la concurrence mais, dans le même temps, offre une meilleure garantie quant à la protection des droits des individus. La présenter implique nécessairement de développer les exigences découlant des législations de protection des données à caractère personnel.

III. — LISTES D'ABONNES TELEPHONIQUES ET PROTECTION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL

29. — Les listes des abonnés au service téléphonique (74) constituent indiscutablement des fichiers de données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 (75).

L'application de cette loi s'ensuit (76). Elle conduit à soumettre l'opérateur public, sa filiale et les divers diffuseurs de l'annuaire à certaines obligations dans le cadre des utilisations projetées des données (1).

En particulier, l'interprétation de la législation permet de reconnaître un droit d'opposition à objet multiple. Les listes « rouge », « orange » et « safran » correspondent à l'exercice de ce

(73) Article L 33-4 du Code des postes et télécommunications inséré par l'article 4 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications.

(74) La question des annuaires de personnes disposant d'un numéro de fax ou d'un numéro de téléphone mobile n'est pas envisagée dans cette étude. La question des annuaires commerciaux (les « pages jaunes ») est également laissée de côté dans la mesure où la participation à ces annuaires est l'objet d'un volontariat payant de la part des entreprises qui y voient une manière heureuse de faire de la publicité.

(75) Loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

(76) Certains ont pu en douter. La loi du 8 décembre 1992 soustrait du champ d'application « les traitements portant exclusivement sur des données dont la personne à laquelle elles se rapportent assure ou fait assurer la publicité ». Si cette exception vaut indéfiniment pour l'annuaire commercial, elle ne paraît pas pouvoir s'étendre aux annuaires reprenant la liste des abonnés téléphoniques dans la mesure où les citoyens ne consentent pas volontairement à cette publicité et où le retrait de la liste des abonnés est soumis à des démarches, non gratuites de surcroît. La recommandation de la Commission de protection de la vie privée n° 02/92 du 7 septembre 1993 relative à la commercialisation des listes d'adresses ne se prononce pas sur l'application ou non de l'exception.

1996

431

droit d'opposition, exercice dont nous tenterons de définir les conditions (2).

D'autre part, la nécessité de concilier les exigences de protection de la vie privée et celles du droit de la concurrence amène à jeter un regard critique sur la réglementation belge des annuaires et sur le jugement du 19 juillet 1995 (3).

1. — Application des prescrits légaux de protection des données nominatives aux divers traitements opérés à partir des listes d'abonnés téléphoniques

30. — Les traitements relatifs aux données d'utilisation du téléphone (ainsi le nom des personnes ayant appelé tel numéro, par exemple) ne seront pas évoqués ici. Il convient simplement de noter qu'il est exclu que l'opérateur puisse commercialiser de telles informations : celles-ci ne peuvent être utilisées qu'aux seules fins de facturation et pour la seule période de contestation possible de la facturation (77). Elles constituent, en effet, de la correspondance privée.

31. — Les traitements relatifs aux listes d'abonnés téléphoniques font l'objet essentiellement de deux types de prescrits : les premiers limitent le droit des entreprises qui désirent opérer de tels traitements (a); les seconds visent à assurer le droit des fichés à être informés des traitements (b).

a) Le droit des entreprises à traiter les listes d'abonnés

32. — L'article 5 de la loi est indéniablement la pierre angulaire de la protection des données à caractère personnel. Il stipule que « les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'un traitement que pour des finalités déterminées et légitimes et ne peuvent pas être utilisées de manière incompatible avec ces finalités; elles doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités ».

En exigeant que pour chaque traitement les finalités soient déterminées, l'article 5 impose la séparation entre traitements d'après la fonction attachée à chacun d'eux. Dans le cas des annuaires, cette séparation peut se faire sur base des différentes fonctions identifiées dans la classification des services proposée ci-avant. Outre les fonctions de gestion interne liées à la liste d'abonnés, quatre types de fonctions ont été distinguées, correspondant à quatre types de traitement des données :

— la fonction « recherche d'un correspondant abonné au téléphone » est remplie en tout cas, et à titre unique, par l'annuaire papier ou le service de renseignement;

— la fonction « marketing » implique un traitement de mode électronique des listes

(77) Comme le prévoient les articles 5 et 6 de la proposition modifiée de directive concernant la protection des données à caractère personnel et de la vie privée dans le cadre du réseau numérique de télécommunications, en particulier le Réseau numérique à intégration de services (R.N.I.S.), et du réseau mobile numérique, COM (94) 128 final, 13 juin 1994. Sur ce sujet, lire également *Privacy and the NII, Safeguarding Telecommunications-Related Personal Information*, U.S. Dep. of Commerce, N.T.I.A., oct. 95.

d'abonnés au téléphone, couplées ou non avec d'autres données, en vue d'opérer un tri automatique en fonction d'une clientèle cible;

— la fonction « télémarketing » appelle un traitement électronique des listes d'abonnés, en conjonction ou non avec des automatismes d'appel. Elle induit un envahissement plus grand dans la vie privée des personnes, puisqu'elle permet, sans que celles-ci ne l'aient sollicité, de les atteindre à leur domicile;

— enfin, la fonction « identification de l'appelant » doit trouver sa justification dans les exigences même du service auquel cette identification est associée.

En l'occurrence, la justification de la distinction de diverses finalités et donc de divers traitements est évidente : le client de Belgacom qui accepte de voir son nom figurer dans un annuaire papier peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un tiers qui dispose d'une information minimale sur lui (nom et adresse même approximative), puisse connaître son numéro de téléphone. Cela ne signifie pas pour autant qu'il est conscient du fait que la commercialisation des listes d'abonnés sur support électronique permet à des entreprises, cette fois sans connaître ces informations minimales, d'entamer des démarches commerciales auprès de lui, et ce, de plus, par voie téléphonique.

