

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Joint les pourvois n° U 08-20. 427 formé par la société Lectiel et B 08-21. 768 formé par Mme X..., en qualité de liquidateur judiciaire de la société Groupadress qui attaquent le même arrêt ;

Donne acte à M. Y... de ce qu'en qualité de liquidateur judiciaire de la société Lectiel il reprend l'instance introduite par celle-ci ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Lectiel qui vient aux droits des sociétés Lectiel SA, Filetech SA et Filetech SARL, qui a pour activité la commercialisation, la mise à jour et l'enrichissement de fichiers en vue d'opérations de publipostage ou de télémarketing vend, notamment, les données contenues dans la base annuaire de la société France Télécom ; que souhaitant ne pas enfreindre l'article R 30-1 du code des postes et télécommunications, la société Lectiel a demandé à la société France Télécom de lui communiquer la liste des personnes concernées par cette disposition, dénommée Liste orange ; que la société France Télécom a refusé cette communication au motif qu'elle lui était interdite, mais lui a proposé de recourir à son service spécifique " Marketis " qui lui permettrait, moyennant une certaine somme, d'avoir accès aux données expurgées de l'annuaire ; que soutenant qu'en imposant à ses concurrents de recourir à un service payant, la société France Télécom abusait de sa position dominante, la société Lectiel l'a alors poursuivie devant le tribunal de commerce en demandant qu'il lui soit ordonné de fournir la Liste orange, ou d'aligner le service Marketis sur celui de l'annuaire électronique, ou encore de soustraire les personnes concernées de ses fichiers à un tarif raisonnable, et d'ordonner une expertise pour évaluer le préjudice résultant pour elle du refus de communication de la société France Télécom et dont elle demandait réparation ; que par un jugement du 4 janvier 1994, le tribunal de commerce a rejeté ses demandes ; que parallèlement à cette instance, la société Lectiel a saisi le Conseil de la concurrence des mêmes griefs à l'encontre de la société France Télécom ; qu'annulant la décision rendue par le Conseil de la concurrence et statuant à nouveau, la cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 29 juin 1999, jugé que les conditions tarifaires mises en œuvre par France Télécom étaient de nature à fermer l'accès à la ressource de la liste des abonnés au téléphone pour l'établissement de fichiers de prospection et que de plus, cette société ne s'imputait pas à elle-même dans son activité de commercialisation des fichiers de prospection des charges d'accès à la liste des abonnés expurgées de la liste orange équivalentes à celles que supportent les utilisateurs concurrents et qu'elle abusait ainsi, sur le marché connexe des fichiers de prospection, de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la liste des abonnés au téléphone ; que la cour d'appel a infligé une amende à la société France Télécom et lui a enjoint de fournir, dans des conditions identiques et à toute personne qui lui en ferait la demande, la liste consolidée, comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenus par des tiers avec la Liste orange, que ces fichiers soient ou non extraits de la base annuaire, ces prestations devant être fournies dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande ; que saisie de l'appel formé contre le jugement du 4 janvier 1994 précité, instance à laquelle est intervenue la société Groupadress, la cour d'appel jugeant, d'une part, que la société France Télécom qui n'avait jusqu'alors pas tous les éléments pour se conformer " à coup sur " à l'arrêt du 29 juin 1999, n'avait pas commis de faute à l'égard de la société Lectiel et a rejeté sa demande de dommages-intérêts, d'autre part, que la société France Télécom pouvait prétendre à la protection des droits de propriété intellectuelle sur les bases de données annuaires et a condamné la société Lectiel à des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le téléchargement de cette base pendant plusieurs années ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche de chacun des pourvois, rédigés en des termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Lectiel et Groupadress font grief à l'arrêt d'avoir accueilli les demandes reconventionnelles de France Télécom tendant à voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété et d'un droit sui generis sur son annuaire, alors selon le moyen, que le droit sui generis prévu par l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de la loi du 1er juillet 1998 n'est applicable qu'au producteur d'une base de données ayant pris l'initiative et le risque des investissements correspondants ; que tel n'est pas le cas de France Télécom dans la constitution de

l'annuaire téléphonique, élément public par nature, entrant dans le cadre de sa mission statutaire et ne correspondant à aucun « risque » d'investissement, son coût étant, en outre, essentiellement pris en charge par les abonnés eux-mêmes ; qu'en reconnaissant dès lors à France Télécom un droit sui generis sur l'annuaire, la cour a violé le texte susvisé ;

