

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 216.664 du 1^{er} décembre 2011

A. 195.603/XV-1213

En cause :

1. la s.a. NOKIA BELGIUM,
2. la société de droit suédois Sony
Ericsson Mobile Communications AB,
ayant élu domicile chez
Mes S. RYELANDT & L. SERVAIS, avocats,
avenue Louise 65 bte 2
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le ministre
pour l'Entreprise et la Simplification,
ayant élu domicile chez
Mes B. DAUWE & P. GOFFAUX, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

la partie intervenante :

la s.c.r.l. AUVIBEL,
ayant élu domicile chez
Mes J. BOURTEMBOURG & N. FORTEMPS, avocats,
rue du Suisse 24
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 février 2010 par la s.a. Nokia Belgium et la société de droit suédois Sony Ericsson Mobile Communications AB, qui demandent l'annulation, à titre principal, de l'article 2 de l'arrêté royal du 17 décembre 2009 modifiant l'arrêté royal du 28 mars 1996 relatif au droit à rémunération pour copie privée des auteurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles, en ce qu'il insère les mots «un téléphone portable avec une fonction MP3 et/ou MP4» à l'article 2, § 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 28 mars 1996 et les mots «une carte mémoire» à l'article 2, § 3, 3°, du même arrêté royal, et à titre subsidiaire, l'annulation intégrale de cet arrêté;

Vu l'ordonnance du 8 juin 2010 qui accueille la demande d'intervention de la s.c.r.l. AUVIBEL introduite le 28 mai 2010;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. L. JANS, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 21 octobre 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 novembre 2011;

Entendu, en son rapport, M. M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me P. DE BOCK, *loco* Mes S. RYELANDT & L. SERVAIS, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, Mes B. DAUWE & P. GOFFAUX, avocats, comparaisant pour la partie adverse et N. FORTEMPS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. L. JANS, premier auditeur au Conseil d'État ;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant qu'il ressort des explications données dans le dernier mémoire et des documents y annexés ainsi que des documents annexés à la requête, et notamment le certificat d'enregistrement de l'office de l'enregistrement des sociétés suédoises, que la requête a été valablement introduite par la seconde requérante;

Considérant que la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information porte en son article 2:

- « Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:
- a) pour les auteurs, de leurs œuvres;
 - b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
 - c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.»;

Considérant que l'article 5 de la même directive prévoit que les droits visés à l'article 2 peuvent connaître des exceptions, notamment lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées pour un usage privé, mais à la condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable (...);

Considérant que la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, dans son texte antérieur à sa modification par la loi du 22 mai 2005, porte notamment en son article 55:

« Les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations...

La rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire de supports utilisables pour la reproduction d'œuvres sonores et audiovisuelles ou d'appareils permettant cette reproduction lors de la mise en circulation sur le territoire national de ces supports et de ces appareils.

Le Roi fixe les modalités de perception, de répartition et de contrôle de la rémunération ainsi que le moment où celle-ci est due.»;

Dans le même texte, l'article 56 de cette loi porte:

« La rémunération visée à l'article 55 est fixée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et est calculée en fonction du prix de vente pratiqué par le fabricant, l'acheteur intra-communautaire ou l'importateur des appareils permettant la reproduction des œuvres protégées et, le cas échéant, en fonction du prix des supports.

En l'absence d'un tel arrêté, la rémunération est fixée à:

- 3 pour cent sur le prix de vente fixé au premier alinéa pour les appareils permettant la reproduction des œuvres protégées;
- 2 francs l'heure, sur les supports analogiques;
- 5 francs l'heure, sur les supports numériques.»;

Considérant que l'article 55 de la loi du 30 juin 2004 a fait l'objet d'une modification par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information; que dans le texte établi par l'article 14 de cette loi, les alinéas 2 et 3 sont rédigés comme suit:

« La rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire de supports manifestement utilisés pour la reproduction privée d'œuvres et de prestations sur tout support autre que sur papier ou support similaire, ou d'appareils manifestement utilisés pour cette reproduction lors de la mise en circulation sur le territoire national de ces supports et de ces appareils.