33. — Outre le fait qu'il exige la détermination des finalités, l'article 5 impose que ces dernières soient légitimes. Le respect de cette exigence nécessite l'ouverture d'un droit d'opposition au bénéfice des abonnés ou, pour être plus précis, de plusieurs droits d'opposition en fonction des différentes finalités poursuivies. Ces droits faisant l'objet du point suivant, on ne s'y attardera pas à ce stade. On ne s'étendra pas davantage sur l'interdiction tirée de l'article 6 des tris de données effectués dans le but de révéler les origines raciales ou ethniques, ou l'appartenance religieuse des abonnés (78).

34. — Certains auteurs voient formulé dans l'article 5 un troisième principe : celui de « compatibilité ». Ainsi, selon M. Pipers (79), toutes les finalités poursuivies par l'utilisation des données doivent être compatibles entre elles, c'est-à-dire être suffisamment proches l'une de l'autre. Si cette interprétation du texte va au-delà des termes de celui-ci (80), elle peut toutefois être retenue dans la mesure où elle s'inscrit dans la lignée de la directive européenne relative à la protection des données qui, explicitement, exige que les traitements de don-

(78) Ainsi on peut imaginer des tris à partir de la localisation des personnes (par exemple : les quartiers « juifs ») ou des tris à partir du nom de famille (par exemple : les noms se terminant par telle syllabe). L'article 6 interdit le traitement des données sensibles sauf disposition légale. Une loi interprétative du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses (M.B., 23 déc. 1994) habilite le Roi, en son article 148, à déterminer les exceptions. Un arrêté royal est en préparation sur ce thème.

(79) A. Pipers, *Le respect de la vie privée* - Manuel, Bruxelles, éd. Politeia, 1995, p. 70.

(80) L'article 5 exige seulement que l'utilisation des données soit compatible avec la finalité déclarée. Il n'empêche pas qu'une nouvelle finalité soit déclarée, également légitime, et que l'utilisation qui s'ensuit soit compatible avec cette nouvelle finalité. Il s'agira simplement d'un nouveau traitement et il faudra donc, en principe, prévenir à nouveau les personnes concernées.

nées soient compatibles avec la finalité poursuivie lors de la collecte (81). Cette exigence soulève des difficultés. Les finalités des traitements opérés à partir des listes d'abonnés sont-elles compatibles avec la finalité première qui est celle d'assurer la bonne exécution du service téléphonique ? Assurément oui, pour la première fonction. La « recherche d'un correspondant abonné au téléphone » est sans nul doute compatible, si tant est qu'on considère le téléphone comme un outil de communication universelle. Ce type de traitement peut donc être mis en œuvre par tous et chacun (82). Par contre, les finalités « marketing », « télémarketing » et « identification de l'appelant » relèvent d'autres préoccupations, voire d'autres secteurs. Faut-il pour autant, à l'instar de certains auteurs (83), les considérer *a priori* comme non compatibles et interdites ? Nous ne le soutenons pas. Qu'il s'agisse de traitements effectués par l'opérateur à l'origine de la collecte ou par des tiers auxquels les listes sont communiquées, de tels traitements sont, à notre sens, légitimes à condition que, dès le départ, la personne concernée ait fait l'objet d'une information complète à propos des diverses finalités poursuivies tant par le maître qui effectue la collecte initiale que par les tiers, et qu'elle ait pu, le cas échéant, s'y opposer.

35. — Il y a lieu d'ajouter enfin que chacune des données doit être « nécessaire » pour que le traitement envisagé puisse s'y appliquer. Cela signifie que les données collectées par l'opérateur du service téléphonique pour établir la liste des abonnés ne doivent comprendre, *sauf volonté expresse de l'abonné*, que les seules données nécessaires à l'identification de celui-ci ou nécessaires pour empêcher une confusion entre différents abonnés (84). Certes, la liste peut s'enrichir par un croisement avec d'autres fi-

(81) Article 6, alinéa 1^{er}, b, de la directive 95/62/C.E. du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, précitée.

(82) Ainsi, on peut imaginer — et c'est déjà le cas — que d'autres entreprises que l'opérateur public offrent un service du type « recherche d'un correspondant ».

(83) A. Pipers, *op. cit.*, p. 75 : « Nous entendons par là que si des données sont traitées en vue de la réalisation de finalités en rapport avec la gestion du personnel ou avec celui de la sécurité sociale, les finalités nouvelles devraient pour être compatibles relever respectivement de ces mêmes domaines ». L'auteur insiste pour que le principe de compatibilité soit respecté même en cas de communication des données. « Cela signifie qu'il ne doit y avoir aucune incompatibilité entre, d'une part, les finalités poursuivies par le traitement du maître du fichier initial et, d'autre part, celles qui sont visées par la communication et, peu après, par le traitement qui bénéficie de la communication ». Comp. avec la position plus nuancée de M.-H. Boulanger, C. de Terwangne, T. Léonard, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, la loi du 8 décembre 1992 », J.T., 1993, pp. 369 et s., en particulier nos 49 et 50.

(84) Ainsi, il paraît difficilement admissible que des données relatives à la composition du ménage, à la profession de l'abonné, voire l'adresse de facturation et le type de services souscrits auprès de l'opérateur, soient l'objet d'une utilisation ou d'une communication à des fins de marketing ou de recherche d'un abonné.

chiers provenant d'autres sources mais il ne peut être question d'extraire de la collecte initiale de renseignements auprès de l'abonné d'autres données que celles-là.

36. — Aux obligations déduites de l'article 5, s'ajoutent celles contenues à l'article 16 de la loi, touchant notamment à la sécurité des données. D'après cette disposition, toute entreprise offrant un service basé sur l'annuaire téléphonique doit prendre les mesures de sécurité appropriées (85) eu égard à la nature des données à protéger, à l'état de la technique, aux frais qu'entraîne l'application des mesures et aux risques potentiels d'atteinte à la sécurité du traitement.

