

numéro de répertoire 2015/
date de la prononciation 13/03/2015
numéro de rôle 13/12839/A

expédition

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le € BUR	le € BUR	le € BUR

ne pas présenter à l'inspecteur

OREF-DEF

N° 85

Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile

Jugement

Chambre des référés
affaires civiles

présenté le
ne pas enregistrer

Comme en référé

Comme en référé
Jugement définitif
contradictoire

Annexes :

- 1 jugement
- 2 requêtes
- 9 conclusions

EN CAUSE DE:

L'ETAT BELGE, Service Public Fédéral Economie, PME, Classes Moyennes et Energies (ci-après le **SPF ECONOMIE**), représenté par Monsieur le Ministre de l'Economie ayant le droit d'auteur dans ses attributions, dont le cabinet est établi à 1210 Bruxelles, avenue des Arts, 7 ;

Partie demanderesse,

Représentée **Me Ignace VERNIMME et Me Nicolas ROLAND**, avocats, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue de Loxum, 25, ignace.vernimme@dtibbe.com ;

CONTRE :

La société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée SOCIETE DES AUTEURS COMPOSITEURS ET EDITEURS (en abrégé la **SABAM**), inscrite à la BCE sous le numéro 0402.989.270. et dont le siège social est établi à 1040 Bruxelles, rue d'Arlon, 77 ;

Partie défenderesse,

Représentée par **Me Benoît MICHAUX et Me Frédéric LEJEUNE**, avocats, dont le cabinet est établi à 1040 Bruxelles, avenue des Nerviens, 9-31, michauxb@hoyngmonegier.com ;

EN PRESENCE DE :

1. **La société coopérative intercommunale à responsabilité limitée SOCIETE INTERCOMMUNALE POUR LA DIFFUSION DE LA TELEVISION** (en abrégé **BRUTELE**) inscrite à la BCE sous le numéro 0205.954.655. et dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, rue de Naples, 29 ;
2. **La société anonyme NETHYS**, inscrite à la BCE sous le numéro 0465.607.420. et dont le siège social est établi à 4000 Liège, rue Louvrex, 95 ;

Première et deuxième partie intervenante volontaire,

Représentées par **Me Benjamin DOCQUIR loco Me Emmanuel CORNU**, avocat, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20, emmanuel.cornu@simontbraun.eu ;

3. La société anonyme **BELGACOM**, inscrite à la BCE sous le numéro 0202.239.951. et dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard Albert II, 27 ;

Troisième partie intervenante volontaire,

Représentée par **Me Benoit Van ASBROECK** et **Me Maud COCK**, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 250, benoit.van.asbroeck@twobirds.com ;

4. La société anonyme **TELENET**, inscrite à la BCE sous le numéro 0473.416.418. et dont le siège social est établi à 2800 Malines, Liersesteenweg, 4 ;

Quatrième partie intervenante volontaire,

Représentée par **Me Thomas De Meese** et **Me Christian DE CONINCK**, avocats, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue Joseph Stevens, 7 tdemeese@crowell.com ;

** * * *

En cette cause, prise en délibéré le 22 décembre 2014 le tribunal prononce le jugement suivant.

** * * *

Vu les pièces de procédure, notamment :

- Le jugement interlocutoire prononcé le 25 avril 2014 et les pièces de procédure y visées ;
- Les conclusions de la SABAM déposées au greffe le 27 juin 2014 ;
- Les conclusions de l'ETAT BELGE déposées au greffe le 29 août 2014 ;
- La requête 'acte de reprise d'instance' de la SA NETHYS déposé au greffe le 3 septembre 2014 ;
- Les conclusions de BRUTELE déposées au greffe le 12 septembre 2014 ;
- Les conclusions de la SA BELGACOM déposées au greffe le 12 septembre 2014 ;
- Les conclusions de la SA TELENET déposées au greffe le 12 septembre 2014 ;
- Les conclusions de la SABAM déposées au greffe le 3 octobre 2014 ;
- La requête 'afin d'obtenir de nouveaux délais pour conclure, fondée sur l'article 748, § 2 du Code judiciaire' déposée au greffe le 6 octobre 2014 ;
- Les conclusions additionnelles et de synthèse de l'ETAT BELGE déposées au greffe le 17 octobre 2014 ;
- Les conclusions de synthèse de BRUTELE et de la SA NETHYS déposées au greffe le 31 octobre 2014 ;
- Les conclusions de synthèse de la SA BELGACOM déposées au greffe le 31 octobre 2014 ;
- Les conclusions de synthèse de la SA TELENET déposées au greffe le 31 octobre 2014 ;
- Les conclusions 'du 14 novembre 2014' de la SABAM déposées au greffe le 14 novembre 2014 ;

- Les conclusions additionnelles et de synthèse 'du 2 décembre 2014' de l'ETAT BELGE déposées le 2 décembre 2014 ;
- Les secondes conclusions de synthèse de BRUTELE et la SA NETHYS déposées au greffe le 2 décembre 2014 ;
- Les secondes conclusions de synthèse de la SA BELGACOM déposées au greffe 2 décembre 2014 ;
- Les secondes conclusions de synthèse de la SA TELENET déposées au greffe le 2 décembre 2014 ;
- Les conclusions 'du 16 décembre 2014' de la SABAM déposées au greffe 16 décembre 2014 ;

Entendu en leurs plaidoiries les conseils des parties à l'audience publique précitée ;

** * * *

Observation préliminaire

1. Un double changement législatif est intervenu depuis le prononcé, le 25 avril 2014, du jugement interlocutoire tranchant divers problèmes procéduraux.

2. La loi relative au droit d'auteur et droits voisins est, depuis le 1^{er} janvier 2015, intégrée dans le Code de droit économique (article 32, § 2, al.1^{er} de la loi du 19 avril 2014 portant – notamment – sur l'insertion du livre XI 'propriété intellectuelle dans le Code de droit économique).

Ainsi (pour ne citer expressément que quelques dispositions légales, fondamentales pour le présent litige):

- l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et droits voisins (en abrégé LDA) est actuellement devenu l'article XI.165 du Code de droit économique,
- l'article 77 LDA, l'article XV.31.1 du Code de droit économique
- et l'article 77quinquies LDA, l'article XVII.21 du Code de droit économique.

Cette intégration ne modifie en rien le fond des dispositions légales applicables au présent litige.

Nous intégrons, dans le présent jugement, la nouvelle codification de ces lois. Cependant, pour la facilité, nous maintiendrons la référence à la 'LDA' dans le cadre de l'examen des moyens relatifs aux droits d'auteur.

3. La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société d'information est quant à elle devenue le livre XII du Code de droit économique, transposant la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique.

