

TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE BRUXELLES

N° 12/1285/C du registre des référés

Annexes : 1 citation
3 conclusions

copie doss.

en cause de

la société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée Société Belge des Auteurs, compositeurs et Editeurs, en abrégé SABAM, inscrite à la BCE sous le numéro 0402.989.270, dont le siège social est établi à 1040 Bruxelles, rue d'Arlon, 75/77,

*partie demanderesse,
représentée par Me. Benoît Michaux, avocat à 1040 Bruxelles, avenue des Nerviens, 9-31,*

contre

l'Etat Belge, Service Public Fédéral Economie, PME, Classes moyennes et Energie, représenté par 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 défenderesse,
représentée par Me. Roland Nicolas loco Me. Brigitte Dauwe et Me. Nicolas Roland, avocat à 1000 Bruxelles, rue de Loxum, 25,*

En cette cause, il est conclu et plaidé en français à l'audience publique du 8 octobre 2012.

Après délibéré le président du tribunal de première instance rend l'ordonnance suivante :

REPERT.

Vu :

N°

- la citation en référé signifiée par exploit de Me. De Coster huissier de justice suppléant de Me. Devosse loco Me. Lambert, huissier de justice de résidence à 1050 Bruxelles, le 5 septembre 2012,

COPIE adressée à
Me. Roland
exempt: art. 260, 2°
Code Enr.)
(C.J., art. 792-1030)

- l'ordonnance 747 § 1^{er} rendue le 10 septembre 2012,
- les conclusions de la partie demanderesse déposées au greffe le 27 septembre 2012 et ses conclusions additionnelles et de synthèse y déposées le 3 octobre 2012,
- les conclusions de la partie défenderesse déposées au greffe le 20 septembre 2012,

Entendu en leurs plaidoiries les conseils des parties.

OBJET DE LA DEMANDE

1. Vu l'urgence, la Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs, en abrégé la SABAM, demande :

- (1) de suspendre, à titre provisoire, la procédure d'avertissement et de sanction pour manquement dans les dossiers 'article 69' et 'FAI' faisant l'objet du litige porté devant Nous, y compris la mise en application de la publication indiquée dans la lettre du 21 juin 2012 à la Sabam et de toute autre sanction, sous peine d'astreinte,
- (2) d'interdire, à titre provisoire, de tenir compte de la publication annoncée du manquement dans le dossier dénommé 'article 69' pour l'appréciation de nouveaux manquements prétendus dans le chef de la Sabam, y compris le manquement dans le dossier dénommé 'FAI', sous peine d'astreinte,
- (3) dire que ces mesures conserveront leurs effets jusqu'à l'intervention d'une décision au fond, quant à l'existence des deux manquements en litige ('article 69' et 'FAI') et quant à l'obligation pour la Sabam d'y remédier.

2. L'Etat belge soulève un déclinatoire de compétence d'attribution du pouvoir judiciaire à connaître de la cause, et conclut en tout état de cause au non-fondement de l'action.

CONTEXTE DU LITIGE

3. La Sabam est une société de gestion de droits d'auteur qui a reçu l'autorisation d'exercer ses activités en application de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après 'LDA').

4. Le Service de contrôle des sociétés de gestion des droits d'auteur, service faisant partie du SPF Economie, a pour mission légale 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 (article 76, §1^{er} LDA).

5. La loi du 10 décembre 2009 a modifié, de manière conséquente, la loi sur les droits d'auteur pour ce qui concerne (notamment) :

- les mesures applicables à toute société de gestion commettant un manquement à la loi sur les droits d'auteur (et ses arrêtés d'exécution) ou à sa réglementation interne (ses statuts et règles de tarification, de perception et de répartition)
- la procédure à respecter pour imposer ces mesures.

6. Les articles 77, 77quater, 67,§4 et 77quinquies LDA, mettent en place le régime applicable à ce jour.

La première étape du régime est entre les mains du Service de contrôle, qui « *peut adresser à la société de gestion (...) un avertissement la mettant en demeure de remédier au manquement constaté* » (article 77 LDA).

En une deuxième étape, si la société de gestion ne remédie pas, dans le délai fixé, au manquement constaté en application de l'article 77 LDA, le ministre peut, s'il en décide ainsi :

- imposer une mesure qui constitue en réalité une sanction administrative¹ (article 77quater LDA)
- et/ou actionner une procédure judiciaire en cessation de l'atteinte, cette procédure constituant une procédure 'comme en référé' (article 77quinquies LDA).

Si les conditions mises à l'octroi de l'autorisation d'exercer comme société de gestion ou si la société de gestion commet ou a commis des atteintes graves ou répétées à la loi sur le droit d'auteur (et ses arrêtés) ou à sa réglementation interne, le ministre peut, en respectant la procédure visée à l'article 67, §4 LDA, retirer totalement ou partiellement l'autorisation d'exercer en tant que société de gestion de droits d'auteur.

