

N° 4921²**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**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(14.5.2002)

Par dépêche du 5 mars 2002, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis au Conseil d'Etat le projet de loi sous avis, élaboré par le ministre délégué aux Communications. Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, du texte de la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 à transposer, ainsi que des avis des instances judiciaires qui avaient été demandés par le ministre de la Justice au cours des travaux préparatoires.

L'avis de la Chambre des employés privés en date du 26 mars 2002 a été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 17 avril 2002.

Il faut encore signaler que la date limite pour la transposition de la directive 98/84/CE précitée était le 28 mai 2000, soit presque deux années avant que le Conseil d'Etat ne soit saisi du dossier. Un recours contre le Luxembourg a d'ailleurs été initié par la Commission européenne.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La directive 98/84/CE prend son origine dans la constatation que ce qu'il est convenu d'appeler les services protégés, à savoir la radiodiffusion télévisuelle ou sonore et les services de la société de l'information, à condition qu'ils soient fournis moyennant rémunération et sur base d'un accès conditionnel, ne sont pas suffisamment mis à l'abri d'abus et de piratage par les moyens juridiques disponibles actuellement. Ceci est d'autant plus vrai alors que la protection, pour autant qu'elle existe, est disparate selon les Etats membres de l'Union européenne. Or, des services protégés qui sont par nature transfrontaliers doivent dès lors trouver une protection minimale partout dans l'Union. La directive 98/84/CE est de ce fait une directive d'harmonisation minimale, basée sur le principe de la proportionnalité.

Le Luxembourg a opté pour une transposition au moyen d'une loi spécifique, alors qu'il semble difficile d'intégrer les prescriptions de la directive à transposer dans les textes existant actuellement en matière de médias et de télécommunications, à savoir la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, et la loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications.

*

EXAMEN DES ARTICLES*Article 1er*

Cet 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 pas lieu de transposer.

Le commentaire des articles explique longuement la signification concrète des notions définies, de même que leurs limites.

Article 2

L'article 2 énonce les activités illicites. De nouveau, il s'agit d'une transposition quasi textuelle de la directive. Le Conseil d'Etat recommande cependant d'écrire, au point 1, „ou de mettre *sur le marché* de quelque façon *que ce soit*, un ou plusieurs dispositifs ...“.

Le Conseil d'Etat constate cependant que les auteurs du projet de loi ont limité le caractère illicite de ces activités à celles qui sont exercées à des fins commerciales. Il en résulte que les activités de piratage exercées à des fins purement privées ne sont pas incriminées en droit luxembourgeois.

Article 3

L'objectif principal de la directive consiste à mettre à la disposition des prestataires lésés de services protégés des recours juridiques efficaces et de mettre en place des sanctions effectives à l'égard des contrevenants, sans que ces sanctions doivent nécessairement être de nature pénale. En effet, la directive oblige les Etats membres à établir des sanctions „effectives, dissuasives et proportionnées“ et à faire en sorte que les dispositifs illicites soient „éliminés des circuits commerciaux“ (article 5 de la directive). Par ailleurs, les prestataires doivent pouvoir tenter une action en dommages-intérêts.

Le Luxembourg se propose de créer à cet effet, d'une part, une action en cessation spécifique, d'autre part, de mettre en place des sanctions pénales à leur tour spécifiques.

L'article 3 est relatif à la nouvelle action en cessation spécifique.

Le Conseil d'Etat se demande cependant 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.

De plus, le Conseil d'Etat propose de 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. La dernière phrase de l'alinéa 2 est dès lors à supprimer.

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 notre arsenal juridique offre suffisamment de voies pour obtenir des dommages-intérêts.

Article 4

Cet article ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles 5 et 6

En premier lieu, 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 1 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.

Il convient par ailleurs de souligner que l'article 6, alinéa 1, déroge expressément au principe que le pénal tient le civil en l'état. La jurisprudence retient certes en pratique cette dérogation en matière de référé, mais la disposition expresse dans le projet sous avis garde son utilité dans la mesure où il s'agit en l'espèce d'une procédure introduite et jugée comme en matière de référé, sans que ce soit pour autant un référé au sens juridique strict. 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.

Articles 7 et 8

Ces articles sont relatifs aux sanctions pénales.

En premier lieu, il convient, à l'article 7, de mettre un point après „seulement“ et de supprimer le reste de la phrase, alors que le texte ne fait pas de sens cohérent. Par ailleurs, il n'est point besoin de préciser que les infractions en matière délictuelle doivent être commises sciemment, alors que le dol général est toujours requis en matière délictuelle par application du droit commun.

En second lieu, en matière de confiscation, l'article 8 déroge expressément au droit commun dans cette matière, et ce à un triple égard. En premier lieu, la confiscation des dispositifs illicites sera toujours prononcée, alors qu'elle est facultative en droit commun. En deuxième lieu, la propriété de ces dispositifs est sans importance, et enfin, leur destruction peut être ordonnée. Le Conseil d'Etat 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.

Article 9 (nouveau selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose d'ajouter un nouvel article 9, libellé comme suit:

„**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.“

En effet, dans la mesure où l'article 5 prévoit la possibilité de la publication ou de l'affichage de l'ordonnance de cessation, il est cohérent de rendre possible également la publication ou l'affichage de la décision pénale, surtout d'ailleurs dans l'hypothèse d'un acquiescement, 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.

Article 9

De l'avis du Conseil d'Etat, cet article est superfétatoire dans la mesure où cet article ne prévoit pas d'entrée en vigueur dérogatoire au droit commun.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 14 mai 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