Contexte procédural

4. Les problèmes procéduraux afférents au litige ont été tranchés par le jugement prononcé le 25 avril 2014.

5. L'Etat belge, demandeur dans la présente action 'comme en référé' diligentée en application de l'article XVII.21 du Code de droit économique¹ sollicite :

- la condamnation de la Sabam à mettre fin à « la tarification illégale » des fournisseurs d'accès à internet, sous peine d'astreinte,
- la publication du présent jugement dans quatre quotidiens belges (deux néerlandophones et deux francophones), aux frais de la Sabam,
- la condamnation de la Sabam aux dépens, l'indemnité de procédure étant liquidée à son montant maximal (11.000 EUR),
- le tout par jugement exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution ni cantonnement.

6. Les parties intervenantes, Belgacom, Telenet, Brutele et Nethys (ces deux dernières agissant sous la dénomination collective 'Voo' – pour la facilité c'est cette dernière dénomination que nous retiendrons pour les désigner dans le présent jugement) demandent qu'il soit fait droit aux demandes formulées par l'Etat belge, avec condamnation de la Sabam aux dépens.

Belgacom et Voo demandent, à titre subsidiaire, qu'une (voire plusieurs) question(s) préjudicielle(s) soi(en)t posée(s) à la Cour de justice de l'Union européenne.

7. La Sabam conclut au non-fondement des demandes, avec condamnation de l'Etat belge aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à son montant maximal (11.000 EUR).

A titre subsidiaire, elle sollicite cependant que des questions préjudicielles soient posées à la Cour de justice de l'Union européenne.

Contexte factuel

8. La Sabam est une société de gestion de droits d'auteur qui a reçu l'autorisation d'exercer ses activités en application de la LDA.

9. Le Service de contrôle des sociétés de gestion des droits d'auteur, service faisant partie du SPF Economie, a pour mission légale (ancien article 76, § 1^{er} LDA) de veiller à l'application par les sociétés de gestion :

- de la loi sur les droits d'auteur (et ses arrêtés d'exécution),
- et de leurs statuts et règles de tarification, de perception et de répartition.

¹ L'ancien article 77quinquies, § 1^{er} LDA.

Dans l'hypothèse où le Service de contrôle est d'avis que la société de gestion a commis un manquement à la LDA, il entame contre elle une procédure d'avertissement en l'invitant à remédier au manquement, faute de quoi une sanction peut être prise à son encontre, dans le respect de la procédure organisée à l'ancien article 77, § 2 LDA.

10. Par courrier du 8 juillet 2011, la SABAM informe le Service de contrôle de sa décision de dresser un tarif applicable aux fournisseurs d'accès à internet (en abrégé 'FAI') (pièce 5 de la Sabam).

11. Le 9 novembre 2011, la Sabam adresse un courrier (largement similaire mais cependant pas identique) à Belgacom, Telenet, Brutele et Tecteo, en leur qualité de fournisseur d'accès à internet (pièces 12, 14, 16 et 17 déposées par la Sabam). Elle y précise sa position concernant la mise à disposition sur internet d'œuvres de son catalogue.

« (...) Le téléchargement, l'écoute et le visionnage massifs d'œuvres musicales audiovisuelles, graphiques, plastiques et littéraires appartenant au répertoire de la Sabam sur les réseaux Internet est une réalité que nul ne peut ignorer. Certains fournisseurs d'accès font même de l'attrait de leurs clients pour les contenus protégés, un produit d'appel pour la promotion de la vente d'abonnements à Internet à très haut débit. Des revenus substantiels sont retirés de ces abonnements.

Cette communication au public et cette mise à disposition du répertoire de la Sabam (opérée par les fournisseurs d'accès) se fait actuellement sans l'autorisation des auteurs et, par voie de conséquence, sans aucune forme de rémunération pour ceux-ci. (...).

La Sabam a donc décidé de ne plus tolérer cette exploitation de son répertoire sur Internet sans autorisation ; cette exploitation porte gravement préjudice aux intérêts des membres dont elle est en charge.

L'octroi de l'autorisation requise en droit d'auteur pour les actes accomplis par les fournisseurs d'accès, consistant dans la transmission et la mise à disposition du public d'œuvres de son répertoire, s'effectuera selon les conditions suivantes :

- 3,4% sur le prix annuel d'abonnement payé par les internautes aux fournisseurs d'accès.

Ce pourcentage est en ligne avec les conditions de rémunération que la Sabam réclame auprès des distributeurs (par câble, satellite ou ADSL), dont l'activité économique est comparable avec celle des fournisseurs d'accès. De manière plus générale, il s'inscrit dans la moyenne des taux appliqués à des activités similaires (on line, radiodiffusion, distribution-concerts, VOD), la pratique du pourcentage sur le chiffre d'affaires étant elle-même une pratique courante dans ces domaines.

Conformément aux obligations de la Sabam en matière de gestion collective, cette proposition de tarif a été soumise, le 8 juillet 2011, au service contrôle du SPF Economie et ensuite entérinée par le Conseil d'administration de la Sabam lors de sa séance du 6 septembre 2011. (...). ».

12. Par courrier du 9 décembre 2011, le Service de contrôle expose les motifs pour lesquels il estime que la Sabam ne peut pas dresser de tarif applicable aux FAI, et lui demande de mettre un terme à cette initiative (pièce 2 de l'Etat belge).

Le tarif est cependant dressé et la Sabam prend contact avec les FAI en vue de son application effective.

Un échange de correspondance s'installe entre parties, la Sabam n'étant pas d'accord sur le principe même du contrôle effectué, ni sur le fait d'une audition organisée en application de l'ancien article 77, § 1^{er} LDA.

Une audition est fixée au 15 mai 2012, à laquelle la Sabam refuse de participer, pour les motifs exposés dans son courrier du 11 mai 2012 (pièce 7 de l'Etat belge).

13. Par courrier du 20 août 2012, le Service de contrôle notifie à la Sabam un constat de manquement à la LDA. Il y précise que ledit manquement consiste en l'imposition d'un tarif à l'activité de base des 'FAI' visés à l'article 12 de la Directive 2000/31 alors que pareille activité ne peut pas être considérée comme la réalisation d'une exploitation de droit d'auteur au sens de l'article 1^{er} DLA.

Le Service de contrôle prie la Sabam de remédier à ce manquement pour le 31 octobre 2012. Le courrier précise qu'à défaut d'y avoir remédié, le Service de contrôle en avisera le ministre compétent qui pourra soit faire application de l'ancien article 77quinquies LDA, soit prendre une sanction administrative comme prévu par les anciens articles 67 et 77quater LDA (pièce 4 déposée par la Sabam).

14. Par citation 'comme en référé' signifiée le 16 octobre 2013, l'Etat belge diligente la présente procédure en cessation, procédure menée 'comme en référé'².

Il s'agit de la présente procédure.