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il résulte des constatations de l'expert que la base annuaire constituait un ensemble structuré, mis en exploitation de manière spécifique par la société France Télécom et qui ne se résout pas à l'annuaire qu'elle a l'obligation de tenir et de mettre à jour, l'arrêt ajoute que cette base n'est pas constituée seulement des renseignements fournis par les abonnés mais qu'elle est enrichie d'autres informations, dont plus de la moitié viennent de la société France Télécom, de façon à former un ensemble spécifique pour lequel celle-ci a conçu et défini les opérations utiles en leur affectant les moyens correspondants ; qu'il relève encore que cette base de données avait été constituée par un apport intellectuel de la société France Télécom, chiffré par l'expert en effort d'investissement de sept cent trois hommes par mois de travail correspondant à 10, 6 millions d'euros entre 1992 et 2000 ; que la cour d'appel n'a ainsi pas reconnu à la société France Télécom un droit sui generis sur l'annuaire, mais sur la base de données constituée à partir des informations résultant de l'annuaire et enrichies par elle ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses première et troisième branches de chacun des pourvois, rédigés en des termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Lectiel et Groupadress font grief à l'arrêt d'avoir fait droit aux conclusions indemnitaires de France Télécom à raison du téléchargement " non autorisé " de son annuaire et de les avoir en conséquence condamnées au paiement de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1° / que la demande indemnitaire formulée pour la première fois en cause d'appel par France Télécom à l'issue du long contentieux ayant opposé les parties, et plus de cinq ans après les faits dénoncés par l'intéressée comme lui ayant porté préjudice, était prescrite ; qu'en écartant toutefois l'exception de prescription soulevée par la requérante, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 110-4 du code de commerce ;

2° / que le téléchargement d'un annuaire présentant les caractères d'une facilité essentielle au regard du droit de la concurrence n'est pas illicite ; qu'en décidant le contraire à la faveur de motifs inopérants, pris de la reconnaissance en 2008 seulement d'un prétendu droit intellectuel de France Télécom sur son annuaire, la cour d'appel a donné à son arrêt de condamnation une portée rétroactive illégale contraire au principe de prévisibilité et de sécurité juridique, violant ainsi ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir rappelé que la société France Télécom avait formé devant le tribunal de commerce une demande de dommages-intérêts pour téléchargement illicite, laquelle avait été rejetée par le jugement du 5 janvier 1994 sur lequel portait le recours, l'arrêt relève, d'un côté, que les sociétés Lectiel et Groupadress ne peuvent se prévaloir de la prescription d'une action en contrefaçon qui n'a pas été engagée par la société France Télécom, laquelle a seulement opposé à la revendication de celle-ci, les droits de propriété intellectuelle qu'elle prétendait détenir sur les bases de données concernées, de l'autre, que le préjudice résultant de l'extraction non autorisée des données n'ayant jusqu'alors pas été fixé, la créance n'est pas prescrite ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations dont il résulte que la revendication des droits de propriété intellectuelle avait été opposée dès l'origine du litige, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ;

Attendu, d'autre part, qu'après avoir rappelé que la société France Télécom titulaire de droits de propriété intellectuelle et d'un droit sui generis au sens de l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle était en droit d'inclure dans ses tarifs la rémunération de ses droits, sous réserve de l'obligation qui lui est faite de fourniture de données respectant les principes de concurrence tels qu'ils ont été rappelés et, notamment, de conformité à celui du coût des services rendus, l'arrêt retient qu'en procédant à un téléchargement non autorisé des fichiers concernés et en les commercialisant sans en payer le tarif ni en rémunérer les droits, les sociétés Lectiel et Groupadress ont commis des fautes à l'encontre de la société France Télécom dont celle-ci est recevable à demander réparation ; que sans encourir le deuxième grief du moyen, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ;

Sur le troisième moyen, pris en sa quatrième branche du pourvoi n° U 08-20. 427 :