¹ J. Debrulle, 'Loi du 10 décembre 2009 relative au statut et au contrôle des sociétés de gestion des droits : un nouveau cadre légal pour la gestion collective du droit d'auteur', *A&M*, 2012/2-3, p. 135 et suiv., notamment p.160.

7. Le législateur a instauré un système de gradation quant aux mesures pouvant être prises dans l'hypothèse où l'autorité administrative constate un manquement dans le chef d'une société de gestion.

Ce système de gradation se caractérise par :

- une modification de l'autorité administrative chargée du pouvoir discrétionnaire en fonction de l'état d'avancement du dossier en manquement : en un premier temps, ce pouvoir est entre les mains du Service de contrôle (article 77 LDA) pour ensuite être transféré au ministre (articles 77quater², 77quinquies et 67, §4 LDA),
- le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité administrative, à chacune des étapes successives du régime mis en place.

8. Le litige qui Nous est soumis concerne deux manquements distincts que le Service de contrôle reproche à la Sabam. Ces manquements ont trait aux dossiers dénommés, par facilité d'exposé, 'article 69' et 'FAI'.

Pour ce qui concerne le dossier 'article 69'

9. Les statuts de la Sabam, version 2003 (pièce 8 déposée par la Sabam), prévoient, en leur article 22, les modalités du droit à l'éméritat de ses administrateurs.

L'assemblée générale de la Sabam du 12 juin 2006 a ratifié les comptes annuels et le rapport annuel 2005 d'où il ressort, notamment, que les sommes de 7.000.000 EUR et 1.050.000 EUR ont été retenues sur une catégorie bien particulière de fonds, à savoir les fonds qui ne peuvent être attribués à des ayants droit déterminés (dénommés ci-après 'les fonds non attribuables') pour être affectées, à titre de provision, au passif du bilan pour

- d'une part financer les obligations de la Sabam relatives à l'éméritat de ses administrateurs
- et d'autre part couvrir une perte éventuelle de commissions de perception (pièce 10 déposée par la Sabam).

10. Par courrier du 23 juin 2006, la Sabam communique au Service de contrôle, le rapport annuel 2005 tel qu'approuvé par

² Si la version française de l'article 77quater, §1^{er} vise le ministre ou l'agent spécialement désigné à cet effet, la version néerlandaise de ce texte de loi vise exclusivement le ministre.

l'assemblée générale du 12 juin 2006 (pièce 13 déposée par la Sabam).

Par courrier du 18 mai 2009 (pièce 11 déposée par l'Etat belge), le Service de contrôle adresse diverses remarques à la Sabam, dont la suivante (p.5) « *Les soustractions de 7.000.000 EUR et 1.050.000 EUR semblent contraires à l'obligation de répartir les droits non attribuables parmi les ayants droits de la même catégorie comme prévu à l'article 45 (...) du Règlement Général de la Sabam et l'article 69 de la Loi sur les droits d'auteur. Nous aimerions connaître votre point de vue à cet égard.* »

11. Par courrier du 6 mai 2011, le Service de contrôle prend acte de ce que la Sabam reste sur sa position en ce qui concerne la portée de l'article 69 DLA. Elle poursuit en indiquant « *Afin de poursuivre cette affaire jusqu'au bout nous devons maintenant procéder aux constatations nécessaires conformément à l'article 77, §1^{er} de la Loi sur le droit d'auteur, en organisant une audition* » (pièce 12 déposée par l'Etat belge).

L'audition est organisée le 31 mai 2011. Le représentant de la Sabam y expose notamment que (pièce 14 déposée par l'Etat belge) :

- « *Actuellement, le système d'éméritat est terminé mais il reste des engagements pour le passé* »,
- « *Par rapport au prélèvement des 7M EUR, la Sabam aurait pu envisager d'augmenter la commission, de prélever une commission exceptionnelle sur les droits des œuvres attribuées. Ces coûts-là (le paiement de l'éméritat) auraient de toute façon dus être pris en charge de quelque façon que ce soit. La Sabam a donc décidé de les prendre sur les droits irrépartissables, plutôt que de les prendre sur l'ensemble des droits (œuvres identifiées)* ».

Par courrier du 3 juin 2011 (pièce 14 déposée par la Sabam), le Service de contrôle expose que l'affectation litigieuse de la somme globale de 8.050.000 EUR « *est en contradiction évidente* » avec l'article 69 DLA, « *disposition impérative* ». En application de l'article 77 DLA, le Service de contrôle adresse un avertissement à la Sabam et la prie de remédier au manquement constaté pour le 31 décembre 2011. Le courrier précise, pour le surplus que « *s'il n'est pas remédié au manquement constaté dans le délai prévu, les actions judiciaires visées à l'article 77 quinquies et/ou les sanctions administratives visées aux articles 67 et 77 quater de la loi sur le droit d'auteur pourront être mises en œuvre* ».

Par courrier du 20 novembre 2011, la Sabam conteste formellement avoir enfreint le prescrit de l'article 69 LDA (pièce 15 déposée par la Sabam).