15. Cependant dans l'entremise, diverses procédures ont été entamées :

a) Par requête en comparution volontaire déposée le 7 mars 2013, une procédure au fond est diligentée devant la 16ème chambre du Tribunal de première instance de Bruxelles (chambre à trois juges).

Le litige oppose la SABAM à différents FAI (Belgacom, Telenet, Tecteo, Brutele).

Dans le cadre de cette procédure, la SABAM demande notamment de :

« Constater qu'en transmettant sur internet, à l'intention de leurs abonnés, des œuvres du répertoire de la SABAM, fournies ou recherchées par leurs abonnés, et en mettant à la disposition du public via internet des œuvres du répertoire de la SABAM, choisies ou recherchées par leurs abonnés, de manière que chacun puisse avoir accès

² L'ancien article 77quinquies, §1^{er}, 1° LDA.

à l'œuvre de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, les défenderesses communiquent lesdites œuvres au public au sens de l'article 1^{er} LDA,

Constater que les défenderesses doivent dès lors obtenir l'autorisation de la SABAM pour les actes de communication au public visés au point (1) et doivent se conformer aux conditions financières indiquées par la SABAM en échange de son autorisation,

Déclarer en conséquence que chacune des défenderesses doit payer à la SABAM un montant correspondant à 3,4% du chiffre d'affaires annuel généré par les abonnements d'accès à internet, à compter de l'année 2011. (...) ».

La cause est au rôle.

- b) Par citation du 14 septembre 2013, la SABAM diligente une action au fond devant le tribunal de première instance de Bruxelles. L'action est diligentée à l'encontre de l'Etat belge uniquement.

Elle demande qu'il soit dit pour droit qu'elle n'a commis aucun manquement à la loi en invitant les FAI à la rémunérer sur base du tarif qu'elle a fixé.

Par arrêt prononcé le 12 septembre 2014, la Cour d'appel de Bruxelles décide que la demande originaire est irrecevable à défaut pour la Sabam de présenter l'intérêt requis par l'article 18, al.2 du Code judiciaire.

Appréciation

Position de la problématique

16. La position juridique adoptée par la Sabam est née de son constat selon lequel de multiples actes posés sur internet consistent en de la communication au public d'œuvres de son répertoire.

La Sabam précise marquer son accord à ces communications au public mais contre paiement des droits d'auteur, dans le respect de la LDA.

17. La Sabam indique que ces communications sur internet consistent :

- d'une part en des communications effectuées au départ des internautes ou au départ de fournisseurs de contenus du type iTunes, Spotify, Deezer, YouTube, Netflix, ... (ses conclusions, n° 29),
- mais d'autre part en des communications mettant en cause les FAI, « qui interviennent après d'autres opérateurs » (ses conclusions, n° 29).

Elle en déduit qu'il y a, en réalité, des communications au public successives, lesquelles tombent toutes sous le champ d'application de la LDA (voir conclusions de la Sabam, notamment n° 29, p.22 ; n° 59, p. 40-41).

Le litige porte sur les communications au public qui, à l'estime de la Sabam, mettent en cause les FAI. Le tarif établi par la Sabam inclut dès lors les FAI.

18. La position défendue par la Sabam prend place dans le contexte plus global de la nécessité pour elle de s'adapter aux technologies nouvelles, de manière à percevoir les droits d'auteur dus.

Les percevoir auprès des FAI présente une facilité technique indéniable, et évite de devoir se diriger vers tout un chacun qui mettrait des œuvres en ligne sans avoir obtenu son accord et/ou payer les droit d'auteur dus.

La facilité technique ne l'emporte cependant pas à tout prix.

Pour réclamer le paiement de droits d'auteur, l'acte litigieux doit consister en une 'communication au public' au sens de l'article XI.165 du Code de droit économique³.

19. Il est utile de préciser, dès à présent, que l'existence d'une communication 'originale' au public, au sens de la LDA, effectuée au départ des internautes ou des fournisseurs de contenus (cfr supra n° 16, § 3, 1^{er} tiret) est incontestée.

Nous qualifions cette communication au public de communication 'originale' étant donné qu'elle précède, chronologiquement, celle(s) qui serai(en)t (puisque telle est la thèse de la Sabam – contestée par l'Etat belge et les FAI) effectuée(s) par les FAI.

20. Il est par ailleurs incontesté que la Sabam a, au fil du temps, conclu des contrats relatifs à la perception de droits d'auteur avec divers fournisseurs de contenus concernant cette communication au public originale.

La Sabam ne dépose cependant aucun de ces contrats (ce qui lui est reproché par les FAI), exposant qu'ils sont de nature confidentielle.

Si les modalités économiques de ces contrats sont évidemment d'ordre confidentiel, rien n'indique cependant qu'il en va de même en ce qui concerne la nature des actes visés contractuellement.

21. La Sabam ne conteste par ailleurs pas que même dans sa thèse les FAI ne sélectionnent pas les œuvres qu'ils communique(raie)nt au public, (conclusions de la Sabam, n° 29).

³ L'ancien article 1^{er} LDA.

Aspects techniques de l'internet et du rôle joué par les fournisseurs d'accès à internet

22. Il importe de cerner au mieux les prestations techniques accomplies par les FAI visés par la Sabam de manière à permettre, dans une phase ultérieure du raisonnement, de décider si le concept de 'communication au public' tel qu'il est entendu par l'article 1^{er} LDA s'applique ou non aux actes visés pour la Sabam.

23. Nous relevons à cet égard que :

- Le tarif dressé par la Sabam s'adresse, de manière générale, aux FAI et non pas uniquement aux FAI faisant intervention dans la présente procédure.

En page 12 de ses conclusions, la Sabam précise que Belgacom, Telenet et Voo représentent environ 90% du marché belge de la fourniture d'accès à internet et de la transmission d'information sur internet. Cela implique nécessairement que d'autres FAI sont actifs sur le marché belge pour le solde de 10 %.

Par voie de conséquence, il nous appartient de prendre en considération une situation globale (visant tout FAI) et non uniquement les caractéristiques propres aux FAI intervenant à la présente action.

- Les parties présentent chacune leur vision du rôle joué par les FAI, cette vision étant sensiblement différente,
- Elles ne déposent aucune étude technique cristallisant le rôle des FAI visés par le tarif de la Sabam, ce qui aurait pu être utile.

Il n'y a cependant pas lieu que nous ordonnions la tenue d'une expertise à cet égard (de manière à disposer d'un minimum de renseignements techniques provenant d'une source impartiale) étant donné que nous envisagerons les différentes possibilités qui se présentent au regard des éléments factuels visés par les parties.

24. L'internet est, selon l'acception commune⁴, « un réseau télématique international, qui résulte de l'interconnexion des ordinateurs du monde entier utilisant un protocole commun d'échanges de données (...) afin de dialoguer entre eux via les lignes de télécommunication (lignes téléphoniques, liaisons numériques, câbles). L'accès au réseau est ouvert à tout utilisateur, dit 'internaute' ayant obtenu une adresse auprès de l'organisme accrédité (fournisseur d'accès à internet).