Selon les modalités prévues à l'article 56, le Roi détermine quels appareils et supports sont manifestement utilisés pour la reproduction privée d'œuvres et de prestations sur tout support autre que sur papier ou support similaire.»;

Considérant que l'essentiel de la modification consiste en le remplacement des mots «supports utilisables pour la reproduction» par les mots «supports manifestement utilisés pour la reproduction», et des mots «appareils permettant cette reproduction» par les mots «appareils manifestement utilisés pour cette reproduction»;

Considérant que l'article 40 de la loi du 22 mai 2005 prévoit que cette loi entre en vigueur le jour de sa publication (qui a eu lieu le 27 mai 2005), à l'exception d'une série d'articles, dont l'article 14, qui entrent en vigueur à la date fixée par le Roi; qu'à ce jour, aucun arrêté royal n'a mis cet article en vigueur;

Considérant que l'arrêté attaqué porte notamment les dispositions suivantes, dont les passages en italique sont les dispositions attaquées en ordre principal:

« Art. 2. § 1^{er}. La rémunération pour copie privée applicable aux appareils permettant la reproduction d'œuvres sonores et/ou audiovisuelle est fixée par unité comme suit:

...

4° pour les appareils avec un support intégré suivants: un baladeur MP3, un baladeur MP4, *un téléphone portable avec une fonction MP3 et/ou MP4*, la rémunération pour copie privée est fixée à:

- a) 1,00 euro lorsque la capacité de stockage est inférieure ou égale à 2GB;
- b) 2,50 euros lorsque la capacité de stockage est supérieure à 2GB et inférieure ou égale à 16 GB;
- c) 3,00 euros lorsque la capacité de stockage est supérieure à 16 GB.

...

§ 3. La rémunération pour copie privée applicable aux supports permettant la reproduction d'œuvres sonores et/ou audiovisuelles est fixée par unité comme suit:

3° pour les supports numériques suivants: une clé USB, *une carte mémoire*, la rémunération pour copie privée est fixée à:

- a) 0,15 euro lorsque la capacité de stockage est inférieure ou égale à 2 GB; »
- b) 0,50 euro lorsque la capacité de stockage est supérieure à 2 GB et inférieure ou égale à 16 GB;
- c) 1,35 euro lorsque la capacité de stockage est supérieure à 16 GB...»;

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de la violation des principes de bonne administration, comprenant notamment les principes du raisonnable, de sécurité juridique, de légitime confiance dans le chef de l'administré et de précaution, ainsi que de la violation des articles 105 et 108 de la Constitution et des articles 14 et 15 de la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information,

en ce que l'acte attaqué, pris sur base des articles 55 et 56 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins impose le paiement d'une

rémunération pour copie privée sur les téléphones portables munis d'une fonction MP3 ou MP4 et les cartes mémoires, sans qu'il soit établi, voire même constaté, que les téléphones portables munis d'une fonction MP3 ou MP4 et les cartes mémoires sont manifestement utilisés à des fins de copie privée;

alors que la loi du 22 mai 2005, en ce qu'elle modifie les articles 55 et 56 de la loi du 30 juin 1994, n'autorise le prélèvement d'une rémunération pour copie privée sur les appareils et supports utilisables à des fins de copie privée, qu'à la condition qu'il soit établi que lesdits appareils ou supports sont manifestement utilisés à des fins de copie privée;

