

04.022

**Message
relatif à l'approbation de la Convention européenne
sur la protection juridique des services à accès conditionnel
et des services d'accès conditionnel**

du 7 avril 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous soumettons à votre approbation le projet de ratification de la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

7 avril 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

La présente Convention du Conseil de l'Europe sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, soumise à l'approbation du législateur, a pour objectif de régler un problème grave qui se pose actuellement dans le secteur audiovisuel européen, à savoir celui de l'accès non autorisé aux services cryptés.

L'accès à ces services cryptés, que ce soit dans le domaine de la télévision, de celui de la société de l'information ou, dans une moindre mesure, de celui de la radio, est généralement garanti contre paiement. Or, l'accès illicite à ce type de programmes ou la piraterie de ces derniers nuisent non seulement aux intérêts des exploitants, mais aussi à ceux des créateurs, des détenteurs de droits et du grand public, puisque les pertes de recettes subies par les entités concernées peuvent se répercuter sur la diversité des programmes et sur l'innovation en matière de services.

Malgré l'efficacité croissante des moyens d'autoprotection (p.ex. décodeurs), le risque d'accès non autorisé ou de falsification demeure, raison pour laquelle la création d'un instrument juridique européen commun s'impose pour protéger les services en question.

La mise en œuvre de cette convention permet à la Suisse de devenir eurocompatible dans ce domaine, et de s'intégrer pleinement à l'arsenal juridique européen.

La convention comprend les définitions harmonisées des activités illicites et des sanctions correspondantes. En outre, elle règle les problèmes de collaboration internationale, fondamentale dans ce domaine, ainsi que le règlement des litiges.

Compatible avec la législation suisse, la convention n'entraîne pas de modification ni d'ajout dans les lois en vigueur et n'implique aucune charge financière supplémentaire.

Message

1 **Partie générale**

1.1 **Contexte**

Bien qu'aucun cas concret n'ait été traité récemment par les tribunaux suisses en la matière, la réception illicite de services protégés dans les domaines de la radio, de la télévision et de la société de l'information en général constitue un problème qui préoccupe de plus en plus le secteur audiovisuel en Europe et en Suisse. Les programmes TV cryptés ne peuvent en général être reçus que contre paiement. L'accès non autorisé à ces programmes et à d'autres services protégés, ainsi que les effractions dans des systèmes de données cryptés, nuisent en premier lieu aux intérêts des exploitants qui subissent ainsi des pertes de recettes. Ces activités illégales peuvent toutefois aussi avoir des conséquences indirectes sur d'autres acteurs du marché, comme les créateurs, les détenteurs de droits, et le public en général, puisque les pertes de recettes subies par les entités concernées peuvent se répercuter sur la diversité des programmes et l'innovation en matière de services.

Malgré l'efficacité croissante des moyens d'«autoprotection» comme les décodeurs, le risque d'accès non autorisé ou de falsifications demeure. Par ailleurs, le secteur de l'audiovisuel en Suisse et en Europe craint l'apparition d'autres activités illicites liées au développement des nouveaux médias numériques, services et bouquets de programmes, et souhaite par conséquent disposer d'un instrument qui lui offre une sécurité suffisante¹. Pour cette raison, les auteurs de la convention estiment que l'élaboration d'un instrument juridique commun à toute l'Europe est nécessaire pour protéger ces systèmes.

1.2 **Résultats de la procédure préliminaire**

De par son étendue géographique et son expérience en matière de législation et de politique des médias, le Conseil de l'Europe est apparu comme un cadre adéquat pour l'élaboration d'un instrument contraignant de ce type.

C'est la raison pour laquelle le Comité directeur sur les moyens de communication de masse (CDMM) a décidé en 1998, sur proposition de la Commission européenne, de concevoir un instrument juridique contraignant qui garantisse à l'Europe une protection juridique comparable à celle existant dans le cadre de la Directive 98/84/CE concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (cf. ch. 5 du présent message). Grâce à cette nouvelle convention, la protection de ces services sera étendue également à d'autres pays que ceux de l'Union européenne.

La directive de l'UE susmentionnée était encore en cours d'élaboration à cette époque, et il a été estimé qu'un instrument juridique contraignant du Conseil de l'Europe sur le même sujet constituerait un complément judicieux à la directive, en

¹ Ces craintes doivent aussi être considérées en rapport avec les problèmes qui sont apparus dans un autre domaine, c'est-à-dire avec les systèmes MP3, et notamment avec Napster.

permettant une lutte contre l'accès non autorisé aux services cryptés au niveau paneuropéen.

Il a également été décidé que cet instrument juridique contraignant aurait la forme d'une convention basée sur la directive et sur les deux recommandations du Conseil de l'Europe existant déjà à ce sujet, (R(91)14 et R(95)1).

La Suisse a collaboré activement à l'élaboration de la convention au sein du Conseil de l'Europe.

2 **Partie spéciale**

2.1 **Contenu de la convention**

Cette partie ne traite que les articles importants pour la Suisse.

Art. 1 **Objet et but**

Le champ d'application de la convention est très large, puisqu'il comprend un nombre presque illimité de services et d'aides techniques permettant l'accès aux services en question. Il englobe la totalité des services qui sont fournis contre paiement et accessibles individuellement par la radio, la télévision ou la société de l'information (internet) (avocats-conseils, enseignement à distance, courtiers en ligne, agences de voyages, services de santé, de météo, vidéo à la demande, musique à la carte, sans oublier bien sûr la télévision payante, etc.). L'accès à ces services contre paiement est soumis à un contrôle d'accès (cryptage) ou à des services de contrôle d'accès (brouillage, verrouillage électronique, mots de passe).