Le réseau internet fonctionne de façon décentralisée, sans dépendre d'une administration ou d'un ordinateur central. (...) il interconnecte aujourd'hui tous les ordinateurs de la planète. (...).

Pour se raccorder à internet, le particulier doit équiper son ordinateur d'un modem⁵, puis ouvrir un compte auprès d'un fournisseur d'accès (le 'provider'), qui lui fournira un

⁴ www.larousse.fr/encyclopédie, v° internet.

⁵ La technologie a depuis lors évolué. Cette évolution technique reste cependant sans incidence sur l'objet du litige.

identifiant personnel. L'ordinateur de l'abonné est ainsi mis en contact avec l'ensemble des autres ordinateurs connectés à Internet ».

L'on distingue trois niveaux physiques dans l'internet : « les équipements d'extrémité (PC, serveurs, ...) situés chez le particulier ou dans l'entreprise, le réseau d'accès (boucle locale, répartiteurs, ...) qui connecte le particulier et l'entreprise au réseau de transport des données et le réseau cœur (routeurs, liaisons très haut débit, ...) qui a en charge l'acheminement des données vers leur destination »⁶.

25. Le litige prend place dans un contexte où tout internaute peut injecter du contenu sur internet, en ce compris les œuvres faisant partie du catalogue de la Sabam :

« La deuxième génération de l'internet, dite Web 2.0 ou Web social, est apparue à partir de 2006, et a eu pour effet de donner une place aux internautes eux-mêmes, en leur permettant d'interagir sur les sites web. Ils peuvent exprimer leur opinion, réagir, et créer eux-mêmes de l'information, souvent personnelle, diffusée au public. En outre, le Web 2.0 permet aux internautes de lier des liens entre eux et de créer des réseaux sociaux (...) Le Web 2.0 permet aussi de diffuser une plus grande information par la contribution de tous et le partage des données. Les sites contributifs ou participatifs, tels Wikipédia, YouTube, Dailymotion, en sont les exemples les plus connus. Les internautes postent des contenus, comme des vidéos, sur des espaces dédiés à cet effet. Le respect du droit d'auteur n'est alors pas garanti et pose à l'heure actuelle les questions de responsabilité les plus complexes (...) »⁷.

26. L'organisation d'internet est subdivisée en quatre niveaux :

«

- *Les services (messagerie, web, transfert de fichiers, téléphonie, etc) et les protocoles associés,*
- *Le client et ses outils (programmes clients ou logiciel de développement permettant d'utiliser les services),*
- *Les FAI (Fournisseurs d'Accès Internet) ou ISP (Internet Services Provider) qui collectent les données des clients pour les faire accéder à internet,*
- *Et enfin les opérateurs de réseau, c'est-à-dire l'opérateur de transport qui se charge d'acheminer les données vers leur destination et l'opérateur de câblage qui construit et maintient les infrastructures physiques exploitées par les opérateurs de transport. Certaines sociétés (...) sont à la fois opérateur de transport et de câblage. »⁸.*

Pour actualisation : le « service d'accès est assuré grâce à divers moyens de télécommunications : soit filiaire (réseau téléphonique à bas débit, ADSL ou DSL, câble coaxial, fibre optique, courant électrique porteur CPL) soit sans fil (Wi-Fi, Wimax, internet par satellite, 3G+ ...) » – C. Castets-Renard, Droit de l'internet : droit français et européen, Montchrestien – Lextenso éditions, France, 2012, n° 1.

⁶ S. Lohier et A. Quidelleur, Le réseau internet : des services aux infrastructures, Dunod, Paris, 2010, p. 10.

⁷ C. Castets-Renard, Droit de l'internet : droit français et européen, Montchrestien – Lextenso éditions, France, 2012, n° 3.

⁸ S. Lohier et A. Quidelleur, op cit, p. 10.

27. S. Lohier et A. Quidelleur présentent comme suit le rôle généralement imparti aux FAI :

« (...) Les données issues de la boucle locale sont collectées par les FAI qui (...) fournit :

- Des services de connexion utilisant les réseaux d'opérateurs de télécommunication (connexion RTC, RNIS, ADSL, câble, fibre optique, WiMax),
- Des adresses IP aux particuliers ou PME/PMI qui ne peuvent obtenir directement d'adresse auprès de l'IANA,
- Des services tels que la messagerie, la connexion aux serveurs web, FTP, l'hébergement de pages web, ... »⁹.

28. Il est incontesté que pour procéder à la transmission du message sur internet, il est procédé par 'commutation de paquets'.

Il s'agit là du « procédé par lequel les messages sont découpés en plusieurs paquets, envoyés indépendamment et réassemblés à la réception. (Ce mode de transmission diffère de la commutation par circuit, utilisée pour le téléphone) »¹⁰.

29. La Sabam précise que le FAI attribue une adresse IP aux internautes afin que l'ordinateur de l'abonné puisse se connecter au réseau Internet.

Elle ajoute cependant que le rôle des FAI ne s'arrête pas là et « qu'ils assurent ensuite la mise en ligne et la transmission des signaux qui véhiculent les informations » (conclusions Sabam point 83) :

- « dans le cadre du trafic ascendant (opération par laquelle l'œuvre est transmise de l'ordinateur/du serveur de l'abonné au serveur du FAI) c'est-à-dire la mise en ligne de l'œuvre ou sa mise à disposition du public » (conclusions Sabam, point 84),
- « dans le cadre du trafic descendant (opération par laquelle l'œuvre est transmise du serveur du FAI vers l'ordinateur de l'abonné qui a recherché l'œuvre), c'est à dire la communication de l'œuvre au public ciblé par le FAI » (conclusions Sabam, point 85).

Elle en conclut que « que ce soit dans le cadre du trafic ascendant ou descendant, les FAI effectuent des mises en ligne et des transmissions de données, qui correspondent à des mises à disposition du public et/ou des communications au public – le public étant le public des abonnés de chaque FAI » (conclusions Sabam, point 85, p. 55, § 1^{er}).

Elle précise par ailleurs que les FAI intervenant à la présente action (Belgacom, Telenet, Voo) « sont à la fois fournisseurs d'accès à internet et des opérateurs de transport » (conclusions Sabam, point 89, p. 90, § 1^{er}).

30. L'Etat belge précise que les FAI se limitent à jouer un rôle technique et passif dans le fonctionnement d'internet et que la construction mise sur pied par la Sabam est purement artificielle (ses conclusions, p. 30).

⁹ S. Lohier et A. Quidelleur, op cit, p. 11.

¹⁰ www.larousse.fr/encyclopédie, v^o internet.