Deux réflexions retiendront l'attention à ce propos. La première tient au fait que la même liste peut faire l'objet d'utilisations relevant de finalités différentes. Ainsi, une entreprise peut offrir des CD-Rom ou un service d'accès en ligne permettant à la fois la recherche d'abonnés (premier traitement) et le tri de ceux-ci à des fins de marketing (deuxième traitement). Il sera donc nécessaire que l'entreprise prévoies des mesures techniques et organisationnelles pour que la seconde voie d'utilisation ne permette pas d'accéder aux données d'abonnés qui s'opposeraient à une utilisation « marketing » de leurs données.

Une seconde réflexion naît précisément des risques causés par la dissémination des listes. La mise sur CD-Rom d'un annuaire va permettre à chaque acheteur de ce CD-Rom d'utiliser à des finalités variées le contenu de celui-ci. Sans doute, l'article 16 exige que le diffuseur du CD-Rom prenne des mesures organisationnelles, voire contractuelles (par exemple, la mise en garde contre certaines utilisations illégitimes, le rappel des prescrits légaux en matière de protection des données, etc.) ou techniques pour éviter les risques liés à la circulation des listes. Il n'empêche que le danger de perte de maîtrise par les abonnés du sort réservé à leurs données est aggravé.

b) Le droit des abonnés à l'information

37. — Chaque traitement (86) doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission de protection de la vie privée, déclaration reprise dans le registre tenu par la Commission et accessible à tous. Ce registre est donc une première source d'information pour les personnes concernées. L'affaire Kapitoli Trading portée devant la juridiction bruxelloise est l'occasion de rappeler cette obligation de déclaration et d'en vérifier l'exécution (87). La formalité se

multiplie dès que l'entreprise dispose de plusieurs traitements. En conséquence, sans se prononcer sur l'exemption de déclaration valable pour le traitement que constitue l'édition des « pages blanches » (exemption relevée par Belgacom, *in casu*), le président rappelle l'obligation de déclaration qui pèse sur Belgacom à propos du traitement que représente la commercialisation de la même liste (88).

38. — La distinction des diverses finalités conduit à exiger, sur la base de l'article 4 de la loi, qu'au moment de la souscription à un abonnement (89), l'opérateur offrant le service téléphonique informe le souscripteur des diverses finalités auxquelles les données collectées sont susceptibles de servir, soit dans le chef de l'opérateur lui-même, soit dans celui de sa filiale, soit encore dans le chef des autres éditeurs d'annuaires auxquels les listes sont, le cas échéant, cédées en application du principe de la libre concurrence.

39. — La transmission à des tiers des listes d'abonnés soulève une question embarrassante. Les tiers en question sont, en principe, tenus, puisque, par hypothèse, ils n'opèrent pas dans le cadre d'une collecte de données directement auprès de la personne concernée (90), d'avertir cette dernière « immédiatement lorsqu'elle est enregistrée pour la première fois dans un traitement » (91). En d'autres termes, chaque personne à qui communication de la liste est faite devrait avertir chacun des abonnés repris dans la liste de l'existence du traitement le concernant. C'est la violation de cette obligation que souligne en particulier la plainte de Belgacom contre la société Kapitoli Trading, cette dernière n'ayant en aucune manière averti les « fichés ».

Nous reviendrons plus tard (92) sur la réponse maladroite du président bruxellois qui excipe du caractère pénal de telles dispositions pour « hésiter à leur donner effet par le biais d'une action en cessation ».

Sans entrer dans une réflexion sur l'étendue ou le bien-fondé des exceptions que la loi et un arrêté royal (93) autorisent, il s'indique simplement de constater que la réalisation de l'obligation

litigieuse et qu'il lui a été attribué un numéro de fichier ». Dans l'affaire liégeoise, aucun contrôle n'est opéré par le président.

(88) Belgacom prétendait être exonérée des obligations légales sur base de l'article 3, § 2, 3^e, de la loi du 8 décembre 1992 qui exempte de la loi les « traitements portant exclusivement sur des données dont la personne à laquelle elles se rapportent assure ou fait assurer la publicité ».

(89) Cette information doit figurer sur les formulaires de demande de raccordement et dans les contrats d'abonnement.

(90) Sauf pour le cas de sociétés ayant déjà des relations contractuelles avec l'abonné mais souhaitant ajouter aux données déjà en leur possession, la mention du numéro de téléphone.

(91) Article 9 de la loi du 8 décembre 1992.

(92) Cf. *infra*, n° 49.

(93) Arrêté royal n° 15 du 12 mars 1996 modifiant l'arrêté royal n° 9 du 7 février 1995 accordant des dispenses de l'application de l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et établissant une procédure d'information collective des personnes concernées par certains traitements, *M.B.*, 15 mars 1996.

tion contenue dans l'article 9 risque d'entraîner des coûts excessifs pour une entreprise qui souhaiterait commercialiser la liste d'abonnés téléphoniques ou un produit avec quelque valeur ajoutée. Faut-il pour autant l'exonérer de toute obligation ? Certes non. L'obligation minimale qui s'impose à cette entreprise consiste à prévenir la personne concernée, au moment où, par le biais d'une publicité, d'un appel téléphonique ou de toute autre manière, l'entreprise entre en relation avec elle. Que le fiché connaisse alors l'identité du maître du fichier, l'existence du traitement et ses finalités apparaît comme une exigence non disproportionnée. Au-delà, peut-on demander davantage aux entreprises de marketing et de télémarketing ? Dans ces secteurs, le but essentiel de la formalité d'information des personnes concernées ne porte pas tant sur la nécessité pour ces dernières de connaître la nature exacte des données enregistrées sur leur compte (94) que sur leur intérêt à pouvoir s'opposer en connaissance de cause au traitement de leurs données.