que, dans les développements du moyen, elles exposent que l'arrêté attaqué a été pris en exécution des articles 55 et 56 de la loi du 30 juin 1994, sans tenir compte de l'existence de la loi du 22 mai 2005 qui a apporté, par ses articles 14 et 15, des modifications essentielles auxdits articles 55 et 56; que, se fondant sur l'enseignement qu'elles tirent d'arrêts du Conseil d'État et d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, elles estiment que, bien que la loi ancienne soit toujours en vigueur, l'exécutif est tenu de prendre en considération la loi nouvelle dans la mesure où celle-ci a force exécutoire; que, rappelant les articles 105 et 108 de la Constitution, elles soutiennent que, lorsque, comme en l'espèce, le législateur a voté une loi qui a été sanctionnée et promulguée mais qui n'est pas encore entrée en vigueur en raison de l'abstention du Roi de prendre les arrêtés nécessaires à son entrée en vigueur, le Roi ne peut prendre sur le fondement d'une loi plus ancienne, que la loi nouvelle non encore entrée en vigueur est appelée à remplacer, un arrêté qui serait incompatible avec les principes édictés par la loi nouvelle; que, selon elles, en décider autrement reviendrait à faire fi de la volonté la plus récente du législateur, telle qu'exprimée dans la loi nouvelle, et que, sans remettre en cause le nécessaire pouvoir d'appréciation dont le Roi doit pouvoir disposer dans le cadre de l'exécution et de la mise en œuvre des lois, le Roi ne peut prendre des mesures d'exécution, notamment sous forme d'arrêté royal, qui contreviennent manifestement aux dispositions de la loi nouvelle, même si celle-ci n'est pas encore en vigueur; que, s'agissant de l'application de la loi du 30 juin 1994 telle que la modifie la loi du 22 mai 2005, elles soutiennent qu'une rémunération ne peut être appliquée sur des appareils et supports qu'à la condition qu'il soit constaté et établi que lesdits appareils et supports, dont les téléphones portables munis d'une fonction MP3 ou MP4 et les cartes mémoires, sont manifestement utilisés pour la copie privée, ce que l'arrêté attaqué ne constate ni n'établit; qu'elles ajoutent qu'une telle mesure ne pourrait être adoptée qu'après avis de la Commission de Consultation relative au statut des appareils et supports visée à l'article 55 de la loi du 30 juin 1994, tel que modifié par la loi de 2005; qu'à titre subsidiaire, au cas où le Conseil d'État s'estimerait insuffisamment informé quant à la portée des termes «manifestement

utilisés», elles demandent de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice des Communautés Européennes:

« L'exception visée à l'article 5, § 2, b) de la directive, lue à la lumière des considérants 35 et 39, aux termes de laquelle les titulaires de droit doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés, englobe-t-elle des situations dans lesquelles des appareils et des supports, bien qu'ils permettent dans une certaine mesure la copie privée, ne sont pas manifestement utilisés à de telles fins, c'est-à-dire lorsque de tels appareils et supports ne causent, au plus, qu'un préjudice minime aux titulaires de droit»;

Considérant que dans le mémoire en réplique, évoquant la question de savoir si une rétribution pouvait être due aux titulaires des droits d'auteur et des droits voisins en raison de copies réalisées illégalement, elles suggèrent que soit posée à la Cour de Justice de l'Union européenne une question préjudicielle au sujet de l'interprétation à donner au considérant n° 35 de la directive 2001/29;

Considérant que dans le dernier mémoire, les requérantes insistent sur ce que l'article 108 de la Constitution interdit au Roi de suspendre les lois ou de dispenser de leur application, et relèvent qu'au moment où l'arrêté attaqué a été adopté un délai de quatre ans s'était écoulé; qu'elles concluent à une violation de cet article constitutionnel; qu'elles indiquent aussi que l'arrêté attaqué contrevient à l'interdiction faite aux États membres de l'Union européenne d'adopter des mesures contraires à une directive non encore transposée;

Considérant qu'une loi n'est applicable qu'à partir de son entrée en vigueur; qu'en présence d'une loi qui habilite expressément le Roi à fixer son entrée en vigueur, aucune comparaison pertinente ne peut être faite avec des arrêts rendus dans des affaires où, sans une telle habilitation, le gouvernement avait retardé la publication d'une loi en vue de poser certains actes que la législation nouvelle ne permettait plus; qu'il est également sans pertinence d'invoquer un arrêt où la Cour d'arbitrage s'est fondée sur une loi non encore en vigueur pour constater qu'une mesure inscrite dans un décret ne relevait pas de la compétence du législateur décréteur; qu'aucun rapprochement pertinent ne peut en l'occurrence être fait avec la jurisprudence qui reconnaît à une loi non publiée une force exécutoire permettant aux autorités qui en ont connaissance d'en adopter des mesures d'exécution, car cette force dite «exécutoire» ne permet pas d'imposer aux tiers des obligations qui trouveraient leur source dans ladite loi, alors qu'en l'espèce la loi du 22 mai 2005 est de nature à modifier la consistance des droits et obligations des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins et de leurs débiteurs;