Belgacom ajoute que les FAI sont des purs transporteurs (conclusions Belgacom, point 47).

Belgacom détaille comme suit le rôle pris en charge par les FAI :

« En qualité d'intermédiaires techniques, ils endossent un rôle neutre et passif au regard du contenu transporté, lequel est déterminé par leurs abonnés ou d'autres utilisateurs du réseau. (...)

Les FAI acheminent des paquets d'informations (quelles que soient les informations contenues dans ces paquets) d'une adresse IP (celle de l'émetteur initial) à une autre adresse IP (celle du destinataire). Ils ne transportent donc pas des signaux mais des paquets d'informations. Dans le monde Internet, il n'est question que de bande passante (ou 'autoroute') nécessaire à acheminer les paquets d'informations, que le trafic soit ascendant ou descendant.

Par contre, c'est à juste titre la Sabam indique que plusieurs opérateurs assurent successivement le transport des paquets via leur bande passante. En effet, en cas de transport vers l'étranger, l'infrastructure du FAI belge achemine l'information jusqu'à un opérateur de transit (ou point de 'peering') situé, par exemple à Bruxelles. De là, différents transporteurs ('carriers') sont susceptibles de prendre le relais, en fonction de la destination géographique de l'adresse IP de destination – chaque 'carrier' couvrant des zones géographiques distinctes (ou 'footprint'), comme l'Europe ou les Etats-Unis par exemple. Le carrier acheminera l'information jusqu'au point de peering du FAI de l'abonné destinataire du paquet d'informations. Lorsque le trafic est purement local, c'est-à-dire d'une adresse IP belge (émission) à une autre adresse IP belge (destination), des accords de peering direct sont conclus entre les FAI actifs sur le marché belge. » (conclusions de Belgacom, point 47).

31. Il est résulté des explications données lors de l'audience du 22 décembre 2014 que les FAI visées par la Sabam :

- effectuent les prestations techniques nécessaires pour permettre à leurs abonnés d'accéder à internet (service de type 'porte d'entrée'),
- effectuent également les prestations techniques nécessaires pour l'acheminement des signaux/paquets d'informations (selon la terminologie utilisée par l'un ou par l'autre) sur le réseau internet.

Il faut donc avoir à l'esprit que le vocable 'fournisseur d'accès à internet' ou, en abrégé, 'FAI', ne se réfère que de manière incomplète aux activités effectivement prestées par les FAI.

32. Les FAI faisant intervention à la présente procédure disposent toutes de leurs propres infrastructures de réseau (réseau de téléphonie pour Belgacom ; réseau câblé pour Telenet et Voo).

Les FAI visés par la Sabam

33. Tout qui possède une connexion à internet est susceptible de fournir un accès à internet (un particulier, les entreprises, bibliothèques, universités, administrations, hôtels, restaurants, cafés et autres services d'accueil du public)¹¹.

Cependant, la notion de fournisseur d'accès à internet visée par la Sabam n'est pas aussi étendue (cfr supra n° 29).

La Sabam entend en réalité viser « *les prestataires techniques (qui) exercent une activité commerciale principale proposant des services de communications électroniques à des abonnés* »¹².

34. La chaîne de transmission impliquant la transmission d'une information sur internet peut impliquer l'activité de FAI étrangers.

Les FAI visés par le tarif de la Sabam sont cependant exclusivement les FAI belges, c'est-à-dire « *l'opérateur local de l'abonné ciblé* » (conclusions de la Sabam, p. 54), à l'exclusion de tout « *opérateur de transport de transit* » qui « *se contentent (...) de participer au 'relais' et de transmettre l'œuvre soit à un autre opérateur de transit soit au FAI qui, en bout de course, réalisera la transmission à son abonné (et c'est donc ce FAI qui, en bout de course, réalise une communication à un nouveau public – le sien propre)* » (conclusions de la Sabam, p. 54).

35. Les parties se sont également entendues pour déclarer, à l'audience du 22 décembre 2014, qu'il est largement possible que le transfert de données fasse participer deux FAI belges, à savoir le FAI de l'utilisateur d'internet injectant les données sur internet et le FAI de l'utilisateur d'internet souhaitant accéder auxdites données.

La Sabam expose que dans pareil contexte, une double 'communication au public' a lieu : une première entre le fournisseur d'informations (mise en ligne d'informations) et son FAI et une deuxième entre le FAI de l'utilisateur recherchant les informations et ledit usager.

Notion de 'communication au public'

36. Les FAI ne sont redevables de droits d'auteur que pour autant que leurs activités puissent être qualifiées de 'communication (d'un œuvre) au public'.

37. En droit belge, la notion de 'communication au public' est issue de l'article XI.165 du Code de droit économique¹³, lequel précise : « *L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque, y*

¹¹ W. Duhén, La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, n°622.

¹² W. Duhén, op cit, n°622.

¹³ L'ancien article 1^{er} LDA.

compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

38. La notion de 'communication au public' est cependant la résultante de divers instruments internationaux relatifs au droit d'auteur.

Ainsi, il y a notamment lieu de tenir compte de :

- La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, dont notamment son article 11.1.2°:

« Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 2) la transmission publique par tout moyen de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres. »,

- Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, article 8 :

« Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter,1)2°, 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. ».

- La directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information,

- considérant 23

« Le droit d'auteur de communication au public (...) doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte. ».

- article 3, § 1^{er}

« Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. ».

39. Le traité OMPI constitue une convention particulière, tenant compte de l'évolution technologique, relative aux règles adoptées par la convention de Berlin. Les règles adoptées par la Convention de Berlin restent un fondement du traité OMPI (voir article 1^{er} du traité).

La directive 2001/29 intègre les règles nouvelles dressées par le traité OPMPI (voir considérant 15).

La LDA contient la transposition, en droit belge, de la directive 2001/29.

40. Lorsqu'une œuvre protégée par le droit d'auteur fait l'objet d'utilisations multiples, chaque transmission ou retransmission doit, en principe, être individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en question.

41. La Cour de justice européenne a d'ores et déjà été appelée, à diverses reprises, à préciser la notion de 'communication au public' telle qu'entendue par l'article 3 de la directive 2001/29.