Attendu que la société Lectiel fait le même grief à l'arrêt, alors selon le moyen ; que la cour d'appel ne pouvait légalement ordonner que soit inscrit au passif de Groupadress, en liquidation judiciaire depuis le 23 janvier 2002, des dommages-intérêts à raison de faits postérieurs à ladite liquidation et qui n'étaient pas imputables à Groupadress ; qu'en se déterminant comme elle a fait, la cour d'appel a encore violé le principe de personnalité de la responsabilité civile et violé les dispositions de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que la société Lectiel ne saurait tirer un moyen d'un chef du dispositif qui ne lui fait pas grief ; que le moyen est irrecevable ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses première, troisième et quatrième branches, le troisième moyen, pris en sa deuxième branche de chacun des pourvois, rédigés en des termes identiques et le troisième moyen, pris en sa quatrième branche additionnelle du pourvoi n° B 08-21. 768, réunis :

Attendu que ces moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche de chacun des pourvois, rédigés en des termes identiques, réunis :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour rejeter les demandes en dommages-intérêts formées par les sociétés Lectiel et Groupadress à l'encontre de la société France Télécom à raison des pratiques d'abus de position dominante sanctionnées par la cour d'appel de Paris dans un arrêt précédemment rendu le 29 juin 1999, l'arrêt retient que la question de l'abus de position dominante ayant été tranchée, elle n'a plus dans l'instance en cause à sanctionner un comportement tel que dénoncé, mais à rechercher si la société France Télécom s'est conformée à la décision en question et, dans la négative, si elle a commis une faute ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du code civil ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si une faute de la société France Télécom, génératrice d'un préjudice pour les sociétés Lectiel et Groupadress, résultait des pratiques retenues comme constitutives d'abus de position dominante par la cour d'appel dans son arrêt du 29 juin 1999, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 4 du code de procédure civile ;

Attendu qu'en statuant comme elle a fait, alors que les sociétés Lectiel et Groupadress demandaient réparation du préjudice que leur avait causé les pratiques d'abus de position dominante relevées à l'encontre de la société France Télécom et sanctionnées par l'arrêt du 29 juin 1999 et aggravées par le non-respect de l'injonction prononcée par le même arrêt, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement ayant rejeté la demande de dommages-intérêts formée par les sociétés Lectiel et Groupadress à l'encontre de la société France Télécom, l'arrêt rendu le 30 septembre 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être

transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois mars deux mille dix.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens identiques produits par Me Bouthors, avocat aux Conseils, pour Mme X..., ès qualités, et la société Lectiel

Premier moyen de cassation

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les sociétés requérantes de l'ensemble de leurs demandes indemnitaires formulées à l'encontre de France Télécom à raison d'un abus de position dominante manifesté par des pratiques anticoncurrentielles constatées et sanctionnées par le Conseil de la concurrence ;

aux motifs que, sur la portée de l'arrêt du 29 juin 1999 quant aux injonctions qu'il édicte, il convient de préciser que la question de savoir si la société France Télécom avait ou non commis un abus de position dominante en refusant de fournir, à ceux qui en feraient la demande, la liste des abonnés, expurgée de ceux figurant sur la liste « orange », sauf à des conditions tarifaires qui étaient celles existantes au début du contentieux entre les parties, a été définitivement tranchée par la décision susvisée ; qu'il en est de même du point de savoir si ces données constituent des facilités essentielles et si les pratiques dénoncées par la société Lectiel peuvent être qualifiées d'anti-concurrentielles, cet aspect ayant été pris en compte par ladite décision ; que la cour n'a plus ici, à sanctionner un comportement tel que dénoncé, mais à rechercher si la société France Télécom s'est conformée à la décision en question et, dans la négative, si elle a commis une faute ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du code civil ;

que la société Lectiel soutient à ce titre que la société France Télécom a continué à imposer des tarifs non-conformes aux principes dégagés par la cour, à savoir « dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers des coûts liés aux opérations nécessaires pour répondre à cette demande » ; qu'elle en veut pour preuve que cette dernière l'aurait reconnu dans ses écritures du 24 octobre 2007 et qu'une autre instance, l'opposant à la société Scoot Sonera, s'est terminée par sa condamnation, du fait du non-respect de cet arrêt, par un arrêt de la cour du 6 avril 2004 approuvant le Conseil de la concurrence ; mais, considérant que la décision du Conseil de la concurrence n° 02. D. 41 en date du 26 juin 2002 « relative au respect de l'injonction prononcée ... par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 » intéressant ces deux sociétés, a décidé que, si la société France Télécom n'a pas respecté l'injonction de « non-orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire », et si elle a eu des prix de cession discriminatoires concernant deux opérations pour partie étrangères aux débats, elle a respecté « l'injonction relative au caractère objectif des prix de cession des données annuaires » dans son catalogue de prix (section II C) et celle relative à ses tarifs « mentionnés dans le catalogue de prix de l'opérateur public en ligne L 13 » qui sont transparents (section D) ;