En d'autres termes, un système efficace d'opposition qui permettrait à une personne concernée de pouvoir s'opposer au traitement ou à certains traitements de ses données « téléphoniques » permettrait certainement d'atteindre à bien moindre coût, mais de manière aussi efficace, le but poursuivi par l'obligation d'information. C'est précisément sur l'existence de ce ou ces droit(s) d'opposition et leurs modalités qu'il y a maintenant lieu de se pencher.

2. — Du droit d'opposition aux listes « rouge », « orange » et « safran »

40. — Ainsi informé, le client a-t-il le droit de s'opposer à figurer sur la liste des abonnés téléphoniques ? Les développements qui suivent inclinent à répondre par l'affirmative.

41. — La réglementation française a pris soin de distinguer trois types de listes ou fichiers, expressions de ce droit d'opposition :

— La liste « rouge » reprend le fichier des clients du service téléphonique qui souhaitent ne pas figurer dans les annuaires et entendent garder secret leur numéro. Cette liste rouge n'a jamais été contestée et traduit la première conception de la « vie privée », c'est-à-dire le droit d'être laissé en paix. Seule la question du coût de l'exercice de ce droit a fait l'objet de réflexions et de débats entre les autorités de protection des données et les opérateurs. Nous reviendrons sur ce point.

— La liste « orange » constitue le fichier des clients du service téléphonique qui, acceptant de figurer dans l'annuaire à des fins de recherche par quiconque de leur numéro, s'opposent, par contre, à toute utilisation des données de l'annuaire à des fins de marketing.

— A ces deux listes s'ajoute une troisième, qualifiée de « safran » selon l'appellation française, qui couvre l'ensemble des abonnés ne désirant pas faire l'objet de démarches de télémarketing.

L'élaboration de telles listes « rouge », « orange » et « safran » soulève des questions juridiques de divers ordres.

(94) Ce qui est assurément le cas lorsqu'il s'agit du secteur du crédit ou de l'assurance.

1996

433

(85) Dans ce contexte, la mesure contractuelle prise par Belgacom à l'encontre de la société CIA Allieur, à savoir la modification unilatérale de ce contrat, pourrait apparaître comme une mesure organisationnelle visant à assurer la sécurité des données.

(86) Sous réserve des exceptions contenues dans l'arrêté royal n° 13 du 12 mars 1996 portant exemption conditionnelle de déclaration pour certaines catégories de traitements automatisés de données à caractère personnel qui ne présentent manifestement pas de risque d'atteinte à la vie privée, *M.B.*, 15 mars 1996.

(87) « Attendu que la formalité de déclaration des traitements automatisés est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994; qu'il résulte d'une copie de lettre (...) de la Commission de protection de la vie privée que la défenderesse a fait déclaration du traitement automa-

42. — La première porte sur le fondement même de ces listes. Leur élaboration s'appuie sur le droit d'opposition des abonnés vis-à-vis de toutes ou certaines utilisations des annuaires. Désormais, ce droit est reconnu explicitement par la directive européenne relative à la protection des données (95). Son article 14, alinéa 1^{er}, b, énonce : « Les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection, ou d'être informée avant que des données à caractère personnel ne soient pour la première fois communiquées à des tiers ou utilisées pour le compte de tiers à des fins de prospection et de se voir expressément offrir le droit de s'opposer, gratuitement, à ladite communication ou utilisation ».

La proposition de directive relative à la protection des données et de la vie privée dans le contexte des réseaux digitalisés de télécommunications (96) prévoit en son article 11 que les données personnelles contenues dans les annuaires doivent être limitées aux seules données strictement nécessaires à l'identification d'un abonné, sauf demande expresse du souscripteur à ce que des données supplémentaires soient publiées. En outre, le souscripteur a le droit d'obtenir, à sa demande et gratuitement, de ne pas figurer dans les annuaires publics. L'article 13 de la même proposition réglemente le telemarketing et les appels non sollicités à des fins publicitaires ou de recherche, vis-à-vis de souscripteurs qui ont exprimé le désir de ne pas recevoir de tels appels (97).

Enfin, tout récemment, la directive européenne relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert à la téléphonie vocale dispose en son article 16 que « les utilisateurs (ont) le droit de figurer ou de ne pas figurer dans les annuaires publics » (98).

Dans la mesure où ces textes européens ne sont soit pas encore définitifs, soit pas immédiatement applicables en droit belge (99), il est toutefois possible de fonder sur la seule législation belge le droit d'opposition, même si celui-ci

n'est pas reconnu explicitement par la loi du 8 décembre 1992.

L'existence des listes « rouge », « orange » et « safran » s'appuie tout d'abord sur l'interprétation extensive de l'article 2 de la loi, interprétation défendue par de nombreux auteurs : « L'article 2 contient, comme l'article 5, une règle fondamentale. Il dispose que toute personne physique a droit au respect de sa vie privée lors du traitement des données à caractère personnel qui la concernent. (...) Cette dernière circonstance ne signifie du reste pas que le droit au respect de la vie privée serait devenu, dans le contexte donné, un droit absolu. Au contraire (...), la notion de "respect" du droit à la vie privée peut certes impliquer une obligation positive, mais pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Qu'un droit absolu d'obtenir la radiation de données n'ait pas été reconnu à la personne concernée, est donc parfaitement conciliable avec l'idée de la balance des intérêts en jeu. Rien n'exclut toutefois qu'en égard aux circonstances concrètes, un individu puisse se trouver dans une situation où, invoquant son droit au respect de la vie privée, il puisse obtenir la radiation » (100).