Par courrier du 7 novembre 2011, le Service de contrôle répond aux objections de la Sabam, maintenant également son point de vue et précisant que l'échange de courrier suite à l'avertissement n'empêchera pas, si l'infraction n'a pas cessé pour le 31 décembre 2011, le lancement des actions judiciaires et/ou sanctions administratives prévues par les articles 77quinquies, 67 et 77quater LDA (pièce 16 déposée par la Sabam).

Par courrier du 25 novembre 2011, la Sabam réitère les motifs pour lesquels elle estime ne devoir encourir aucune sanction. Elle fait ainsi notamment référence au fait que :

- le prescrit de l'article 69 LDA n'a pas été enfreint,
- si une sanction peut être prise par l'administration, elle doit l'être dans un délai raisonnable, or en l'espèce un délai de plus de 5 ans c'est écoulé depuis que l'autorité de contrôle a connaissance des faits en litige – elle insiste sur le fait que le délai qui s'est ainsi écoulé aurait permis la prescription tant en droit correctionnel qu'en droit civil,
- l'autorité de contrôle n'a pas toute liberté pour choisir la sanction mais est tenue au respect du principe de la proportionnalité et est tenue, par ailleurs, d'appliquer la législation applicable *ratione temporis*.

Quelques courriers supplémentaires sont échangés.

12. En exécution de l'article 77quater, §1, al.2, par courrier du 21 juin 2012, le SPF Economie fait état de ses griefs à la Sabam, pour ensuite conclure le courrier comme suit :

« Par conséquent, il y a lieu d'utiliser la sanction prévue à l'article 77quater LDA qui consiste à publier une constatation de manquement par le Ministre.

Cette sanction implique une notification préalable à la Sabam des griefs qui lui sont reprochés. La présente lettre a pour objet la notification des griefs suivants :

'Avoir constitué une provision pour financer la pension complémentaire des administrateurs désignée sous le nom d' 'Eméritat' pour un montant de 7.000.000 EUR et avoir constitué une provision d'un montant de 1.050.000 EUR pour pertes futures en 2005 en violation de l'article 69 LDA qui

impose de manière impérative que ces sommes soient affectées aux ayants droits de la catégorie concernée'.

Conformément à l'article 77quater LDA, à partir de la réception de la présente lettre, la Sabam dispose d'un délai de 2 mois pour consulter le dossier ainsi que pour être entendue et faire valoir ses moyens auprès de l'agent spécialement désigné par le Ministre. (...)

Il convient également de rappeler que la sanction prévue à l'article 77quater LDA est sans préjudice des autres mesures prévues par la loi telles une demande au président du tribunal de constater l'atteinte et d'en ordonner la cessation (article 77quinquies LDA) ou le retrait total ou partiel de l'autorisation de la Sabam (article 67§4 LDA) » (pièce 1 déposée par la Sabam).

13. Par courriel du 26 juillet 2012, la Sabam sollicite l'octroi d'un délai supplémentaire d'un mois compte tenu de la période des vacances. Le SPF Economie y marque son accord et porte le délai au 21 septembre 2012 (pièce 3 déposée par la Sabam).

Pour ce qui concerne le dossier 'FAI'

14. 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 21 de la Sabam).

Par courrier du 9 décembre 2011, le Service de contrôle expose les motifs pour lesquels il estime que la Sabam ne peut dresser pareil tarif, et lui demande de mettre un terme à cette initiative (pièce 22 de la Sabam).

Dans l'entremise, ledit tarif a été dressé et la Sabam a pris contact avec les fournisseurs d'accès à internet en vue de son application effective.

Par courrier du 1^{er} mars 2012, le Service de contrôle invite la Sabam, en application de l'article 77, §1^{er} LDA à une audition concernant ladite tarification (pièce 25 de la Sabam).

Un échange de correspondance s'ensuit, les parties n'étant pas d'accord sur le principe même du contrôle effectué en l'espèce.

Une audition est fixée au 15 mai 2012, à laquelle la Sabam a refusé de participer, pour les motifs exposés dans son courrier du 11 mai 2012 (pièce 31 déposée par la Sabam).

15. Par courrier du 20 août 2012, le Service de contrôle constate un manquement à la LDA consistant 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 notamment de l'article 1^{er} DLA.

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

Phase juridictionnelle

16. La Sabam procède à la citation en référé le 5 septembre 2012 et à la citation au fond le 14 septembre 2012 (les parties Nous déclarant s'être accordées, pour ce qui concerne la procédure au fond, sur un calendrier de mise en état s'étalant sur une période de 5 mois).

17. Par courrier officiel du 7 septembre 2012, le Service de contrôle marque son accord à suspendre provisoirement toute mesure visée aux articles 77quater, 77quinquies et 67, §4 DLA concernant le litige porté devant Nous, ce pendant la durée de la procédure dont Nous avons à connaître (pièce 7 déposée par la Sabam).

APPRECIATION

Pouvoir de juridiction

18. L'Etat belge Nous demande que la demande de la Sabam soit rejetée puisque Nous ne pourrions y faire droit sans violer le principe de la séparation des pouvoirs.