considérant d'ailleurs que la cour, dans sa décision précitée du 29 juin 1999, n'a pas précisé de quelle nature ou à quelle hauteur devait se situer les coûts qu'elle visait, se référant seulement à ceux en vigueur pour la duplication ou le topage prévu au catalogue pour la mise en conformité avec la liste « safran », de sorte que, comme le fait justement observer la société France Télécom, il n'était pas assuré que les coûts en question soient exclusivement les coûts incrémentaux jusque, au moins, la décision ci-avant citée du Conseil de la concurrence du 26 juin 2002 qui les évoque, sans en tirer de conclusions définitives quant au respect par la société France Télécom des injonctions du fait de la complexité pour lui d'analyser le processus de constitution du fichier ;

qu'en revanche, c'est bien la décision 03- D-43 du 12 septembre 2003 « relative au respect de l'injonction prononcée par la cour de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 » émanant de la même autorité, qui, comme le souligne à propos la société France Télécom, a définitivement précisé les modalités de calcul du montant des coûts spécifiques, après avoir dû recourir à une expertise pour ce faire ; que le Conseil, qui a écarté que les coûts puissent être « les coûts marginaux

de mise à disposition ... de la base annuaire », c'est-à-dire les seuls frais techniques, ou les « coûts nets des recettes tirés de l'annuaire universel », en a conclu que la société France Télécom n'a pas respecté les injonctions ... en ce qui concerne l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichiers » et lui a infligé une sanction ;

considérant, qu'à la suite de cette décision, dont le principe a été maintenu en appel, et de celle de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) du 23 septembre 2003, la société France Télécom a formulé ses offres par lettre du 9 décembre 2003 aux tarifs de 200 € par livraison de fichier auxquels s'ajoutent 0, 003 € par requête pour les annuaires en ligne et services de renseignement, 0, 0065 € par volume imprimé pour les annuaires imprimés alphabétiques et 0, 050 € par volume imprimé pour les annuaires imprimés professionnels ;

considérant qu'il résulte de ces éléments que la faute imputée par la société Lectiel à la société France Télécom n'est pas caractérisée dans la mesure où elle n'avait pas, jusqu'alors, tous les éléments pour se conformer, à coup sûr, à l'arrêt précité du 29 juin 1999 ;

considérant en outre que les articles L 34 et R 10-6 du code des communications électroniques disposent, s'agissant des tarifs de communication des listes d'abonnés et d'utilisateurs, qu'ils doivent refléter le service rendu et que sont pris en compte les coûts « causés directement ou indirectement par la fourniture des listes d'abonnés », qu'ils peuvent comprendre une part liée à l'amortissement du matériel informatique et des logiciels nécessaires et une rémunération normale des capitaux employés » et que « les coûts qui sont spécifiques à la fourniture des listes d'abonnés sont entièrement pris en compte dans la fixation du tarif » à l'exclusion de ceux liés à d'autres activités ; que, au vu de la décision susvisée du Conseil de la concurrence du 12 septembre 2003, de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) et des textes pertinents, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a indiqué que les coûts visés par ce texte étaient les coûts incrémentaux correspondants à l'activité et que la tarification doit refléter le service rendu, ces coûts comprenant ceux du « recueil des consentements à paraître, des données personnelles, des choix de parution », « d'élaboration et de maintenance de la liste » et des utilisateurs et de « mise à disposition de la liste », que la tarification doit de plus être faite selon l'usage qu'en font les utilisateurs ; qu'elle a précisé, à l'annexe 2 de sa décision n° 06-639 du 30 novembre 2006, que les coûts annuels totaux recouvrables étaient de 0, 162 € par abonnement résidentiel, 1, 618 € par abonnement professionnel (pour la collecte) et 148. 697 € (pour l'élaboration, la maintenance et la mise à disposition des listes) ;

qu'il en résulte que la tarification doit permettre aux opérateurs de recouvrer l'ensemble de leurs coûts liés aux opérations supplémentaires nécessaires à l'annuaire universel conformément au principe du coût des services rendus, que la répartition de la masse des coûts en fonction de l'usage respecte le principe de l'orientation vers les coûts et que, s'agissant spécifiquement des coûts de collecte et de mise à jour des données, ne doivent être répercutés que ceux que l'opérateur ne recueille pas pour sa propre gestion ;