L'article 2 édicte donc, selon les termes mêmes de M. Pipers (101), « un droit fondamental qui, bien qu'il soit nuis en œuvre dans les autres dispositions de la loi du 8 décembre 1992, n'est pas de ce fait nécessairement circonscrit aux limites tracées par ces dispositions ». Ce droit fondamental n'est rien d'autre que le droit à l'autodétermination informationnelle (102), qui doit notamment permettre à l'individu de faire valoir son intérêt à ne pas voir traiter la donnée le concernant face à l'intérêt de l'entreprise qui désire utiliser celle-ci (103).

Dans le cadre d'une utilisation des données à des fins de prospection commerciale, le traitement ne sera légitime que s'il est fait automatiquement droit aux oppositions manifestées. C'est à cette seule condition, en effet, que la proportion sera gardée entre l'intérêt des sociétés de marketing et celui des abonnés figurant sur des listes utilisées au-delà de leur fonction première.

La création par le secteur du marketing direct d'une « Liste Robinson » reprenant l'ensemble des personnes qui désirent voir rayer leur nom

des fichiers de marketing (104), de même que l'instauration d'un code de conduite par lequel les entreprises du secteur s'engagent à respecter ce droit d'opposition, témoignent à suffisance de la reconnaissance de ce droit par le monde de la pratique lui-même.

C'est sur la base de ces considérations que la Commission de protection de la vie privée avait, dans sa recommandation du 7 septembre 1993 relative à la commercialisation des listes d'adresses par Belgacom (105), clairement affirmé l'existence « outre du droit (de l'abonné) de ne pas figurer dans l'annuaire, d'un droit de refus de toute utilisation des données collectées à des fins de marketing ». Dès lors, la Commission préconisait la création d'une liste orange à côté de la liste dite rouge.

43. — La distinction entre listes de diverses couleurs appelle une précision. Elle invite à reconnaître que le droit d'opposition doit, dans la mesure du possible, être rattaché à un traitement bien identifié parmi les différentes utilisations dont peut faire l'objet la donnée visée par l'opposition. Ainsi, l'intérêt du client de ne pas voir figurer ses coordonnées téléphoniques dans l'annuaire téléphonique papier n'est pas le même que son intérêt à ne pas voir commercialiser ces mêmes données dans une liste servant de support à des démarches commerciales, et diffère *a fortiori* de son intérêt à ne pas voir figurer ses coordonnées dans des listes qui permettront des appels téléphoniques non sollicités.

44. — La deuxième question soulevée par l'élaboration de différentes listes sur base du droit d'opposition concerne la gratuité de l'exercice de ce droit.

A notre sens, les divers droits d'opposition doivent pouvoir s'exercer gratuitement. La proposition de directive relative à la protection des données et de la vie privée dans le contexte des réseaux digitalisés de télécommunications dispose que le droit de ne pas figurer dans l'annuaire est accordé sans frais supplémentaires (106). Notons à l'appui de cette thèse que l'inscription dans la « Liste Robinson » mise sur pied par l'Association belge de Marketing Direct est gratuite. On voit donc mal pourquoi les droits d'opposition spécifiques concernant les

(104) A ce système d'exclusion en bloc de l'utilisation commerciale des données personnelles, on pourrait préférer une application plus sectorielle du droit d'opposition : la personne concernée choisit de ne pas refuser que les publicités comportant des informations relatives à des produits de consommation, ou des informations de type sexuel, ...

(105) La décision liégénoise reprend de larges passages de la recommandation de la Commission. Il est à noter que la création d'une liste orange reprenant ceux qui demandent à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'exploitant public, est organisée légalement en France, conformément à l'article R-10-1, alinéa 1^{er}, du Code des postes et télécommunications.

(106) Article 11 déjà cité. C'est lors de la dernière modification du texte qui allait devenir la directive « O.N.P. téléphonie vocale » du 13 décembre 1995 que fut supprimée, à l'article 16, b, l'idée de gratuité de l'exercice du droit d'opposition. Une telle suppression est cependant peu significative puisque l'article 16 lui-même, appuyé par le considérant n° 32, insiste sur la liberté de choix du souscripteur et renvoie aux dispositions de protection des données et donc, par là, à l'article 11 de la proposition de directive évoquée.

(95) Directive 95/62/C.E. du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, précitée.

(96) Précitée.

(97) L'article 13 n'autorise l'utilisation d'automates d'appel pour la transmission de messages préenregistrés que vis-à-vis des personnes qui ont donné leur consentement à de telles utilisations. On notera que cet article vaut également pour les messages fax. L'article 13 du projet de directive trouve son pendant dans la directive européenne relative aux contrats négociés à distance (cf. Proposition modifiée de directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance (COM (93) 396 - final - SYN 411) dont l'article 4 stipule « In good time prior to the conclusion of any distance contract, the consumer shall be provided with the following information : f) the existence of a right of withdrawal, (...) »).

(98) Directive 95/62/C.E. du 13 décembre 1995, précitée.

(99) Sauf exceptions, la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des données n'entrera en vigueur qu'après trois ans à dater de sa publication.

(100) P. Lemmens, « Informatique et protection de la vie privée : la loi du 8 décembre 1992 », in Y. Pouillet et alii, *Droit de l'informatique - Enjeux - Nouvelles responsabilités*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1992, p. 429.

(101) A. Pipers, *op. cit.*, p. 63.

(102) A ce propos, les réflexions de Th. Léonard, note sous Civ. Bruxelles, réf., 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 852.

(103) Sur cette balance d'intérêts déduite du principe de proportionnalité et quelques applications, lire Th. Léonard et Y. Pouillet, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in F. Rigaux, *La vie privée, une liberté parmi les autres ? Travaux de la Faculté de droit de Namur*, n° 17, Bruxelles, Larciere, 1993, pp. 230 et s.; S. Gutwirth, « De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 », *T.P.R.*, 1994, pp. 1409 et s.

données de l'annuaire téléphonique devraient échapper à cette règle reconnue par la pratique.