Il Nous faut dès lors d'abord trancher la question de savoir si Nous sommes en droit de connaître du litige.

19. L'article 584 du Code judiciaire dispose que « *le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire* ».

20. Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour connaître d'une demande fondée sur un droit subjectif, cette compétence étant déterminée par l'objet réel et direct de la contestation.

Un droit subjectif implique l'existence d'une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'une autre personne et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre.

Pour qu'une personne puisse se prévaloir à l'égard de l'autorité administrative d'un tel droit, il faut que la compétence de cette autorité soit complètement liée.

21. Par ailleurs lorsque l'autorité administrative rend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le pouvoir judiciaire est compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif par l'autorité administrative dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

22. Notre pouvoir de juridiction doit être examiné en fonction de l'objet réel et direct de la contestation.

23. Il est incontesté que le litige qui oppose la Sabam à l'Etat belge prend place dans un contexte où l'autorité administrative agit en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

24. La Sabam invoque la protection de ses droits subjectifs suivants : son droit à la réputation, sa liberté d'entreprise telle que consacrée par le décret d'Allarde du 17 mars 1791, son droit d'ester en justice pour la défense des droits de ses membres consacré par les articles 73 et 65ter DLA, son droit à ne pas être sanctionnée à tort (dont le droit d'empêcher un dommage de survenir, qui découle de l'article 1382 du Code civil).

Elle expose que le double manquement en litige n'est en réalité pas établi et qu'il résulte de la seule interprétation que l'autorité administrative donne aux dispositions légales applicables. Dans ce contexte, la Sabam s'oppose à ce que l'autorité administrative fasse usage de son pouvoir discrétionnaire de sanction.

A titre subsidiaire, si le manquement devait être établi et si l'administration peut exercer son pouvoir discrétionnaire de sanction, la Sabam entend s'opposer à ce que l'exercice de ce pouvoir porte atteinte à ses droits subjectifs

25. Nous avons, dans ces circonstances, pouvoir de juridiction pour connaître de la cause.

Il Nous appartiendra, si Nous devons décider de prononcer une condamnation à l'égard de l'Etat belge, de ne pas nous immiscer, par cette condamnation, dans le pouvoir discrétionnaire dont il jouit. Il importe peu, à ce stade du raisonnement, que l'Etat belge n'ait pas encore décidé de prendre une sanction envers la Sabam (les parties s'entendant sur ce point malgré les termes du courrier du SPF Economie du 21 juin 2012 – le signataire du courrier n'ayant, selon l'Etat belge, pas le pouvoir de prendre pareille décision).

Conditions du référé – l'urgence

26. La procédure en référé est une procédure d'exception en ce sens qu'elle ne peut aboutir que pour autant que les conditions précisées à l'article 584 du Code judiciaire soient remplies, notamment la condition relative à l'urgence.

27. La condition de l'urgence à titre formel ne soulève aucune contestation : elle est remplie.

28. L'Etat belge soulève le fait que la cause ne répond cependant pas à l'urgence en tant que condition de fondement au motif que la Sabam a trop tardé à Nous saisir du présent litige et que le préjudice sérieux que la Sabam allègue n'est, en réalité, pas avéré.

29. Il y a urgence, en tant que condition du fondement de la demande en référé, dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable³.

Il n'y a toutefois pas lieu à référé lorsque :

- le demandeur a trop tardé à saisir le juge des référés, sauf s'il fait valoir une raison sérieuse qui la justifie,

- ou s'il a provoqué lui-même la situation d'urgence dont il se prévaut sauf si la situation existante est aggravée par des faits nouveaux ou par l'effet de sa simple durée.

Il n'y a pas non plus lieu à référé si la procédure au fond permettait au demandeur d'obtenir, dans un délai adéquat, le résultat souhaité.

³ Cass., 13 septembre 1990, Pas., 1991, I, p.41.

30. Les deux dossiers en litige en sont à un stade d'examen distinct : le dossier 'article 69' en est au stade visé à l'article 77quater, §1^{er} LDA tandis que le dossier 'FAI' en est au stade visé à l'article 77 LDA.

La Sabam soutient que chacun des deux dossiers repose sur une erreur d'appréciation de la part de l'autorité administrative :

- interprétation erronée par l'autorité administrative de l'article 69 LDA (dossier 'article 69'),
- interprétation erronée par l'autorité administrative de son pouvoir d'action en ce qui concerne l'établissement d'un tarif 'FAI' par la Sabam (dossier 'FAI').

Dossier 'article 69'

31. Il est incontesté que le Service de contrôle a, en application de l'article 77 LDA, adressé le 3 juin 2011 un avertissement à la Sabam. Le délai pour remédier au manquement dénoncé est arrivé à expiration le 31 décembre 2011.

32. Au vu des termes utilisés par l'article 77quater, §1^{er}, l'autorité administrative dispose du plus large pouvoir discrétionnaire quant à savoir si une sanction administrative sera prise et dans l'affirmative laquelle.