considérant qu'il en ressort que la société France Télécom est légitime à inclure, dans sa proposition tarifaire, les éléments qu'elle y fait figurer dans leur principe et qui apparaissent identiques pour tous ses contractants puisqu'ils sont présents dans son tarif, le prix proposé l'étant dès lors dans des conditions « transparentes, objectives et non discriminatoires » et « orienté vers des coûts liés aux opérations techniques nécessaires » c'est-à-dire aux coûts incrémentaux, conformément aux décisions précitées, sous réserve de la perception de droits de propriété intellectuelle ;

que c'est donc à tort que les appelantes insistent pour que le prix retenu soit le seul « coût technique de transfert des données sur un support », non supérieur à 13, 93 € HT, que lesdites décisions ont précisément écarté ; qu'au demeurant, la société Lectiel n'explique pas en quoi le tarif proposé par la société France Télécom, conformément à ces principes, et accepté par d'autres contractants de l'opérateur, serait encore aujourd'hui illicite » ;

1°) alors que, d'une part, en l'état de la décision du Conseil de la concurrence n° 98. D. 60 du 29 septembre 1998 et du précédent arrêt de la cour de Paris du 29 juin 1999 devenu irrévocable ensuite du rejet du pourvoi de France Télécom sur le principe même d'un abus de position dominante manifesté par une pratique anticoncurrentielle au préjudice des sociétés requérantes, la cour de Paris était tenue de rechercher si et en quoi lesdites pratiques illégales avaient causé un préjudice indemnisable au profit des exposantes à raison de l'ensemble de la période litigieuse ; qu'en exposant n'y avoir lieu à pareille recherche cependant commandée par les termes de la décision du Conseil de la concurrence et du

précédent arrêt de la cour de Paris ayant prononcé une amende contre France Télécom et enjoint cette dernière de formuler auprès des exposants une offre orientée vers les coûts, l'arrêt attaqué a violé par refus d'application les dispositions de l'article 1382 du code civil, ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1° du protocole additionnel n° 1 à ladite Convention ;

2°) alors que, d'autre part, la cour a dénaturé les termes du litige en restreignant abusivement l'examen du comportement fautif de France Télécom à la seule période postérieure à l'arrêt susvisé du 29 juin 1999 quand le litige portait également sur les pratiques antérieures de France Télécom, violant ainsi les dispositions de l'article 4 du code de procédure civile ;

3°) alors que, de troisième part, en l'état de la décision subséquente du Conseil de la concurrence n° 03. D. 43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées contre France Télécom par la cour de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, par laquelle le Conseil avait de nouveau infligé à France Télécom une sanction pécuniaire au titre de ses pratiques anticoncurrentielles, notamment à raison d'une pratique non orientée vers les coûts des prix de cession des données annuaires et du caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires, la cour d'appel n'a pu ici, sans méconnaître de nouveau la chose décidée par le Conseil de la concurrence, estimer que France Télécom ne disposait pas alors des éléments lui permettant de formuler une offre satisfaisante au regard des critères qui, selon elle, n'aurait été définie pour la première fois que par la décision de l'A. R. T. du 23 septembre 2003 ; qu'en se déterminant ainsi, la cour a derechef violé par refus d'application les dispositions de l'article 1382 du code civil, ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1° du protocole additionnel n° 1 de ladite Convention ;

4°) alors que, de quatrième part, la mauvaise foi de France Télécom, dénoncée par les requérants, et attestée par l'expert désigné qui s'est heurté à une rétention d'informations de la part de France Télécom, ne permettait pas davantage à la cour d'appel d'exonérer France Télécom de toute faute pour les quatre années écoulées entre 1999 et 2003 ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans autre examen de la déloyauté reprochée à France Télécom, la cour a derechef violé les dispositions des articles 1382 du code civil, ensemble, les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1° du protocole additionnel n° 1 à ladite Convention ;

5°) alors enfin que l'offre que la cour de Paris avait enjoint à France Télécom de formuler aux requérants, devait être orientée vers les coûts incrémentaux relatifs à l'établissement de l'annuaire-correspondant à une somme minime-, la cour d'appel n'a pas davantage précisé si et en quoi l'offre tardivement formulée par France Télécom, avec réserve de droits intellectuels complémentaires, correspondait aux seuls coûts incrémentaux susceptibles d'être regardés comme réguliers ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour a derechef privé son appel de toute base légale au regard des dispositions de l'article 1382 du code civil, ensemble, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et 1° du protocole additionnel n° 1 à ladite Convention.