En toute hypothèse, il est clair que le paiement d'une redevance ne pourrait se justifier que par la couverture des frais administratifs liés à la gestion du droit d'opposition (107). D'autre part, le montant réclamé ne peut en aucune manière limiter la liberté du souscripteur de s'opposer à l'une ou l'autre utilisation de ses données, comme le rappelle la recommandation déjà citée de la Commission de protection de la vie privée qui conclut : « l'exercice du droit au refus doit être gratuit ».

45. — La troisième question se rapporte au mode de gestion du droit d'opposition. Qui doit être en charge de la gestion des diverses listes d'opposition distinguées ?

La décision française du 7 février 1994 (108) illustre précisément cette question. France Télécom estimait ne devoir communiquer aux tiers qui souhaitaient exploiter l'annuaire téléphonique à des fins commerciales que le fichier amputé de la liste « orange ». L'opérateur public estimait, en effet, que dans le cas contraire, il pouvait se voir reprocher par un abonné inscrit sur la liste « orange » d'avoir communiqué à un tiers des données nominatives protégées. Un distributeur d'annuaires privé déféra ce refus de communiquer les noms de la liste « orange » devant la justice française. Au contraire du tribunal de commerce, la cour d'appel de Paris lui donna gain de cause et obligea France Télécom à transmettre les coordonnées litigieuses. La motivation de la cour apparaît cependant peu satisfaisante : la cour considéra que l'opérateur public qui collecte des données dans le cadre de la mission de service public qui lui est confiée en monopole, se trouve en situation de position dominante et commet un abus de cette position en refusant de communiquer les données dont il dispose à un rediffuseur concurrent sur le marché des annuaires. La cour de Paris a situé son raisonnement sur le plan exclusif de la concurrence, ce qui amène un commentateur (109) à s'insurger contre ce qu'il appelle une reconnaissance implicite et insidieuse de la supériorité du droit communautaire de la concurrence sur le droit des libertés individuelles.

Sans vouloir aborder dans le cadre de cette réflexion la question du poids respectif du droit à la vie privée et du principe de libre concurrence, il y a lieu de rappeler que la valeur constitutionnelle de la vie privée est désormais clairement affirmée dans notre pays (110). Il ne

semble pas que l'on puisse opposer à cette consécration constitutionnelle la primauté du droit communautaire (111) et, partant, des règles de concurrence, dans la mesure où l'article F, 2°, du titre I^{er} du Traité sur l'Union européenne renvoie lui-même au respect des droits fondamentaux : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et tels qu'ils résultent de traditions communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Parmi les droits fondamentaux visés figure incontestablement la protection de la vie privée. En témoigne l'adoption récente de la directive sur la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Même si l'on venait à admettre la supériorité de la législation de protection des données sur celle de la concurrence, cette supériorité ne pourrait conduire à des restrictions disproportionnées par rapport à la protection recherchée (112). Le principe de proportionnalité permet de trouver un juste équilibre entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des données. Son application permet de jeter un regard critique sur la réglementation belge et de nuancer les propos excessifs du président bruxellois dans l'affaire Kapitot Trading. Avant de développer ces critiques et nuances, il convient de revenir au cas français.

L'exercice se résume à déterminer ce qu'implique la légitime protection des abonnés au service téléphonique qui, à la fois, acceptent de voir leur nom figurer dans des annuaires mais refusent que ce nom puisse servir à des prospections commerciales ou à des démarchages par téléphone.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées :

— L'opérateur public à qui notification du droit d'opposition a été adressée refuse de communiquer les noms figurant sur les listes « orange » ou « safran ». C'est la position tenue par France Télécom (113), à l'origine de

par la Cour d'arbitrage de manière indirecte, par l'examen du respect du principe de l'égalité et de la non-discrimination. Voy., à ce propos, l'arrêt du 18 février 1993 (C.A.-A, 1993, pp. 153 et s.) où la Cour d'arbitrage estime que viole la vie privée l'ordonnance bruxelloise qui oblige les sociétés d'électricité à communiquer le nom des personnes qui font l'objet d'un placement de limiteur de consommation électrique (voy. J.-P. Buyle, L. Lanoye, Y. Pouillet, V. Willems, « Chronique de jurisprudence - Le droit de l'informatique », *J.T.*, 1996, pp. 231 et s., n° 57 et 69).

(111) La question de la primauté du droit conventionnel sur la Constitution belge n'a pas encore reçu de réponse tranchée.

(112) Comp. F. Dupuis-Touboul et J. Leygonie (*op. cit.*, p. 33). « On s'entend en effet à reconnaître que "la loi des marchands" ne doit pas prévaloir sur la protection de la vie privée. Toutefois, les dispositions législatives ou réglementaires adoptées en vue de protéger la vie privée ne doivent pas faire l'objet d'une application stricte lorsque cette application va au-delà de ce qui est nécessaire à la protection recherchée et porte ainsi atteinte à d'autres fondements de notre droit, tel que le droit de la concurrence ».

(113) Il est intéressant de noter que pour la liste « safran », la solution adoptée par France Télécom était différente. Les noms étaient communiqués mais affectés d'un indice.

l'affaire CMS (114). Cette solution apparaît disproportionnée dans la mesure où certains diffuseurs peuvent souhaiter se limiter à des activités d'édition sur support papier, voire offrir des services poursuivant à la fois une finalité de simple recherche d'abonnés et une finalité de prospection commerciale. Dans cette hypothèse, ces diffuseurs n'ont accès qu'à des listes expurgées et ne peuvent dès lors offrir qu'un service de moindre qualité, leurs annuaires étant incomplets.