Cependant, lorsqu'une sanction administrative est envisagée, l'autorité administrative doit en faire part à la société de gestion, qui dispose du droit à organiser sa défense dans le cadre de cette procédure administrative (cfr article 77quater, §1^{er}, al.2).

33. Le 21 juin 2012, l'autorité administrative a adressé à la Sabam la notification visée à l'article 77quater, §1^{er}, al.2 LDA.

Par ce courrier, l'autorité administrative a indiqué sa volonté de s'engager dans le processus de sanction administrative, et plus particulièrement d'envisager la mesure de publication visée à l'article 77quater, §1^{er}, al.1^{er}, 1^o LDA.

34. La mesure de publication envisagée a pour objet d'informer les tiers que malgré le délai qui lui a été accordé, la société de gestion n'a pas remédié au manquement constaté.

Les tiers dont question sont notamment les membres de la société de gestion, les débiteurs de la société de gestion, les partenaires étrangers de la société de gestion.

Cette mesure est, par nature, invasive.

35. Au vu de la nature du litige qui oppose les parties (cfr supra n°30) et de la nature de la sanction administrative envisagée, il est manifeste que la Sabam affirme avec raison craindre un préjudice d'une certaine gravité, par ailleurs difficilement réparable.

36. Il est utile de relever que l'autorité administrative a, jusqu'à ce jour, choisi de ne pas diligenter la procédure comme en référé visée à l'article 77quinquies LDA.

37. Ce n'est qu'à la réception du courrier du 21 juin 2012 que la Sabam a pris connaissance de la volonté de l'autorité administrative :

- de s'engager dans la voie de la sanction administrative,
- et surtout, de s'engager dans cette voie sans que ne soit actionnée la procédure comme en référé visée à l'article 77quinquies LDA (relevons qu'aux termes de cette disposition, seule l'autorité administrative peut diligenter cette procédure comme en référé).

Ce courrier a rendu réelle la crainte dont la Sabam fait état. Cette crainte était auparavant hypothétique.

Il est dès lors sans pertinence que dans ses courriers antérieurs l'autorité administrative ait attiré l'attention de la Sabam sur les possibles sanctions administratives sachant que :

- L'article 77, §2 LDA impose à l'autorité administrative d'insérer dans 'l'avertissement – mise en demeure de remédier au manquement' le catalogue des sanctions possibles, administratives et judiciaire, s'il ne devait être remédié aux manquements constaté. Cette seule insertion ne constitue en rien une indication concrète de la direction que prendra l'autorité administrative s'il ne devait être remédié au manquement. Le pouvoir discrétionnaire est toujours entier en ce deuxième stade.
- Par ailleurs, l'autorité administrative qui intervient en ce deuxième stade est autre que l'autorité administrative chargée de la mise en œuvre de l'article 77 LDA.

Il est également sans pertinence que le rapport annuel 2009 du Service de contrôle ait fait mention de l'examen, par ses services, dudit dossier 'article 69'.

38. La Sabam a effectivement laissé s'écouler un délai de plus de deux mois entre la réception du courrier du 21 juin 2012 et l'introduction de la présente procédure (citation du 5 septembre 2012).

Cependant, l'autorité administrative avait autorisé, le 26 juillet 2012, la prolongation du délai dans lequel la Sabam pouvait faire valoir ses moyens. Ce délai expirait le 21 septembre 2012.

Dans ce contexte, et compte tenu de la technicité de la question en litige et de l'importance de l'enjeu financier (opération portant sur 8.050.000 EUR), il ne peut être conclu au fait que la Sabam ait fait preuve d'inertie procédurale en faisant procéder à la signification de la citation en référé le 5 septembre 2012. Une étude approfondie du dossier s'est avérée nécessaire avant de le porter devant les tribunaux, la Sabam étant par ailleurs assurée qu'aucune sanction ne serait effectivement prise à son encontre avant le 21 septembre 2012.

39. Le fait que l'Etat belge ait marqué son accord à suspendre le processus décisionnel pendant la durée de la procédure menée devant Nous, ne conduit pas à un défaut d'urgence.

40. L'urgence sera reconnue à la Sabam pour ce qui concerne le dossier 'article 69'.

Dossier 'FAI'

41. Le courrier du 20 août 2012 (dossier 'FAI') constitue la notification visée à l'article 77 LDA. Les mentions qu'il contient sont limitées à celles exigées par l'article 77, §2 LDA, et notamment celle visée à l'article 77, §2, 3° (catalogue des sanctions possible s'il n'est pas remédié au manquement dans le délai fixé).

Le dossier 'FAI' en est à un stade moins avancé que le dossier 'article 69'.

Quand bien même la Sabam a annoncé qu'elle ne remédiera pas au manquement constaté, le délai qui lui a été donné pour ce faire arrive à expiration le 31 octobre 2012.

Ce n'est qu'à dater de ce moment que l'autorité administrative est habilitée à exercer son pouvoir discrétionnaire quant à la suite à réserver au dossier.