Deuxième moyen de cassation

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir, accueilli les demandes reconventionnelles de France Télécom tendant à voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété et d'un droit sui generis sur son annuaire ;

aux motifs que, sur la portée de l'arrêt précité du 29 juin 1999 quant aux droits de propriété intellectuelle, considérant qu'aucune des parties ne s'explique sur l'autorité ou non de la décision au regard de l'existence de droits de propriété intellectuelle susceptibles d'exister au profit de la société France Télécom et donc de leur incidence sur l'ampleur de la rémunération qu'elle peut en exiger ; que, discutant seulement de la matérialité de ces droits, les parties ont donc, implicitement mais nécessairement, admis que l'arrêt n'avait pas tranché la question ; que telle est d'ailleurs la seule signification que peut revêtir la phrase « sans qu'il soit besoin de prendre parti sur le bien fondé de la prétention à la titularité de droits de propriété intellectuelle émise par la société France Télécom » ;

que, sur la qualification des droits de la société France Télécom sur l'annuaire, que les sociétés Lectiel et Groupadress contestent à la société France Télécom tout droit d'auteur ou sui generis sur l'annuaire et les données qui y sont incluses ; qu'elles soutiennent que la société France Télécom n'a aucune liberté dans la constitution de l'annuaire qui relève de ses obligations légales et qu'il n'a aucune originalité ; que, s'appuyant sur la jurisprudence de la CJCE, elles lui dénie un

droit sui generis qui ne peut être qu'exceptionnel et réservé à ceux qui ont fait des investissements considérables et ont pris des risques, indiquant que l'expert l'a écarté et soutenant la supériorité du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle ; qu'à l'inverse la société France Télécom fait valoir que la base de données n'est pas assimilable au fichier des abonnés qu'elle est tenue d'avoir, s'appuyant sur le fait qu'il a fallu des avis de la CNIL distincts pour chacun ; qu'elle souligne ce qui fait, selon elle, l'originalité de la base de données ; qu'en tout état de cause elle soutient la protection au titre du droit sui generis, invoquant également à son profit la jurisprudence communautaire, et développant l'aspect important des investissements engagés tant pour la constitution que pour la vérification et la présentation de la base ; qu'elle en déduit qu'en tant que producteur elle est en droit d'interdire l'extraction de données mais peut délivrer des licences ;

considérant que l'expert, s'il ne s'est pas prononcé sur le caractère original au titre du droit d'auteur des bases de données concernées, a cependant énoncé qu'il s'agissait d'un ensemble structuré que la société France Télécom a mis en exploitation de manière spécifique et qui ne se résout pas à l'annuaire qu'elle a l'obligation de tenir et de mettre à jour, relevant que cette base n'est pas constituée seulement des renseignements fournis par les abonnés mais qu'elle est enrichie d'autres informations, dont plus de la moitié viennent d'elle-même, de façon à former un ensemble spécifique pour lequel la société France Télécom a conçu et défini les opérations utiles en leur affectant les moyens correspondants ; qu'il a estimé qu'il y avait un apport intellectuel de la société France Télécom qu'il a chiffré en effort d'investissement de 703 hommes / mois de travail correspondant à 10,6 millions d'euros entre 1992 et 2000 ;