Elle a ainsi mis en exergue les éléments fondamentaux permettant de qualifier un acte de 'communication au public' :

- *« il y a lieu de relever que la directive 2001/29 a pour objectif principal d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public. Il s'ensuit que la notion de «communication au public», figurant à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, doit être entendue au sens large, ainsi que l'énonce d'ailleurs explicitement le considérant 23 de cette même directive »* (CJUE, arrêt, 27 février 2014, C-351/12, point 23, avec référence à CJUE 7 mars 2013, ITV Broadcasting e.a., C⁶⁰⁷/11, point 20 ainsi que jurisprudence citée),
- la notion de communication vise *« toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés »* (CJUE, arrêt, 27 février 2014, C-351/12, point 23, avec référence à CJUE 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C⁴⁰³/08 et C⁴²⁹/08, point 193),

ou, en d'autres termes, *« pour qu'il y ait 'acte de communication', il suffit, notamment, qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité »* (CJUE, arrêt, 13 février 2014, Nils Svensson, point 19, avec référence à CJUE, arrêt, 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, point 43).
- la notion de public vise *« un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important »* (CJUE, arrêt, 27 février 2014, C-351/12, point 23, avec référence à CJUE 7 mars 2013, ITV Broadcasting e.a., C⁶⁰⁷/11, point 32),
- *« pour être qualifiée de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, une œuvre protégée doit être communiquée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public »* (CJUE, ordonnance, 21 octobre 2014, C-348/13, point 14, avec

référence à CJUE, arrêt SGAE, C-306/05, points 40 et 42 ; ordonnance Organismos Silligikis Diacheirisis Dimiougou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09, point 38 ainsi que l'arrêt ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU :C : 2013 : 147, point 39),

- l'article 3, § 1^{er} de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information « *ne saurait être entendu comme permettant aux Etats membres de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition* » (CJUE, arrêt, 13 février 2014, C-466/12, Nils Svensson, point 37).

Les FAI visés par la Sabam effectuent-ils une 'communication au public' ?

42. La Sabam vise les activités des FAI en ce qu'ils effectuent des mises en ligne et des transmissions de données.

Leurs activités en tant que 'porte d'entrée' technique vers internet, par la délivrance d'une adresse IP, n'est pas visée par le tarif litigieux.

43. Le tarif dressé par la Sabam vise, de manière générale, l'ensemble des FAI belges, et non pas uniquement Belgacom, Telenet et Voo (qui sont propriétaires de leur propres infrastructures et, selon la Sabam, effectuent des opérations de transport numérique).

Aucune précision ne nous est apportée concernant le rôle technique joué par les FAI gérant les quelques 10% de trafic internet non visé par Belgacom, Telenet et Voo.

Il nous faut dès lors envisager deux cas de figure possibles :

- soit le rôle effectif des FAI se limite à une simple fourniture d'installations destinées à réaliser ou à permettre une communication,
- soit leur rôle dépasse cette simple fourniture.

Hypothèse 1 : la simple fourniture d'installations

44. Dans l'hypothèse où le rôle des FAI se limite à une simple fourniture d'installations destinées à réaliser ou à permettre une communication, comme le soutiennent Belgacom, Telenet et Voo, les actes qu'ils posent sont expressément visés par :

- la déclaration commune relative à l'article 8 Traité OMPI

« Il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne. ».

- et le considérant 27 de la directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur

« La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive. ».

Ces précisions, si elles ne sont pas reprises en tant que telles dans le texte du Traité de l'OPMI ou dans la directive 2001/29, servent cependant de guide explicite pour interpréter la notion de 'communication au public'.

45. Par voie de conséquence, ces actes ne consistent pas en des 'communications au public' donnant lieu au paiement de droits d'auteur.

Hypothèse 2 : le rôle des FAI dépasse la simple fourniture d'installation

46. La Sabam considère que les FAI effectuent une communication au public :

- tant dans le cadre du trafic ascendant – il s'agit de l'opération par laquelle l'œuvre est transmise de l'ordinateur/du serveur de l'abonné au FAI,
- que dans le cadre du trafic descendant – il s'agit de l'opération par laquelle l'œuvre est transmise du FAI vers l'ordinateur de l'abonné qui a recherché l'œuvre (cfr supra n° 27).

Elle estime qu'un même FAI peut effectuer la double opération, tout comme il peut n'en effectuer qu'une seule.

Dans tous les cas de figure, il s'agit, selon la Sabam, d'une ou plusieurs communication(s) au public qui s'additionne(nt) à la communication au public 'originale' réalisée par le fournisseur de contenu (internaute particulier ou fournisseur de contenus).

47. La communication au public 'originale' est destinée :

- soit à l'ensemble de la communauté internet (mise en ligne accessible à tout un chacun, gratuitement) ; tel était le cas de figure dans la cause Svensson (CJUE, arrêt, 13 février 2014),
- soit à une portion de la communauté internet dans l'hypothèse où l'accès aux œuvres mises en ligne est limité (accès à l'œuvre lié au paiement d'un montant par œuvre communiquée, au paiement d'un abonnement, ou par tout autre mécanisme).

Cette communication originale n'est pas identique à la communication que la Sabam vise dans l'hypothèse du trafic ascendant. Pourquoi sinon préciser expressément que les communications effectuées par les FAI s'ajoutent à la communication originale initiée par le fournisseur de contenus ?

La notion de communication au public doit nécessairement conserver un lien avec la volonté du fournisseur de contenus, sauf à constituer une considération désincarnée de la réalité.

En l'espèce, la communication originale est effectuée à destination de la communauté internet : soit en son ensemble s'il s'agit d'une mise à disposition libre de toute condition, soit à une portion de la communauté internet si l'accès au contenu est conditionné.

Les œuvres sont injectées sur internet (communication 'originale') dans le but que d'autres internautes puissent y avoir accès. Il s'agit là précisément d'une des caractéristiques fondamentales du Web 2.0. Il ne s'agit pas d'une communication effectuée à destination du FAI du fournisseur de contenu.

La Sabam affirme que la réalité des choses n'est pas celle-là, et qu'au moment où elle détermine les droits d'auteur à percevoir sur la communication originale, elle n'est pas en mesure de prendre en considération le public final, c'est-à-dire celui qui, *in fine*, sera touché par les FAI.

Il s'agit là d'une affirmation purement unilatérale de sa part, qui est par ailleurs particulièrement peu plausible. Il y a lieu, pour la Sabam, de considérer, dès le départ, quel est le public visé par la communication originale, de manière à faire coïncider la perception des droits d'auteur sur cette communication avec l'intention de son émetteur (internaute/fournisseur de contenus).

La Sabam ne peut se retrancher derrière sa propre (et seule) volonté de limiter l'étendue du public touché par la communication originale, pour ensuite considérer qu'il y a une deuxième communication.

Quand bien même la communication originale est à destination de l'ensemble de la communauté internet, divers cas peuvent se présenter impliquant une deuxième communication publique au sens de la LDA. Le tout est de vérifier si tel est le cas dans les hypothèses visées actuellement par la Sabam.

48. Dans l'hypothèse où l'on considérerait que outre la communication originale, il y a acte de communication par l'internaute au FAI parce que mise à disposition technique du contenu au FAI dans le cadre du trafic ascendant tel que décrit par la Sabam :

Dans ce cas, le FAI de l'internaute ou du fournisseur de contenus est le seul et l'unique destinataire de la deuxième communication envisagée par la Sabam.