— Chaque diffuseur est tenu de contracter auprès de l'opérateur public et de s'engager à respecter les droits d'opposition spécifiés. A défaut de respecter ces droits, des sanctions contractuelles, comme la cessation de la fourniture des listes, rendraient particulièrement efficace la protection des abonnés. La solution est attrayante. Elle se fonde sur l'obligation légale de l'opérateur maître du fichier, de prendre des mesures de sécurité tenant compte des risques liés au traitement (115). Cependant, cette solution présente le défaut de renforcer le monopole de l'opérateur public auprès duquel chaque diffuseur est obligé de se fournir. Elle empêche la commercialisation de listes à valeur ajoutée ou par des modes électroniques permettant le télé-déchargement. Elle apparaît donc, elle aussi, comme une restriction disproportionnée de la concurrence, restriction non nécessaire dans la mesure où une troisième solution est envisageable.

— Des listes « orange » et « safran » sont constituées, accessibles à toutes les personnes qui souhaitent utiliser des listes d'abonnés téléphoniques et gérées si possible par un organe neutre, indépendant, tels la Commission de protection de la vie privée ou l'organe chargé du suivi de la réglementation des télécommunications. Cette troisième solution s'inspire sans doute du modèle de la « Liste Robinson ». Il s'agit de créer un lieu unique où sont enregistrées l'ensemble des oppositions manifestées à l'utilisation des données de l'annuaire téléphonique à des fins de prospection commerciale ou de télé-démarchage. Chaque diffuseur s'engagerait à tenir compte de ces listes, accessibles par voie électronique, lorsque le service qu'il propose permet une utilisation visée par le droit d'opposition. Ainsi, le diffuseur d'un annuaire électronique qui peut être soit interrogé sur une base nominative définie, soit télé-déchargé totalement ou partiellement suivant tel ou tel critère, devra veiller à ce que les restrictions d'accès imposées par l'exercice des droits d'opposition s'appliquent de manière automatique lorsqu'il y a télé-déchargement mais non lorsqu'il y a interrogation sur la base du nom d'un abonné pour rechercher son numéro de téléphone.

(114) France Télécom s'appuyait sur l'article R-10.1 du Code des postes et des télécommunications. L'affaire C.M.S. ayant révélé l'ambiguïté de cette disposition, cette dernière fut modifiée par le décret 94-373 du 6 mai 1994. Si l'article R 10.1 nouveau interdit « l'usage par quiconque à des fins commerciales ou de diffusion dans le public, des informations nominatives extraites desdits annuaires concernant les personnes mentionnées à l'alinéa précédent (abonnés inscrits sur la liste orange) », cette interdiction n'empêche pas la communication des informations à des fins d'édition d'annuaires.

(115) Article 16 de la loi du 8 décembre 1992 (cf. *supra*, n° 7).

(107) En particulier, on ne pourrait justifier d'une redevance pour couvrir la perte de revenus engendrée par la moins-value de l'annuaire rendu incomplet par l'exercice du droit d'opposition. Dans sa recommandation déjà citée, la Commission de protection de la vie privée constate que les redevances réclamées par Belgacom semblent couvrir une telle perte de revenus, ce que la Commission « estime inacceptable ».

(108) Aff. C.M.S. c. France Télécom, Paris, 7 fév. 1994, précitée.

(109) J. Frayssinet, *op. cit.*, p. 19. L'auteur conclut : « En conséquence, la cour d'appel de Paris qui ne considère que l'intérêt des marchands au détriment des droits individuels, adopte une position excessive, déséquilibrée et erronée en droit ».

(110) Article 22 de la Constitution. A cet égard, le contrôle du respect de la vie privée peut être opéré

Cette troisième solution laisse intacte la concurrence tout en permettant la protection souhaitée des abonnés téléphoniques. L'obligation pour tous les diffuseurs de s'inscrire auprès de la Commission de la protection de la vie privée ou de l'organe de contrôle de la réglementation, et de souscrire à un engagement de respect des droits d'opposition apparaît comme une restriction minimale de la concurrence, acceptable au regard du droit fondamental que l'on souhaite garantir.

3. — Regard critique sur la réglementation belge

46. — Les réflexions émises à propos de l'arrêt français permettent de porter un regard critique sur la réglementation belge et sur la décision du 19 juillet 1995 du président du tribunal de commerce de Bruxelles.

47. — On sait que les auteurs de la réforme récente de la réglementation des annuaires justifiaient le maintien d'une intervention réglementaire et les limites apportées à la liberté d'éditer et de diffuser des annuaires par les exigences tant de la protection des consommateurs que de celle des données à caractère personnel.

En matière de protection des données, les garanties sont à trouver dans le fait que seules des personnes habilitées par l'I.B.P.T. peuvent éditer et diffuser des annuaires. L'habilitation ne peut s'obtenir qu'après conclusion d'une convention avec Belgacom qui mentionne, parmi ses conditions commerciales, l'engagement de la personne habilitée à « utiliser les données relatives aux nom, adresse, profession et numéro de raccordement des abonnés communiqués par Belgacom dans le respect des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 » (116).

48. — Tout d'abord, comme signalé précédemment, on s'étonne d'un tel dispositif qui revient à affirmer que la loi du 8 décembre 1992 est applicable. Certes, dira-t-on, l'éditeur d'annuaires s'y engage conventionnellement et l'arrêt royal prévoit qu'en cas de non-respect, l'I.B.P.T. peut retirer son habilitation.

Ensuite, on reste perplexe devant la disproportion des moyens pris pour garantir le respect d'une législation qui, en toute hypothèse, s'applique.