qu'il ressort de cette analyse que les informations contenues dans les bases de données « annuaire électronique », loin de constituer une simple compilation des 25 à 30 bases de données de l'opérateur, se présentent comme un ensemble cohérent de données dont la présentation, différenciée selon l'utilisateur, a été étudiée pour remplir en interne toutes les fonctionnalités attendues (gestion des abonnements et des factures) et pour apparaître au consultant de la manière la plus opérationnelle, simple et efficace possible (recherche d'abonnés par différents critères de dénomination, domiciliation, profession ...) en corrigeant automatiquement les erreurs d'interrogation ; qu'elles sont organisées de façon à être quotidiennement mises à jour et à suivre en permanence les souhaits de la clientèle en faisant évoluer continuellement les rubriques et la nomenclature, étant renouvelées par tiers tous les ans, et en permettant l'interrogation simultanée par très nombreux utilisateurs ; qu'elles sont donc le résultat d'un effort de recherche, de sélection et de synthèse dans l'agencement des données justifiant d'un apport intellectuel et créateur de son auteur au sens de l'article L 112-3 du code de la propriété intellectuelle ; que la société Lectiel ne saurait être suivie lorsqu'elle oppose la prescription de son « action en contrefaçon » à la société France Télécom alors que cette dernière n'a pas engagé d'action de cette sorte mais s'est limitée à opposer à la revendication de la société Lectiel les droits de propriété intellectuelle qu'elle détient sur les bases de données concernées ; qu'aux termes de l'article L 341-1 du code de la propriété intellectuelle, le producteur de base de données, personne qui prend l'initiative et le risque des investissements, bénéficie de la protection de cette base lorsque sa constitution, sa vérification, ou sa présentation, attestent d'investissements financier, matériel ou humain substantiels ; qu'à cet égard, l'expert a suffisamment caractérisé les investissements correspondants, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant ; que c'est en vain que la société Lectiel soutient que ces dispositions sont inapplicables au litige, n'étant entrées en vigueur que le 1er juillet 1998, alors qu'il est constant que cette protection spécifique s'applique aux bases de données existantes après 1983 ou ayant fait l'objet de nouveaux investissements depuis, comme l'est celle de la société France Télécom ;

considérant que c'est également en vain que la société Lectiel met en avant le principe de la primauté du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle alors que la directive du 11 mars 1996 a pris en compte les préoccupations de concurrence en considérant que « le droit sui generis ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante » et en précisant que « les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence » ; qu'ainsi, ces droits coexistent et doivent pouvoir s'exercer parallèlement et non l'un aux dépens de l'autre ; que la jurisprudence communautaire a d'ailleurs consacré à diverses reprises le droit des producteurs de bases de données à la rémunération de leur investissement entendu comme « les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans la base » dès lors que, par la perception de ceux-ci, ils ne font pas obstacle à la concurrence, les tarifs restant orientés vers les coûts ; qu'il en résulte que la société France Télécom peut se prévaloir de droits de propriété intellectuelle sur sa base de données annuaire, tant sur le fondement des dispositions du livre premier que sur celui des articles L 341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle ; qu'il y a donc lieu de faire droit à la demande de la société France Télécom d'interdire à la société Lectiel tout acte d'extraction

de ses bases de données effectué sans rémunération de ses droits d'auteur et de producteur de base de données, sous astreinte » (arrêt p. 8 à 10).

1°) alors que d'une part, il résulte de l'article 480 du code de procédure civile que le précédent arrêt de la cour de Paris du 29 juin 1999 avait autorisé de chose jugée sur l'absence d'originalité de l'annuaire téléphonique de France Télécom ; qu'en reconnaissant dès lors au profit de France Télécom le principe d'un droit de propriété incorporel sur son annuaire, la cour d'appel a méconnu ici la chose jugée s'attachant à l'arrêt précité en violation de l'article 480 du code de procédure civile ;

2°) alors que d'autre part, le droit sui generis prévu par l'article L 341-1 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de la loi du 1er juillet 1998 n'est applicable qu'au producteur d'une base de données ayant pris l'initiative et le risque des investissements correspondants ; que tel n'est pas le cas de France Télécom dans la constitution de l'annuaire téléphonique, élément public par nature, entrant dans le cadre de sa mission statutaire et ne correspondant à aucun « risque » d'investissement, son coût étant, en outre, essentiellement pris en charge par les abonnés eux-mêmes ; qu'en reconnaissant dès lors à France Télécom un droit sui generis sur l'annuaire, la cour a violé le texte susvisé ;

3°) alors qu'en se déterminant ainsi lors même que les coûts incrémentaux liés à la confection de l'annuaire, qui est une ressource essentielle pour la concurrence, la cour n'a pu légalement reconnaître à France Télécom l'existence d'un droit privatif complémentaire sur un élément public ; qu'en effet, la redevance allouée à France Télécom au titre d'un droit sui generis ne saurait être perçue en supplément des conditions tarifaires définies par les autorités de la concurrence relativement à la définition du coût incrémental ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour a violé derechef les dispositions des articles L 341-1 et s. du code de propriété intellectuelle ;