Il n'y a, en réalité, pas de communication au public dans ce cas de figure mais uniquement au FAI de l'internaute/fournisseur de contenu. Le FAI en question ne répond pas à la notion de public retenue en droit d'auteur (le public vise « *un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important* »).

L'intervention du FAI est indispensable pour permettre la réalisation de la communication originaire.

A ce stade, il n'y a dès lors pas de communication 'au public'.

49. Dans l'hypothèse où l'on considérerait quand même que outre la communication originaire, il y a acte de communication par le FAI à ses abonnés dans le cadre du trafic descendant visé par la Sabam :

Dans ce cas, les abonnés du FAI font partie intégrante du public visé par la communication originaire, à savoir la communauté internet (cfr supra n° 47). Il n'y a pas de communication publique distincte : en mettant le contenu à disposition de ses abonnés, le FAI réalise en réalité la communication publique originaire.

Si l'internaute/fournisseur de contenu originaire décide de limiter sa communication publique à une portion des internautes, l'intervention des FAI ne permettra pas que cette diffusion soit plus large que celle décidée originairement.

Si diffusion plus large il devait y avoir, avec éventuellement nouvelle communication au public, elle serait le fait d'un tiers, autre que le FAI.

50. La double opération (les opérations étant prises en leur ensemble ou séparément) visée par la Sabam (trafic ascendant et trafic descendant) ne se confond pas avec :

- le cas de figure où l'hôtelier (tel que visé par l'arrêt CJUE, SGAE du 7 décembre 2006), destinataire d'une communication 'originaire' par voie de câblodistribution par exemple, transmet à son tour, de manière autonome, l'œuvre à un public distinct et supplémentaire par rapport à celui visé par l'acte de communication d'origine,
- la mise en place d'un bouquet satellitaire pour la transmission directe de programmes télévisés (tel que visé par l'arrêt CJUE, Airfield du 13 octobre 2011) en ce que « *le fournisseur de bouquet satellitaire ne rend pas possible l'accès, par ses abonnés, à la communication réalisée par un seul organisme de radiodiffusion, mais regroupe plusieurs communications émanant de différents organismes de radiodiffusion dans le nouveau produit audiovisuel, le fournisseur de bouquet satellitaire décidant de la composition du bouquet ainsi créé* » (arrêt précité, n° 81 – souligné par le tribunal),
- le cas de figure tranché en la cause Aereo (Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt prononcé le 25 juin 2014), le mécanisme technique mis en place a également mené à produire un nouveau produit audiovisuel.

51. Lorsqu'il y a injection d'œuvres sur internet, il y a transmission/mise à disposition qui s'effectue par l'intermédiaire des installations techniques appartenant aux FAI, ou (pour rencontrer d'autres situations que celle de Belgacom, Télénet et Voo) sur lesquelles ils auraient un droit d'usage, au sens le plus large du terme.

Cependant, le rôle des FAI est purement technique : ils disposent d'un réseau de communication qui, relié au réseau de communication d'autres FAI, permet, à l'aide de moyens techniques, l'accès et la circulation d'informations sous forme numérique.

Ils mettent ce réseau à disposition des internautes, ce qui permet aux fournisseurs de contenus d'injecter du contenu sur internet (dont des œuvres faisant partie du répertoire de la Sabam) et aux internautes intéressés d'accéder audit contenu (en ce compris les œuvres du répertoire de la Sabam).

Le rôle des FAI est nécessairement actif pour ce qui concerne la mise sur pied, l'exploitation et l'accès à leur réseau de communication.

Le caractère actif de leur rôle peut avoir des répercussions d'importance sur la bonne circulation du contenu injecté sur internet. Peuvent être évoqués à ce propos les problèmes relatifs à la '*neutralité du net*' pour reprendre l'expression technique utilisée pour notamment viser le fait que les FAI sont techniquement capables :

- dans certaines circonstances, de bloquer du contenu,
- de ralentir ou accélérer les flux de données,
- ou de donner la priorité à certains contenus transitant par leur réseau, moyennant paiement.

Ces problématiques restent cependant également purement techniques, liées à l'exploitation, au sens strict du terme, du réseau de communication.

Les FAI ne sont pas des 'organes' de la communication (émetteur – récepteur) mais sont des intermédiaires indispensables au fonctionnement d'internet, lequel constitue le moyen de communication choisi par les internautes pour communiquer entre eux. Sans l'intervention des FAI, la communication originaire ne peut être réalisée.

52. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ores et déjà pointé le fait que les FAI sont des intermédiaires dans le cadre d'une transmission sur internet d'œuvres tombant sous la LDA :

« (...) vu que le fournisseur d'accès à Internet est un acteur obligé de toute transmission sur Internet d'une contrefaçon entre l'un de ses clients et un tiers, puisque, en octroyant l'accès au réseau, il rend possible cette transmission (...) il y a lieu de considérer qu'un fournisseur d'accès à Internet (...) qui permet à ses clients d'accéder à des objets protégés mis à la disposition du public sur Internet par un tiers, est un intermédiaire dont les services sont utilisés pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin au sens de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 » (CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel, C-314/12, n° 32).

La Cour de justice s'est prononcée dans le cadre d'une demande dirigée à l'encontre d'un FAI en sa qualité 'd'intermédiaire', le litige portant sur la question relative à la nature des mesures qui peuvent lui être imposées au regard (notamment) de l'article 8, al. 3 de la directive 2001/29 (« *Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont*

les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin »).

La Cour de justice arrive à la conclusion, dans son arrêt UCP Telekabel, que des mesures peuvent être prononcées contre pareil intermédiaire pour faire cesser une contrefaçon effectuée en violation des droits d'auteur.

L'arrêt UPC Telekabel mettait en cause un FAI « *donnant accès à ses clients aux contenus mis en ligne (...)* » (CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel, C-314/12, n° 14).

Les activités du FAI en cause dans l'arrêt UPC Telekabel étaient dès lors si pas identiques, à tout le moins semblables à celles visées par le tarif dressé par la Sabam.

Force est cependant de constater que l'objet du litige dont nous sommes saisi est d'un autre ordre que celui soumis à la Cour dans la cause UPC Telekabel.

En l'espèce, il est demandé que les FAI payent les droits d'auteur, ce qui constitue une demande d'une nature totalement différente :

- non seulement de l'objet du litige soumis à la Cour de justice en la cause UPC Telekabel,
- mais également des sanctions visées à l'article 8.2 de la directive 2001/29 ; cette dernière disposition prévoyant que le bénéficiaire de droits d'auteur doit pouvoir, en cas de contrefaçon, solliciter des dommages et intérêts et/ou des mesures ayant pour effet « *d'empêcher ou au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle* » (CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel, C-314/12, n° 64).