Considérant que l'article 105 de la Constitution permet qu'une loi particulière, portée en vertu de la Constitution même, étende l'exercice du pouvoir

du Roi au delà des limites fixées par l'article 108 de la Constitution; que la loi du 22 mai 2005 n'est entachée d'aucune irrégularité en ce qu'elle donne au Roi le pouvoir de déterminer la date d'entrée en vigueur de certains de ses articles, et notamment de son article 14;

Considérant que la question de la compatibilité de l'arrêté attaqué avec la directive 2001/29 fait l'objet du second moyen;

Considérant que dans le texte applicable lors de l'édiction de l'arrêté attaqué, la loi du 30 juin 1994, en son article 55, alinéa 2, vise «la reproduction d'œuvres sonores et audiovisuelles ou d'appareils permettant cette reproduction lors de la mise en circulation sur le territoire national de ces supports et de ces appareils», et non «la reproduction privée d'œuvres et de prestations sur tout support autre que sur papier ou support similaire, ou d'appareils manifestement utilisés pour cette reproduction»;

Considérant qu'il n'en résulte aucune incompatibilité avec la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dont l'article 5, 2, b, autorise des exceptions au droit exclusif des titulaires de droits d'auteur d'autoriser ou d'interdire la reproduction «lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable...»; qu'en visant «tout» support, la directive ne peut raisonnablement être interprétée comme ne visant que les supports manifestement utilisés à cette fin; qu'il y a d'autant moins lieu de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne la question proposée par les requérantes que la Cour, dans son arrêt du 21 octobre 2010 (aff. C-467/08, *Padawan SL*) invoqué par les requérantes dans leur dernier mémoire, a émis les considérations suivantes (alinéas 54 à 58 des motifs):

« ... dès lors que les équipements en cause ont été mis à la disposition des personnes physiques à des fins privées, il n'est nullement nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées à l'aide de ces derniers et ont ainsi effectivement causé un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée.

En effet, ces personnes physiques sont légitimement présumées bénéficier intégralement de cette mise à disposition, c'est-à-dire qu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées auxdits équipements, y compris celle de reproduction.

Il s'ensuit que la simple capacité de ces équipements ou de ces appareils à réaliser des copies suffit à justifier l'application de la redevance pour copie privée, à la condition que lesdits équipements ou appareils aient été mis à disposition des personnes physiques en tant qu'utilisateurs privés.

Une telle interprétation est corroborée par le libellé du trente-cinquième considérant de la directive 2001/29. En effet, celui-ci mentionne, comme

critère utile pour la détermination du niveau de la compensation équitable, non simplement le “préjudice” en tant que tel, mais le préjudice “potentiel”. Le caractère “potentiel” du préjudice causé à l’auteur de l’œuvre protégée réside dans la réalisation de la condition nécessaire préalable consistant en la mise à disposition d’une personne physique d’équipements ou d’appareils permettant d’effectuer des copies, qui ne doit pas être nécessairement suivie de la réalisation effective de copies privées.