4°) alors que de quatrième part, le droit de la concurrence prime le droit de la propriété intellectuelle quand, sous couvert de ce dernier, un obstacle est mis à l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin dans des conditions de nature à exclure toute concurrence sur ledit marché et interdit l'apparition d'un produit ou d'un service nouveau pour lequel il existe une demande potentielle ; que tel était précisément le cas en l'espèce, qu'ainsi, la cour a violé ensemble la Directive communautaire du 11 mars 1996, l'article 86 du Traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Troisième moyen de cassation

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir fait droit aux conclusions indemnitaires de France Télécom à raison du téléchargement « non autorisé » de son annuaire et d'avoir en conséquence condamné les requérantes à des dommages et intérêts ;

aux motifs que, sur la conséquence sur les tarifs et la réparation, la société France Télécom est en droit d'inclure dans ses tarifs la rémunération de ces droits, comme d'en interdire ou d'en restreindre une utilisation qu'elle n'aurait pas autorisée, sous réserve de l'obligation qui lui est faite de fourniture de données respectant les principes de concurrence tels qu'ils ont été rappelés et notamment de conformité à celui du coût des services rendus ; considérant qu'en procédant à un téléchargement non autorisé des fichiers concernés et en les commercialisant, sans en payer le tarif ni en rémunérer les droits, la société Lectiel et la société Groupadress ont commis des fautes à l'encontre de la société France Télécom dont elle est recevable à demander réparation ; que ces dernières ne contestent pas avoir procédé à de telles opérations depuis 1987 à partir du Minitel puis depuis 2001 à partir d'Internet ; considérant qu'après avoir procédé à un calcul du préjudice qu'elle explique avoir subi du fait de l'extraction non autorisée de ses données, la société France Télécom l'évalue à la somme de 3. 870. 000 € représentant tant l'activité de marketing direct que d'annuaire ; qu'elle évalue en effet que « le droit d'utilisation » des 10 millions d'adresses que la société Lectiel a loué est de 200. 000 € par an (pendant 18 ans) auquel s'ajoute le prix de 15. 000 € par an pour 5 millions de requêtes sur cette même durée ; qu'il y a lieu de faire droit à cette demande dont le mode de calcul est conforme aux principes ci-avant énoncés ; considérant que ce préjudice n'ayant pas été antérieurement constaté, les appelantes font vainement valoir la prescription de cette créance qui pourra donc être inscrite à leur passif pour ce montant » ;

1°) alors que, d'une part, la demande indemnitaire formulée pour la première fois en cause d'appel par France Télécom à

l'issue du long contentieux ayant opposé les parties, et plus de cinq ans après les faits dénoncés par l'intéressée comme lui ayant porté préjudice, était prescrite ; qu'en écartant toutefois l'exception de prescription soulevée par la requérante, la cour a violé les dispositions de l'article L 110-4 du code de commerce ;

2°) alors que, d'autre part, les précédentes condamnations de France Télécom au titre de pratiques anticoncurrentielles fondées notamment sur l'allégation d'un droit de propriété intellectuelle sur son annuaire, étaient de nature à priver France Télécom de qualité et d'intérêt pour solliciter rétrospectivement la rémunération de pareils « droits » ; qu'en accueillant néanmoins le principe de cette demande indemnitaire de la part de France Télécom dont le comportement frauduleux avait précédemment été établi, la cour a violé la maxime *nemo auditur ensemble* les dispositions de l'article 122 du code de procédure civile ;

3°) alors que, de troisième part, le téléchargement d'un annuaire présentant les caractères d'une facilité essentielle au regard du droit de la concurrence n'est pas illicite ; qu'en décidant le contraire à la faveur de motifs inopérants, pris de la reconnaissance en 2008 seulement d'un prétendu droit intellectuel de France Télécom sur son annuaire, la cour a donné à son arrêt de condamnation une portée rétroactive illégale contraire au principe de prévisibilité et de sécurité juridique, violant ainsi ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 1382 du code civil.

QUATRIEME BRANCHE ADDITIONNELLE du troisième moyen produite à l'appui du pourvoi n° B 08-21. 768

4°) alors en tout état de cause que, la cour ne pouvait légalement ordonner que soit inscrit au passif de Groupadress, en liquidation judiciaire depuis le 23 janvier 2002, des dommages et intérêts à raison de faits postérieurs à ladite liquidation et qui n'étaient pas imputables à Groupadress ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour a encore violé le principe de personnalité de la responsabilité civile et violé les dispositions de l'article 1382 du code civil.