La Sabam précise, dans le cadre du présent litige, qu'il n'y a pas de contrefaçon, puisqu'elle autorise la communication mais qu'elle demande que cette communication se fasse dans le respect de la LDA et dès lors moyennant paiement des droits d'auteur.

Si la conclusion finale prise dans l'arrêt Telekabel sort du cas de figure dont nous avons à trancher, l'analyse que la CJUE fait de la nature des actes posés par le FAI reste pertinente pour le cas dont nous avons à trancher.

53. Au vu des considérations qui précèdent, il n'y a pas lieu de poser de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

54. La Sabam ne démontre pas qu'outre la double opération qu'elle vise, les FAI poseraient d'autres actes qui pourraient être qualifiés de communication au public.

La Sabam pointe le fait que les FAI proposent des vitesses et des volumes de transmission de plus en plus appréciables ainsi que des offres 'internet partout', outre le fait que

certaines concluent des accords de partenariat avec des fournisseurs d'œuvres musicales ou de programmes musicaux thématiques (ses conclusions, p. 34-35).

La Sabam ne démontre pas que les contrats de partenariat auxquels elle se réfère ont pour conséquence que des œuvres sont communiquées au public par les FAI.

Pour le surplus, ces considérations restent sans incidence sur notre raisonnement.

Action en cessation

55. L'article XVII.21 du Code de droit économique permet à l'Etat belge, agissant en tant qu'autorité de contrôle de la Sabam, de diligenter l'action en cessation ayant pour objet de constater l'existence et d'ordonner la cessation de l'atteinte aux dispositions de la LDA, des arrêtés d'exécution ainsi qu'aux statuts de la société de gestion et à ses règles de tarification, de perception ou de répartition.

56. Il résulte de l'examen auquel nous avons procédé ci-dessus que c'est à raison que l'Etat belge considère que les FAI ne posent pas d'acte de communication au public.

En les englobant, par décision unilatérale de sa part, dans son tarif, la Sabam commet une infraction à la LDA car elle pose ainsi un acte décisionnel contraire à cette législation.

Il est utile de préciser que c'est sur la base de ce tarif que la Sabam entend réclamer la condamnation à payer des FAI (voir la procédure pendante devant la 16^{ème} chambre de ce tribunal – cfr à cet égard notre premier jugement prononcé le 25 avril 2014).

57. C'est dès lors à juste titre que l'Etat belge demande de mettre fin à ladite tarification.

Cette conclusion reste inchangée quand bien même les FAI :

- améliorent constamment les moyens techniques mis à la disposition des internautes, lesquelles payent pour pouvoir en disposer,
- et tirent profit de leur activité économique.

58. Il n'y a cependant pas lieu d'assortir cette condamnation d'une mesure d'astreinte, pour les motifs suivants, pris en leur ensemble :

- Ni l'Etat belge, ni les FAI intervenant à la procédure n'exposent des motifs concrets qui pourraient faire craindre que la Sabam passe délibérément outre la présente décision, laquelle est revêtue du caractère exécutoire de par l'effet de la loi (article XVII.21, § 2 du Code de droit économique),
- Et si, par aventure, la Sabam devait quand même passer outre notre décision (exécutoire par provision), encore lui faudra-t-il obtenir l'aval d'un tribunal pour obtenir la condamnation d'un FAI à payer les droits d'auteur qu'elle réclame. Il

s'ensuit qu'il n'y a aucune crainte que le tarif dressé par la Sabam puisse, de son seul fait, porter atteinte aux FAI visés par la Sabam.

59. L'Etat belge sollicite que le présent jugement soit publié dans 4 quotidiens belges (2 francophones et 2 néerlandophones).

Ordonner pareille publication reste une faculté (article XVII.21, § 2 du Code de droit économique).

En l'espèce, pareille publication n'apportera rien de plus que la décision déjà prise. Le débat n'a pas fait l'objet d'une publicité auprès du grand public et la Sabam reste soumise à son autorité de contrôle, ce qui apporte les garanties nécessaires quant aux suites qui seront accordées à la présente décision concernant l'ensemble des FAI visés par le tarif dressé par la Sabam.

Dépens

60. Les FAI font intervention volontaire conservatoire en la cause (ils demandent tous qu'il soit fait droit aux demandes formulées par l'Etat belge).

A défaut de formuler une demande personnelle, ces parties ne succombent pas, ni par ailleurs n'obtiennent gain de cause, au sens des articles 1017 et 1022 du Code judiciaire¹⁴.

Par voie de conséquence, aucune indemnité de procédure ne leur est due.

61. L'Etat belge par contre obtient gain de cause. Les dépens sont dès lors à charge de la Sabam.

L'Etat belge liquide l'indemnité de procédure à son montant maximal pour un litige non évaluable en argent, soit 11.000 EUR.

Aucune contestation n'est formulée à cet égard.

Le litige a été traité en deux phases, chacune ayant fait l'objet d'une mise en état approfondie. Nous relevons le caractère particulièrement conséquent des conclusions prises par la Sabam, certainement en ce qui concerne le traitement du fond du litige, ainsi que le volume considérable des pièces qu'elle a déposés (et qui ont dès lors nécessité une étude des conseils de l'Etat belge). Cela a nécessairement engendré une charge de travail proportionnelle dans le chef de l'Etat belge tenue d'organiser sa propre défense au regard des éléments avancés par la Sabam.

L'indemnité de procédure est liquidée à la somme postulée de 11.000 EUR.

** ** *

¹⁴ H. Boularbah, 'Les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure' in X, Actualités en droit judiciaire, CUP, 2013/145, p. 369.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL,**

Nous, A. Dessy, juge désigné pour remplacer le président du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles,

Assisté de M.A. Andolina, greffier délégué.

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

Statuant contradictoirement comme en référé,

Disons que le tarif dressé par la Sabam est, en ce qu'il concerne les fournisseurs d'accès à internet, contraire au prescrit de l'article XI.165 du Code de droit économique (anciennement article 1^{er} de la loi relative au droit d'auteur et droits voisins).

Par voie de conséquence, condamnons la Sabam à y mettre fin dans les 48 heures de la signification du présent jugement.

Condamnons la Sabam aux dépens de l'Etat belge, liquidés à la somme de 11.000 EUR à titre d'indemnité de procédure.

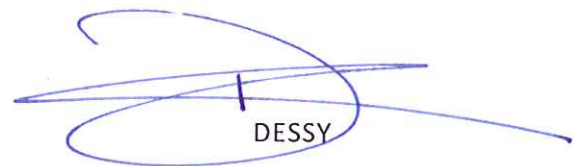
Précisons que le présent jugement est, de plein droit, exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la chambre des référés du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles le 13 mars 2015,

Où étaient présents et siégeaient :

Mme A. Dessy, juge,
Mme M.A. Andolina, greffier délégué,


ANDOLINA


DESSY