En outre, la Cour a déjà jugé que, du point de vue du droit d’auteur, il y a lieu de prendre en compte la simple possibilité pour l’utilisateur final, en l’espèce les clients d’un établissement hôtelier, de visionner les œuvres radiodiffusées au moyen d’appareils de télévision et d’un signal télévisé mis à leur disposition par ledit établissement, et non l’accès effectif desdits clients à ces œuvres (arrêt du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, points 43 et 44).»;

Considérant qu’il en résulte que des appareils et supports utilisables pour la copie privée peuvent faire l’objet d’une rétribution, quand bien même ils ne sont pas effectivement utilisés pour effectuer des copies, ou qu’ils le sont peu;

Considérant en outre que la question de savoir si une rétribution est due à raison de copies effectuées illégalement est sans rapport avec la légalité de l’arrêté attaqué; qu’il n’y a pas lieu de la poser;

Considérant que la légalité de l’arrêté attaqué ne doit être appréciée qu’au regard de la loi du 30 juin 1994, sans tenir compte de la modification y apportée par la loi du 22 mai 2005, qui n’est toujours pas entrée en vigueur;

Considérant qu’il n’est pas contesté que des téléphones portables dotés de fonctions dites MP3 ou MP4 puissent être utilisés pour la reproduction d’œuvres musicales, quand bien même ce n’en serait qu’une fonction accessoire et, en pratique, peu utilisée; que, de même, des cartes mémoires sont des accessoires permettant de stocker toute forme d’information numérique, y compris de la musique; que l’arrêté attaqué n’a pas dénaturé la portée de la loi en soumettant ces appareils et supports à une rémunération au profit des titulaires de droits d’auteur; que le moyen n’est pas fondé;

Considérant que les requérantes prennent un second moyen de la violation de l’article 5, § 2, b) de la directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information et des articles 10 et 249, alinéa 3, du Traité de Rome,

en ce que l’acte attaqué impose le paiement d’une rémunération pour copie privée sur les téléphones portables munis d’une fonction MP3 ou MP4 et sur les cartes mémoires sans aucune prise en compte de l’application ou de la non-application des mesures techniques,

alors que l'article 5, § 2, b) de la directive impose que l'application ou la non-application de mesures techniques soit nécessairement prise en compte pour la fixation de la compensation équitable due aux titulaires de droits à raison de l'exception ou de la limitation de leur droit de reproduction;

que, dans les développements du moyen, elles exposent en substance que si une œuvre musicale est protégée contre toute forme de copie par une mesure technique, il ne se justifie pas de rémunérer les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins pour une reproduction privée qui n'est pas possible, que la directive prend cet élément en considération en son article 5.2.b, et que le législateur en a tenu compte dans la version de l'article 56 de la loi du 30 juin 1994 qu'a établie la loi du 22 mai 2005, mais que cette disposition n'est toujours pas mise en vigueur, et que l'arrêté attaqué n'en tient pas compte, violant par là la directive;

Considérant que la disposition pertinente de la directive (l'article 5.2.b) est rédigée comme suit:

« Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:
b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés»;

Considérant que ce texte confère aux États une «faculté» pour établir des «exceptions ou limitations»; qu'il prescrit qu'«une compensation équitable» soit prévue pour les titulaires de droits, satisfaction «qui prend en compte» l'éventuelle application de mesures techniques; que sur tous ces points, la directive laisse aux États un pouvoir d'appréciation;

Considérant que pour être directement applicable, une disposition de droit international ou d'une directive doit être claire, qu'elle doit consacrer une obligation juridiquement complète qui impose aux États, soit de s'abstenir, soit d'agir d'une manière déterminée; que la règle directement applicable ne saurait laisser à l'État de pouvoir discrétionnaire; que l'article 5.2.b, de la directive 2001/29/CE laissant aux États, sur plusieurs points, un pouvoir discrétionnaire quant aux mesures à adopter pour en assurer la transposition, il n'est pas directement applicable et ne saurait fonder un moyen d'annulation;

Considérant que le moyen n'identifie pas les dispositions du «Traité de Rome» auxquelles il se réfère en mentionnant ses articles 10 et 249 (la version d'origine ne comportait que 248 articles, aucune des versions consolidées n'est publiée sous la dénomination de «Traité de Rome»), et qu'il n'indique pas en quoi

ces dispositions auraient été méconnues; que le moyen n'est pas recevable en tant qu'il est pris de la violation de ces dispositions; que, pour le surplus, il n'est pas fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros, sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 237,5 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le premier décembre deux mille onze par :

M. M. LEROY,	président de chambre,
M. Ph. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M. I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY