

N° 4921⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI**sur la protection juridique des services à accès conditionnel
et des services d'accès conditionnel**

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DES MEDIAS
ET DES COMMUNICATIONS**

(4.7.2002)

La Commission se compose de: M. Laurent MOSAR, Président; M. Patrick SANTER, Rapporteur; Mme Simone BEISSEL, M. Alex BODRY, Mme Mady DELVAUX-STEHRÉS, M. Robert GARCIA, M. Marcel GLESENER, M. Fernand GREISEN, M. Jean-Marie HALSDORF, M. Paul HELMINGER et M. Jean-Paul RIPPINGER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le 1er mars 2002, le Ministre délégué aux Communications a déposé le projet de loi sous rubrique à la Chambre des Députés. Le projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et du texte de la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 à transposer.

Dans sa réunion du 27 juin 2002, la Commission des Médias et des Communications a désigné un rapporteur en la personne de Patrick Santer. Au cours de la même réunion, la commission parlementaire a procédé à l'analyse du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat émis le 14 mai 2002.

La Chambre des Employés privés a émis son avis en date du 26 mars 2002. La Chambre de Commerce s'est prononcée sur le texte le 6 mai 2002. La Chambre des Métiers a rendu son avis en date du 5 mai 2002, tandis que l'avis de la Chambre de Travail a été émis en date du 17 juin 2002.

Le présent rapport a été adopté en date du 4 juillet 2002, sous réserve de l'approbation du Conseil d'Etat de l'amendement relatif à l'article 1er.

*

II. OBJET DE LA PRESENTE LOI

Le présent projet de loi se propose de transposer en droit interne la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

**La directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil
du 20 novembre 1998**

Le texte de cette directive vise à fournir une protection juridique adéquate contre la mise sur le marché d'un dispositif illicite qui rendrait possible de contourner toute mesure technique prise pour protéger la rémunération d'un service protégé de radiodiffusion télévisuelle, de radiodiffusion sonore et de la société de l'information. Selon l'exposé des motifs du projet de loi sous rubrique, la transposition de la directive entraîne une amélioration de la protection juridique des prestataires de services à accès et d'accès conditionnel.

La nécessité d'une action communautaire a été justifiée par le défaut de réglementation et de protection, et par la disparité des réglementations nationales existantes. La directive se propose ainsi de créer les bases d'une protection minimale dans l'ensemble des Etats membres.

Le législateur avait le choix soit de prévoir une loi spécifique ayant pour objet la protection en matière de services à accès et d'accès conditionnel, soit d'intégrer les dispositions dans la législation existante en matière des médias, en l'occurrence la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, telle que modifiée, et la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, telle que modifiée, ou dans le code pénal ou civil.

Le législateur a toutefois opté pour la mise en place d'une législation spécifique alors que le champ d'application des dispositions en ce qui concerne les services visés ne se recoupe pas avec les programmes visés par les lois citées ci-dessus. La transposition en droit luxembourgeois des principes de la directive va enrichir la panoplie des moyens juridiques dont disposent les prestataires de services à accès ou d'accès conditionnel, afin de se protéger contre la réception illicite de leurs services.

Une protection actuelle insuffisante

Il convient de rappeler brièvement les dispositions actuellement en vigueur en la matière.

Les prestataires de service peuvent intenter une action en concurrence déloyale ayant pour but d'obtenir la cessation de l'activité illicite. L'introduction d'une telle action suppose toutefois que le demandeur fournisse la preuve de l'existence d'une relation concurrentielle entre les parties au litige. Dans une affaire opposant la société de droit français Canal + à un défendeur luxembourgeois offrant au Luxembourg l'accès illicite au bouquet de chaînes de télévision cryptées de la demanderesse, la juridiction luxembourgeoise a déclaré qu'une simple possibilité de préjudice, voire la possibilité virtuelle d'un préjudice, était suffisante pour fonder la compétence du magistrat compétent en matière d'action en cessation d'un acte de concurrence déloyale.

Les prestataires peuvent encore se prévaloir des principes du droit commun de la responsabilité pour faute. Il faut toutefois constater que cette action est peu adaptée aux besoins des opérateurs de services lesquels, avant toute indemnisation du dommage subi, ont intérêt à obtenir dans les meilleurs délais la cessation de l'activité illicite ainsi que la saisie, voire même la destruction du matériel permettant l'accès illicite.

Les actions basées sur le droit de la propriété industrielle ne conviennent pas aux prestataires visés pour deux raisons. D'une part, les prestataires ne sont pas nécessairement titulaires des droits de propriété industrielle impliqués. D'autre part, afin de prospérer dans une demande de contrefaçon, les prestataires sont obligés de dévoiler la technologie utilisée et de prouver que le dispositif illicite constitue une copie du système original.

La législation sur le droit d'auteur et les droits voisins ne constitue pas non plus une voie pertinente à explorer, du fait que la réception n'est pas un acte relevant au titre du droit d'auteur. Celui-ci a surtout vocation à sanctionner une atteinte méchante ou frauduleuse aux droits d'exploitation des auteurs et titulaires de droits voisins parmi lesquels figurent le droit d'autoriser la reproduction ainsi que le droit d'autoriser toute forme de communication publique, tandis que la simple réception n'est pas couverte par le droit d'auteur.

Le développement des services à accès et d'accès conditionnel

Depuis deux décennies, le paysage audiovisuel européen est enrichi par un nombre croissant des opérateurs de services de radiodiffusion télévisuelle et sonore ayant recours au cryptage ou à une autre technique d'accès conditionnel. Le Grand-Duché n'a pas été exclu de cette évolution, avec un premier bouquet de télévision à péage lancé fin 2000 par la société luxembourgeoise *Aurora Media Technologies*. La souscription d'abonnements représente souvent une source importante de revenus de tels prestataires. Dans cette optique, toute activité illicite ayant pour but d'assurer la réception en clair des offres contenues dans le bouquet offert, sans verser la rémunération prévue, lèse les intérêts de l'opérateur et compromet ainsi la viabilité de l'entreprise.

Les facteurs ayant favorisé le cryptage

- Il faut de prime abord souligner l'insuffisance des sources traditionnelles de financement des médias, en l'occurrence la publicité et le parrainage. Les prestataires voient dans le cryptage des signaux un

moyen de soumettre la réception des signaux sous une forme intelligible à une autorisation préalable moyennant l'acquiescement par le consommateur d'une rémunération. Le consommateur est ainsi obligé de se procurer le matériel technique indispensable et de solliciter l'autorisation sous forme d'abonnement à souscrire auprès du fournisseur du service.

- Des réflexions d'ordre juridique ont également favorisé le recours au cryptage, en l'occurrence certaines dispositions relatives à la propriété intellectuelle. Grâce au cryptage, l'opérateur est en mesure de limiter la réception des signaux et leurs contenus aux territoires pour lesquels il a acquis les droits d'exploitation.
- L'accroissement des capacités de transmission des données, en raison des possibilités qu'offrent les technologies numériques, a entraîné la multiplication des offres de services, les prestataires s'efforçant de répondre aux besoins spécifiques d'un public déterminé et de cibler un public plus restreint. Ces offres spécifiques ne permettent pas une commercialisation à l'image des services visant un public plus large. Dans cette optique, le cryptage s'impose comme moyen adéquat afin d'assurer la viabilité de ces services.

Le piratage

Parallèlement à l'apparition des services cryptés, une industrie pirate spécialisée dans la fabrication et la mise sur le marché de matériels de décodage ou de décryptage illicites s'est développée dans certains pays. A ces activités s'ajoutent des activités accessoires, telle que la publication de magazines spécialisés et la création de services d'entretien et d'après-vente.

Les prestataires de services sont dès lors obligés à développer de nouveaux systèmes de plus en plus sophistiqués, qui entraînent des coûts remarquables pour ces entreprises. Les pratiques des entreprises pirates sont susceptibles d'ébranler la confiance des consommateurs. Enfin, les titulaires des droits sur les oeuvres, qui sont incluses dans les bouquets cryptés, peuvent développer une certaine méfiance à l'égard de cette forme de mise à disposition du public, lorsqu'ils s'aperçoivent que les systèmes de cryptage utilisés peuvent être piratés et permettre ainsi à une audience plus élevée de profiter de leurs oeuvres, sans qu'ils puissent obtenir en contrepartie une rémunération prenant en compte l'audience réelle.