Fallait-il nécessairement que chaque diffuseur contracte individuellement avec Belgacom et obtienne une habilitation de l'Institut pour que soit garantie la protection des données des abonnés ? Une réglementation directe affirmant les divers droits d'opposition et instituant les listes correspondant à l'exercice de ces droits aurait sans doute été plus adéquate par rapport à l'objectif légitime de protection des données. Assurément, l'enregistrement des divers diffuseurs auprès de l'Institut (ou de la Commission de protection de la vie privée) et leur engagement à respecter la réglementation générale de protection des données ainsi que la

réglementation spécifique relative au droit d'opposition, eût été plus utile. Cette solution aurait, par ailleurs, été moins dommageable pour la concurrence que l'obligation de multiplier les conventions avec Belgacom, cette dernière étant mal placée au demeurant pour assurer le respect des engagements.

49. — Ce jugement critique quant à l'adéquation du système réglementaire belge aux objectifs de protection des données explique sans doute le malaise du président du tribunal de commerce de Bruxelles quand il s'agit de condamner la société Kapitool Trading pour violation des dispositions législatives de protection des données. On a déjà relevé son hésitation à condamner la société pour n'avoir pas informé les personnes concernées. Le président se justifie par le manque de précision de la loi sur la portée de ce devoir d'information. Le président évoque une seconde raison de s'abstenir. Il note que les dispositions de protection des données sont assorties de condamnations pénales et que Belgacom aurait dès lors dû poursuivre le contrevenant devant le juge pénal plutôt que devant le juge des cessations (117).

Cette seconde motivation, même compréhensible vu le malaise du juge, laisse perplexe. « L'utilisation illégitime des données par une entreprise peut, en effet, constituer vis-à-vis d'un concurrent, une atteinte aux usages honnêtes en matière commerciale et être ainsi à la base d'une action en cessation devant la juridiction présidentielle du tribunal de commerce, fondée sur l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur » (118).

Le raisonnement présidentiel aurait pour effet de diminuer la protection des personnes concernées, puisque le concurrent (119) devrait attendre l'issue de l'action pénale pour faire cesser l'infraction.

CONCLUSION :

AU-DELA DES ANNUAIRES ?

50. — Les réflexions développées ci-avant plaident pour une nouvelle réglementation des annuaires. Toute action normative en la matière doit prendre en compte les possibilités nouvelles issues des technologies de l'information

(117) « Lorsque le juge compétent s'abstient d'appliquer une disposition légale, le juge des cessations hésite à lui donner effet, par le biais d'une action en cessation ».

(118) J.-P. Buyle, L. Lanoye, Y. Pouillet, V. Willems, *op. cit.*, n° 78. Voy., à cet égard, les affaires Feprabel (Comm. Anvers, prés., 7 juill. 1994, D.C.C.R., 1994, p. 77) et O.C.C.H. (Comm. Bruxelles, prés., 15 sept. 1994, *Computerr.*, 1994/4, p. 244) dans le secteur bancaire, et Mercedes (Comm. Bruxelles, réf., 20 mars 1995, inédit) dans le secteur automobile.

(119) Il ne pourrait, en effet, invoquer la procédure présidentielle « comme en référé » prévue par l'article 14 de la loi. Cette procédure est réservée à la seule personne concernée. Sur cette procédure, voy. les intéressants développements de Th. Léonard, note sous Civ. Bruxelles, prés., 22 mars 1994, J.T., 1994, pp. 852 et s.

et de la communication. Celles-ci induisent, en effet, une multiplication des services liés à l'exploitation des listes d'abonnés.

L'enjeu d'une telle réglementation consiste certes à favoriser l'essor de ces services, mais ne peut faire l'économie d'une prise en compte de la nécessaire protection des individus et de leurs libertés. Ce second objectif ne peut interférer sur le premier que dans une mesure strictement proportionnée et non excessive par rapport aux intérêts garantis par les législations de protection des données.

51. — La réalisation de tels objectifs appelle :

— la reconnaissance d'un service universel d'élaboration et de diffusion des listes d'abonnés, couplée à l'obligation de mise sur pied d'un service de renseignement. Ce service universel peut être à charge des divers opérateurs du service téléphonique ou être confié à une seule entreprise au terme d'un marché public de concession garantissant le service universel et fixant les modalités, notamment financières, de son exploitation;

— la libre concurrence de l'offre de tout service présentant une valeur ajoutée par rapport au service universel, sous réserve de la seule obligation de déclaration à l'I.B.P.T. de la fourniture de tels services;

— la reconnaissance à l'abonné téléphonique de divers droits d'opposition pouvant s'exercer en tout état de cause lors de la prise d'abonnement, mais également à tout moment. Ces droits d'opposition visent tantôt l'inscription de la donnée téléphonique dans les annuaires publiés, tantôt le démarchage commercial lié à l'exploitation de ces annuaires, tantôt les seuls démarchages commerciaux effectués par des moyens de télécommunications;

— la tenue par une instance neutre de listes des oppositions manifestées, chaque entreprise faisant usage des listes d'abonnés téléphoniques devant s'engager à respecter les droits d'opposition exprimés.

52. — Une telle réglementation minimale nous paraît concilier tant les exigences de la concurrence que celles de la protection des données. Au-delà du domaine des annuaires, elle pourrait inspirer, *mutatis mutandi*, la réglementation de la diffusion électronique de bien d'autres « gisements » de données nominatives du secteur public (telles les données relatives à l'immatriculation des véhicules ou celles émanant du registre du commerce).

Qu'il s'agisse d'annuaires téléphoniques ou d'autres banques de données, il importe que les pouvoirs publics définissent précisément le service que les administrations ou les opérateurs privés chargés de la gestion de ces banques de données doivent offrir, de même que les conditions de mise à disposition de ce service aux entreprises intéressées à développer de nouveaux produits. Cette démarche s'impose, en effet, au regard des potentialités d'exploitation commerciale des données qu'offrent les nouvelles technologies. Dans le même temps, les pouvoirs publics auront soin de garantir l'exercice des droits nouveaux consacrés par la législation de protection des données. Pour être de taille, le défi n'en mérite pas moins d'être relevé.

Cécile de TERWANGNE et Yves POULLET