42. La Sabam craint que, vu le double manquement qui lui est reproché ('article 69' et 'FAI'), l'autorité administrative ne décide de prendre une sanction administrative plus conséquente à savoir

suspendre ou d'interdire l'exercice de l'activité de gestion de droits, en particulier dans le contexte des exploitations sur 'internet' (ses conclusions p. 14).

43. L'autorité administrative n'a, à ce stade, laissé transparaître aucun élément qui permettrait d'indiquer qu'elle s'engagera dans une voie plutôt qu'une autre, sachant qu'elle peut toujours, à ce stade, enclencher une action en cessation plutôt que d'immédiatement s'engager dans un processus de sanction administrative.

Si cependant les craintes de la Sabam devaient se concrétiser, l'autorité administrative devra lui envoyer la notification visée à l'article 77quater, §1, al.2, ce qui lui laissera à tout le moins un délai de deux mois pour réagir (délai courant à dater de la notification), et éventuellement entamer une nouvelle procédure en référé si, d'ici là, aucune décision au fond n'a été prononcée.

Les craintes de la Sabam sont à ce stade prématurées.

44. La Sabam relève une *« manœuvre diabolique de la part de l'administration. Celle-ci aura réussi à sélectionner un dossier (le dossier 'article 69' dans lequel la Sabam ne dispose pas d'un moyen de remédier au manquement prétendu (en tout cas un moyen satisfaisant aux yeux de l'administration) pour pouvoir envisager une sanction extrême dans le dossier suivant (le dossier 'FAI'). »* Cette manœuvre de la part de l'autorité administrative aurait, dans cette optique, pour effet d'également conférer le caractère urgent à ce volet de la cause.

Cependant si la Sabam suppose cette manœuvre, aucun élément ne permet d'objectiver sa crainte.

Relevons que le Service de contrôle avait adressé son avertissement dans le dossier 'article 69' le 3 juin 2011, soit avant que ne débute la contestation relative au dossier 'FAI' (courrier du 8 juillet 2011 par lequel la Sabam informe le Service de contrôle de l'intention de dresser un tarif 'FAI').

Les courriers de l'autorité administrative (dans chacun des deux dossiers) ne font pas le lien entre les deux dossiers. La référence à l'article 67, §4 LDA dans le courrier du 21 juin 2012 est insuffisante à cet égard, cette référence étant déjà contenue dans le courrier du 3 juin 2011.

Il n'y a pas de faisceau d'indices permettant de confirmer la *« manœuvre diabolique »* dénoncée.

45. L'urgence ne sera pas reconnue pour le dossier 'FAI'.

Apparence de droits

46. Les parties au litige ont une lecture diamétralement opposée de l'article 69 LDA en ce qui concerne la possibilité pour la Sabam de décider d'affecter, en partie (même conséquence, financièrement parlant), 'les fonds non attribués' à des charges exceptionnelles relatives à la gestion de la Sabam plutôt que de répartir l'entièreté de ces fonds entre les ayants droits de la catégorie concernée.

Selon la Sabam, cette possibilité ne lui est pas interdite. Elle peut donc l'exercer.

Selon l'Etat belge, le texte de l'article 69 LDA, texte impératif, ne prévoit pas pareille possibilité. Elle est dès lors interdite.

47. Un examen *prima facie* des prétentions de la Sabam Nous mène à conclure qu'il y a, en apparence, un risque sérieux d'une atteinte fautive aux droits subjectifs de la Sabam, à savoir la prise d'une sanction administrative sur la base d'un manquement qui n'est pas établi.

Cette conclusion s'impose au regard du cumul des considérations suivantes :

- Le droit des administrateurs à recevoir l'éméritat est visé dans les statuts (version 2003) de la Sabam,
- Le service de contrôle dispose de l'ensemble des données factuelles depuis le 23 juin 2006, et n'a réellement activé son intervention dans ce dossier qu'à dater du courrier du 6 mai 2011,
- La Sabam doit, en règle, pouvoir effectuer des retenues pour charges sur les droits perçus. L'article 65quater, §3 LDA (non encore entré en vigueur) précise à cet égard⁴ :

« (...) le rapport de gestion de la société de gestion reprend les informations suivantes:

l°pour chaque rubrique de perception définie de manière homogène:

a)le montant des droits perçus;

b)le montant des charges directes liées à ces perceptions ainsi que le montant des charges indirectes de la société de gestion qui sont imputées à cette rubrique;

⁴ Disposition légale ayant fait l'objet d'un débat oral lors de Notre audience.

c) le montant des droits répartis parmi les ayants droit, le montant des droits payés aux ayants droit, ainsi que le montant des droits encore à répartir. Le principe de ces retenues ne pose pas question ».

Si cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur, elle contient cependant une indication forte de ce qui est autorisé.

- Le texte de l'article 69 LDA (dans l'une ou l'autre de ses versions, vu la modification législative intervenue le 10 décembre 2009) n'interdit pas que, avant la répartition des fonds aux catégories d'ayant-droits visés par la loi, la Sabam procède à l'opération qui a été effectuée.
- L'autorité administrative sait depuis de fort nombreux mois que le litige qui l'oppose à la Sabam repose en réalité sur une lecture radicalement divergente de l'article 69 LDA. Or l'article 77quinquies LDA met à sa disposition une procédure judiciaire, comme en référé, pour trancher du fond du litige qui l'oppose à la Sabam. L'action comme en référé a notamment pour caractéristique de devoir être instruite dans les formes du référé, tant en premier degré qu'en degré d'appel. Cette caractéristique est loin d'être négligeable au regard de l'arriéré que connaît la Cour d'appel, notamment pour les procédures au fond.

Cette voie était ouverte à l'administration dès le 1^{er} novembre 2011, c'est à dire au terme du délai visé dans l'avertissement envoyé à la Sabam en application de l'article 77 LDA. Ce n'est cependant pas la voie que l'autorité administrative a choisie jusqu'à présent, celle-ci marquant sa préférence à s'engager dans la seule voie de la sanction administrative.

48. Le processus décisionnel concernant la sanction administrative envisagée est toujours en cours. Le ministre dispose d'un entier pouvoir discrétionnaire à cet égard. En d'autres termes, Nous ne savons, avec certitude, quelle décision l'autorité administrative compétente prendra au regard de la sanction administrative envisagée.

Il n'en reste pas moins qu'en apparence, la Sabam dénonce avec raison le fait que l'autorité administrative n'agit pas dans les limites qui lui sont imposées, et notamment qu'un excès de pouvoir serait commis si, vu l'ensemble des considérations relevées ci-dessus, la sanction administrative envisagée devait être effectivement prise.

Cette crainte paraît réelle et concerner un péril imminent.

49. C'est dès lors à juste titre que la Sabam sollicite la prise de mesure pour prévenir la survenance de la situation qu'elle dénonce.

50. La Sabam Nous demande de suspendre le processus décisionnel relatif à la sanction administrative envisagée ou, à tout le moins, de suspendre l'exécution de la sanction administrative de publication qui serait prise.

Quand bien même l'autorité administrative dispose en l'espèce d'un pouvoir discrétionnaire, la mesure de suspension du processus décisionnel peut être envisagée.

Relevons à cet égard, les conclusions du procureur général Velu : « (...) *Dans les développements du moyen, le procureur général près la cour d'appel de Mons convient de ce que la jurisprudence de votre Cour a étendu au-delà de la voie de fait administrative, le contrôle par le juge des référés du caractère fautif des actes administratifs.*

Le demandeur croit toutefois pouvoir tirer argument d'un passage de votre arrêt du 21 octobre 1982 pour établir parmi les actes de l'autorité mise en cause une distinction entre les actes de décision et les actes d'exécution.
(...)

Se fondant sur ce passage de l'arrêt, le procureur général près la cour d'appel de Mons interprète votre jurisprudence en ce sens que 'la compétence de la juridiction des référés à l'égard de l'administration est justifiée non seulement lorsqu'il s'agit d'une 'voie de fait' mais encore lorsqu'une faute est commise par l'administration, pour autant que cette faute soit imputable à la manière dont la décision administrative a été exécutée'. 'Dans ce dernier cas, soutient-il, il doit s'agir d'une faute dans l'exécution d'un acte ou d'une décision de l'administration que, par ailleurs le juge n'a toutefois pas le pouvoir d'apprécier. Mais en dehors de ces hypothèses, la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs s'applique strictement : la juridiction des référés n'a pas compétence pour apprécier l'opportunité d'un acte de l'administration ; elle ne peut se substituer à l'autorité administrative ni lui donner des injonctions'.

Pareille interprétation reviendrait à redonner vie à la distinction que, s'agissant de la responsabilité de la puissance publique, la jurisprudence avait instaurée, après le célèbre arrêt Flandria du 5 novembre 1920, entre le pouvoir de décision de l'administration soustrait au juge en dehors du cas où elle a violé une obligation précise que la loi lui impose et les actes d'exécution soumis sans réserves au contrôle des tribunaux appelés à rechercher si l'administration a ou non lésé un droit civil.

(..)

Depuis lors, cette distinction a été abandonnée dans la jurisprudence relative à la matière et je n'aperçois pas la raison qu'il y aurait de la réintroduire »⁵.

⁵ Conclusions Procureur général Velu sous Cass.21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, P.908 et suiv, notamment p. 918 et 919.

51. Encore faut-il que cette mesure soit, selon les termes de la Cour de cassation, adéquate⁶ pour prévenir la situation que dénonce la Sabam.

Le terme 'adéquat' fait référence au fait que « *le juge ne peut condamner l'autorité qu'à des mesures strictement nécessaires à la consécration du droit subjectif* »⁷.

Il Nous faut également tenir compte du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, lequel Nous empêche non pas de prononcer une injonction (positive ou négative) envers l'autorité administrative mais de « *faire œuvre d'administrateur et de substituer (Notre) pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité* »⁸.

52. La mesure de suspension du processus décisionnel sollicitée par la Sabam est en adéquation avec l'apparence de comportement fautif relevé ci-dessus : elle constitue la mesure nécessaire pour protéger les droits subjectifs de la Sabam tout en évitant toute immixtion dans le pouvoir discrétionnaire de l'Etat belge autre que de lui imposer un gel de la situation.

Ces considérations sont par ailleurs en lien direct avec le fait que la Sabam limite dans le temps la mesure de suspension sollicitée : la suspension aura effet jusqu'à ce que le juge du fond, saisi en premier degré, tranche la question relative à l'existence du manquement reproché à la Sabam concernant le dossier 'article 69' (ayant fait l'objet de l'avertissement du 3 juin 2011 et de la notification du 21 juin 2012) et l'obligation pour la Sabam d'y remédier.

La mesure de suspension ne concernera cependant que la sanction administrative envisagée dans le courrier du 21 juin 2012.

Viser, à ce stade, la suspension de toute sanction administrative est disproportionné car prématuré : jusqu'à ce jour, seule la publication est envisagée.

53. Cette interdiction sera accompagnée d'une mesure d'astreinte dissuasive.

⁶ Cass. 24 septembre 2010, www.cassonline.be, C.08.0429.N.

⁷ T. Bombois, 'Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique ... Vol au dessus d'un nid de vipères ?', *CDPK*, 2005/1, 38, n°29.

⁸ P. Levert 'L'intervention du juge des référés dans le droit administratif' in X, *Le référé judiciaire*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p.374 ; voir également en ce sens T. Bombois, 'Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique ... Vol au dessus d'un nid de vipères ?', *CDPK*, 2005/1, 38, n°29.

Cette astreinte est indispensable pour assurer la bonne exécution de Notre décision au vu des droits subjectifs en cause.

Si l'Etat belge affirme qu'il n'y a pas lieu de présumer qu'il ne se conformerait pas à Notre décision, il n'indique pas non plus, comme cela se pratique régulièrement, qu'il respectera la décision qui sera prononcée.

L'astreinte, unique, sera de 50.000 EUR en cas d'infraction à Notre ordonnance.

54. La Sabam demande également que Nous interdisions, à titre provisoire, à l'autorité administrative de tenir compte de la publication annoncée pour le dossier 'article 69' pour l'appréciation de nouveaux manquements prétendus dans le chef de la Sabam, en ce compris le manquement dans le dossier 'FAI'.

Cette mesure n'est cependant pas strictement nécessaire.

La Sabam s'en verra débouter.

55. A titre surabondant, si le caractère prématuré de l'action relative au dossier 'FAI' ne devait conduire au non fondement de la cause pour défaut d'urgence, il conduirait au même résultat mais cette fois eu égard au fait que la mesure sollicitée pour ce dossier ne serait pas strictement nécessaire à la préservation des droits subjectifs de la Sabam.

Dépens

56. La présente décision met fin à Notre saisine. Il s'agit d'une décision 'définitive' au sens de l'article 19, al.1^{er} du Code judiciaire.

Nous trancherons dès lors, conformément à l'article 1017 du Code judiciaire, la question relative aux dépens de l'instance.

57. L'Etat belge succombe. Les dépens seront mis à sa charge, l'indemnité de procédure étant fixée au montant de base, 1.320 EUR, tel que sollicité par la Sabam.

POUR CES MOTIFS,

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

assisté de Wansart, greffier délégué.

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

Statuant en référé, contradictoirement.

Recevons les demandes et les déclarons fondées dans la mesure qui suit :

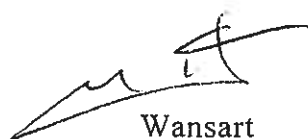
Ordonnons à l'Etat belge de suspendre la procédure de sanction pour manquement entreprise à l'encontre de la Sabam dans le dossier dénommé 'article 69, processus mis en mouvement par les lettres des 3 juin 2011 (en exécution de l'article 77 LDA) et 21 juin 2012 (en exécution de l'article 77quater, §1^{er} LDA), y compris la mise en application de la publication envisagée.

Disons que cette suspension vaudra jusqu'à ce qu'intervienne la décision, en premier degré, du juge du fond saisi pour ce qui concerne l'existence du manquement reproché à la Sabam concernant le dossier 'article 69' (ayant fait l'objet de l'avertissement du 3 juin 2011 et de la notification du 21 juin 2012) et l'obligation pour la Sabam d'y remédier.

Disons que la condamnation prononcée à l'encontre de l'Etat belge est encourue sous peine d'une astreinte unique de 50.000 EUR après signification de la présente ordonnance.

Condamnons l'Etat belge aux dépens de l'instance, liquidés au bénéfice de la Sabam à la somme de 200,62 EUR à titre de frais de citation et 1.320 EUR à titre d'indemnité de procédure.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique des référés du 26/10/12



Wansart



Dessy