Les moyens de protection proposés

Par la transposition de la directive, il est, d'une part, proposé de prévoir dans ce domaine une action en cessation spécifique des activités illicites, dont la recevabilité n'est pas soumise à l'existence d'une situation concurrentielle. Il est, d'autre part, prévu de créer de nouvelles infractions afin de sanctionner pénalement les activités illicites. Lors d'une procédure pénale, la saisie du matériel illicite peut être ordonnée par le juge d'instruction. La confiscation et la destruction du matériel peuvent être prononcées dans une phase ultérieure par les juridictions du fond.

L'action pénale répondra ainsi aux attentes de la victime pour qui l'élimination du matériel illicite des circuits commerciaux ainsi que sa suppression définitive sont primordiales. La voie répressive aura un effet dissuasif réel dans la mesure où l'éventualité de sanctions pénales est susceptible de provoquer l'arrêt des activités illicites. Par contre, une condamnation à des dommages et intérêts n'a pas le même effet d'intimidation en raison des recettes et bénéfices issus des activités illicites.

*

III. LES AVIS DES CHAMBRES PROFESSIONNELLES

La Chambre des Employés privés

La Chambre des Employés privés approuve le projet de loi dans son ensemble, alors qu'il répond à suffisance aux exigences posées par la directive européenne de 1998, et qu'il constitue un instrument de lutte contre le piratage. Elle déplore néanmoins la transposition tardive de la directive 98/84/CE, qui dispose en son article 6 l'obligation de procéder à une transposition le 28 mai 2000 au plus tard.

La Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce a fourni un avis exhaustif et détaillé sur le projet de loi sous rubrique en date du 6 mai 2002. Il est judicieux de consulter le commentaire des articles pour les remarques émises par la chambre professionnelle.

La Chambre des Métiers

Dans son avis du 5 mai 2002, la Chambre des Métiers constate, après examen du projet sous avis, que celui-ci ne donne pas lieu à des observations particulières.

La Chambre de Travail

La Chambre de Travail a fourni un avis exhaustif en date du 17 juin 2002. A l'exception de quelques remarques d'ordre général, la chambre professionnelle marque son accord au projet de loi sous avis.

*

IV. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er

L'article donne les définitions des notions de service protégé, accès conditionnel, dispositif d'accès conditionnel, dispositif illicite et services connexes. Ces définitions sont reprises de la directive. Les notions de services connexes et dispositif d'accès conditionnel ne se retrouvent pas dans les autres articles du projet de loi. Ces définitions ont néanmoins été intégrées dans la transposition alors que la directive s'y réfère dans son article relatif aux principes du marché intérieur, qu'il n'y a pas lieu de transposer.

Sous réserve de l'approbation du Conseil d'Etat, il est indiqué de remplacer à l'article 1er I.2) le „a)“ par „1)“. A l'exception de cette modification rédactionnelle, l'article est sans observation.

Article 2

L'article énonce les activités illicites. La Chambre de Commerce a voulu insérer une définition plus précise des activités commerciales et renvoie ainsi aux dispositions de l'article 46 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique. La commission a souhaité maintenir le texte initial.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs recommandé d'écrire, au point 1, „ou de mettre sur le marché de quelque façon que ce soit, un ou plusieurs dispositifs ...“. La commission se rallie à la Haute Corporation.

La commission a en outre débattu sur l'observation émise en ce qui concerne la limitation du caractère illicite des activités à celles qui sont effectuées à des fins commerciales. Le Conseil d'Etat constate que les activités de piratage exercées à des fins purement privées ne sont pas incriminées en droit luxembourgeois. La commission partage l'avis des auteurs du projet de loi sous rubrique de ne pas étendre l'article 2 à des fins purement privées. Se pose cependant la question de savoir ce qu'il faut entendre par „à des fins commerciales“. La commission estime que la commercialité ne doit pas dépendre de la qualification de commerçant telle que cette notion est définie à l'article 1er du Code de commerce. La commercialité visée à l'article 2 du projet de loi existe dès qu'il y a eu fabrication, importation, installation, détention, etc. de dispositifs illicites contre rémunération de quelque sorte que ce soit ou un quelconque autre avantage.

Article 3

L'article est relatif à la nouvelle action en cessation spécifique. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi le magistrat compétent est le président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière civile, et non pas le magistrat présidant la chambre du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, alors que tant le prestataire de services protégés bénéficiaire du recours que le contrevenant agissent nécessairement à des fins commerciales. Le Conseil d'Etat recommande dès lors d'attribuer la compétence en matière d'action en cessation au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

La commission se rallie au Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat souhaite par ailleurs maintenir l'opposition comme voie de recours, alors qu'il s'agit d'une voie de recours non dilatoire vu que l'ordonnance de référé rendue en la matière est de toute façon exécutoire. Le Conseil d'Etat propose dès lors de supprimer la phrase „Toutefois, par dérogation à l'article 939, paragraphe 2 du nouveau code de procédure civile, l'ordonnance de référé n'est pas susceptible d'opposition“. Les mêmes observations sont d'ailleurs exprimées par la Chambre de Commerce qui réitère ses remarques émises à l'occasion du projet de loi 4781 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

La commission entend maintenir le texte gouvernemental. En effet si parallélisme il doit y avoir entre l'action en cessation de l'article 3 avec celle organisée par la loi du 27 novembre 1986 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale, ce parallélisme doit être total. Une bonne légistique abhorre l'existence d'actions en cessation ayant chacune un régime spécifique qui ne se démarque des autres que par des détails de procédure.

Enfin, le Conseil d'Etat se rallie à la considération qu'il n'est pas nécessaire de prévoir dans le projet de loi sous avis des dispositions spécifiques relatives à l'indemnisation du prestataire lésé, alors que l'arsenal juridique offre suffisamment de voies pour obtenir des dommages-intérêts.

Article 4

L'article est sans observation.

Articles 5 et 6

Le Conseil d'Etat reprend son observation relative à la nature commerciale de la compétence, de sorte que le juge compétent visé à l'alinéa 1er de l'article 5 et à l'alinéa 2 de l'article 6 serait également le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. La commission approuve les suggestions du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat souligne par ailleurs que l'article 6, alinéa 1, déroge expressément au principe que le pénal tient le civil en l'état. La précision expresse que l'action en cessation n'est pas paralysée par une poursuite pénale concomitante enlève dès lors tout doute quant à l'application éventuelle de l'adage susindiqué.

Article 7

Les sanctions pénales sont fixées à l'article 7. Le Conseil d'Etat suggère de mettre un point après „seulement“ et de supprimer dès lors la partie „quiconque commet sciemment une infraction aux dispositions de l'article 2 de la présente loi“. La Chambre de Commerce évoque d'ailleurs les mêmes problèmes de compréhension du libellé de l'article. La commission se rallie aux propositions du Conseil d'Etat.

Article 8

En matière de confiscation, l'article 8 déroge expressément au droit commun dans cette matière. De prime abord, la confiscation des dispositifs illicites sera toujours prononcée, alors qu'elle est facultative en droit commun. En deuxième lieu, la propriété de ces dispositifs illicites est sans importance. Enfin, leur destruction peut être ordonnée. Le Conseil d'Etat, tout comme la commission, marque son accord à ces dérogations, alors qu'elles devraient avoir un caractère dissuasif pour le contrevenant et qu'elles sont très protectrices du prestataire lésé.

L'article est sans observation.

Article 9

La Haute Corporation estime que l'article est superfétatoire dans la mesure où l'article ne prévoit pas d'entrée en vigueur dérogatoire au droit commun. La commission se rallie à cette proposition.

Article 9 (nouveau selon le Conseil d'Etat)

Dans la mesure où l'article 5 prévoit la possibilité de la publication ou de l'affichage de l'ordonnance de cessation, il est indiqué de rendre possible également la publication ou l'affichage de la décision pénale, surtout d'ailleurs dans l'hypothèse d'un acquittement, où la publication aux frais de l'Etat constitue précisément la contrepartie de la publication de l'ordonnance de référé qui, elle, avait retenu le reproche contre le défendeur. Dans cette optique, le Conseil d'Etat propose d'insérer un nouvel article 9 ayant la teneur suivante:

„**Art. 9.** Le juge pourra prononcer en cas de condamnation l'affichage ou la publication de la décision. Dans l'hypothèse d'une décision d'acquiescement, il pourra en ordonner la publication aux frais de l'Etat.“

La commission est d'accord avec la proposition du Conseil d'Etat.

V. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION DES MEDIAS ET DES COMMUNICATIONS

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Médias et des Communications recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous objet dans la version ci-après:

*

„PROJET DE LOI sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel

Chapitre 1er. – *Des définitions*

Art. 1er.– Aux fins de la présente loi, on entend par

- I. „service protégé“:
- 1) l'un des services suivants, pour autant qu'il soit fourni moyennant paiement et sur la base d'un accès conditionnel:
 - a) radiodiffusion télévisuelle: l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes destinés au public, y compris la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public
 - b) radiodiffusion sonore: la transmission avec ou sans fil, y compris par satellite, de programmes de radio destinés au public
 - c) service de la société de l'information: tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. Aux fins de la présente définition, on entend par les termes:
 - „à distance“: un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes,
 - „par voie électronique“: un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique et de stockage de données), et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques,
 - „à la demande individuelle d'un destinataire de services“: un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.
 - ou
 - 2) la fourniture d'un accès conditionnel aux services mentionnés sous 1) considérée comme un service à part entière;
- II. „accès conditionnel“: toute mesure et/ou tout dispositif techniques subordonnant l'accès au service protégé sous une forme intelligible à une autorisation individuelle préalable;
- III. „dispositif d'accès conditionnel“: tout équipement ou logiciel conçu ou adapté pour permettre l'accès au service protégé sous une forme intelligible;
- IV. „dispositif illicite“: tout équipement ou logiciel conçu ou adapté pour permettre l'accès à un service protégé sous une forme intelligible sans l'autorisation du prestataire de services;
- V. „services connexes“: l'installation, l'entretien ou le remplacement de dispositifs d'accès conditionnel ainsi que la fourniture de services de communications commerciales ayant trait à ces dispositifs ou à des services protégés.

Chapitre 2. – *Des activités illicites*

Art. 2.– Il est interdit:

- 1) de fabriquer, d'importer, de distribuer, de louer, de vendre ou d'offrir en vente, ou d'offrir ou de mettre sur le marché de quelque façon que ce soit un ou plusieurs dispositifs illicites à des fins commerciales;
- 2) de détenir un ou plusieurs dispositifs illicites à des fins commerciales;

- 3) d'installer, d'entretenir ou de remplacer un ou plusieurs dispositifs illicites à des fins commerciales;
- 4) d'avoir recours aux communications commerciales pour promouvoir un ou plusieurs dispositifs illicites.

Chapitre 3. – De l'action en cessation

Art. 3.– Sans préjudice de toute autre voie de droit, le prestataire d'un ou des services protégés dont les intérêts sont lésés par une des activités visées à l'article 2 de la présente loi peut intenter une action en cessation devant le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale aux fins de faire constater et de faire cesser la ou les activité(s) illicite(s).

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 932 à 940 du nouveau code de procédure civile. Toutefois, par dérogation à l'article 939, paragraphe 2 du nouveau code de procédure civile, l'ordonnance de référé n'est pas susceptible d'opposition.

Art. 4.– Sont également applicables les articles 2059 à 2066 du Code civil relatifs à l'astreinte.

Art. 5.– Le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, saisi d'une action en cessation, peut encore, selon la manière qu'il jugera appropriée, ordonner la publication et l'affichage de toute ou partie de l'ordonnance, aux frais de la partie qui succombe.

Il ne peut être procédé à l'affichage ou à la publication qu'en vertu d'une décision judiciaire non susceptible d'appel.

Art. 6.– Il est statué sur l'action en cessation nonobstant toute poursuite exercée en raison des mêmes faits devant une juridiction pénale.

La cessation ordonnée par le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale prend toutefois fin en cas d'acquiescement irrévocable par le juge pénal.

Chapitre 4. – Des sanctions pénales

Art. 7.– Les infractions à l'article 2 de la présente loi sont punies d'une peine d'emprisonnement de 8 jours à deux ans et d'une amende de 251 à 100.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

Art. 8.– Par dérogation aux articles 31 et 32 du code pénal, la confiscation des dispositifs illicites, du matériel et support relatifs aux communications commerciales et des gains provenant des activités interdites sera toujours prononcée, et ce même s'ils n'appartiennent pas au condamné.

Art. 9.– Le juge pourra prononcer en cas de condamnation l'affichage ou la publication de la décision. Dans l'hypothèse d'une décision d'acquiescement, il pourra en ordonner la publication aux frais de l'Etat.“

Luxembourg, le 4 juillet 2002

Le Président,
Laurent MOSAR

Le Rapporteur,
Patrick SANTER