Art. 3 **Bénéficiaires**

En vertu de l'art. 3, la présente convention s'applique à toutes les personnes physiques et morales offrant un service protégé contre paiement. Ces personnes bénéficient en Suisse de la protection juridique, même si leur pays d'origine ou de domicile n'offre pas de protection comparable aux exploitants étrangers (protection universelle). Cet article exclut de manière générale toute réserve au principe de réciprocité.

Art. 4 **Infractions**

L'art. 4 détaille les activités illicites possibles de façon exhaustive. Il stipule que chaque Partie peut, à tout moment, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, déclarer qu'elle rendra également illégales d'autres activités que celles mentionnées dans cet article.

Art. 5 **Sanctions réprimant les activités illicites**

L'art. 5 oblige les Parties à adopter des mesures afin que les activités illicites selon l'art. 4 puissent être réprimées par des sanctions pénales ou administratives. Ces mesures doivent être «effectives, dissuasives et proportionnées à l'incidence potentielle de l'activité illicite», ce qui laisse au législateur national une marge de manœuvre considérable.

Art. 6 Mesures de confiscation

L'autorisation d'effectuer des enquêtes et des saisies représente un instrument décisif de lutte contre les différents types d'accès illicite, raison pour laquelle l'art. 6 oblige les Parties à adopter des mesures appropriées afin de permettre la saisie et la confiscation des dispositifs illicites ainsi que la confiscation de tous les bénéfices et gains financiers résultant de l'activité illicite.

Art. 8 Coopération internationale

L'art. 8 prévoit deux formes de coopération internationale dans le domaine pénal: la coopération juridique et la coopération administrative. Cet article astreint les Parties à s'accorder mutuellement les mesures les plus larges de coopération conformément aux instruments internationaux pertinents et à leur droit interne. Dans ce contexte, il faut préciser que la Suisse est déjà liée par plusieurs instruments juridiques en matière d'entraide judiciaire, qui règlent notamment les questions telles que celle de la double incrimination. Pour ce qui est de la coopération administrative, l'entraide judiciaire est soumise aux dispositions du droit suisse ainsi qu'à celles de l'art. 8 de la présente convention.

Art. 9 Consultations multilatérales

Selon l'art. 9 de la convention, les représentants des Parties procèdent régulièrement à des consultations multilatérales au sein du Conseil de l'Europe, afin de vérifier l'application de la convention, c'est-à-dire d'examiner de quelle manière elle est mise en œuvre. A cette occasion, les éventuels problèmes découlant de l'application sont analysés et réglés et, le cas échéant, certaines dispositions sont révisées ou développées (notamment les définitions figurant à l'art. 2 de la convention).

La première consultation est tenue dans les deux ans après l'entrée en vigueur de la convention, et ensuite tous les deux ans ainsi que chaque fois qu'une Partie le demande.

Ces consultations ne sont pas ouvertes uniquement aux représentants des Parties: un statut d'observateur est également prévu (en particulier pour la Communauté européenne et pour les Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que pour les autres Etats parties à la Convention culturelle européenne selon l'art. 12, al. 1).

Art. 10 Amendements

L'art. 10, al. 6, de la présente convention prévoit en principe pour les adaptations mineures ou pour les amendements de type technique ou administratif une procédure d'approbation tacite («opting out»), à moins qu'une séance de consultation multilatérale décide, avec le soutien du comité des ministres, d'appliquer également cette procédure à d'autres types d'amendements. Selon la pratique courante en matière d'approbation tacite, procédure prévue pour les conventions internationales, les amendements soumis à ce genre de procédure sont approuvés par le Conseil fédéral.

Art. 12 Signature et entrée en vigueur

L'art. 12 règle la signature et l'entrée en vigueur de la convention. Sa particularité est de permettre une entrée en vigueur très rapide, puisque le consentement de trois Etats à être liés par la convention est suffisant. La convention entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois.

Art. 15 Réserves

En vertu de l'art. 15, les réserves ne sont pas admises.

Art. 16 Règlement des différends

En cas de litige sur l'interprétation ou l'application de la présente convention, les Parties doivent, conformément à l'art. 16, s'efforcer de le régler à l'amiable. En outre, toute procédure de règlement des différends (par exemple intervention d'un tribunal arbitral dont les décisions ont force obligatoire pour les Parties) doit être approuvée par les Parties concernées.

2.2 Rapports de la convention avec le droit national suisse

Pour remplir les exigences de la Convention, le droit interne suisse doit prévoir des mesures effectives, dissuasives et proportionnées sur les plans pénal, administratif et autres, qui couvrent les infractions selon l'art. 4 et les autres obligations résultant de la convention (art. 6 pour les mesures de confiscation et art. 8 pour la coopération internationale, voir ci-dessus).

En ce qui concerne la piraterie, le droit pénal suisse couvre, à l'art. 150^{bis} du code pénal (CP; RS 311.0), les infractions mentionnées à l'art. 4 de la convention pour tous les modes de transmission et tous les systèmes de cryptage prévus par cette dernière. Par ailleurs, les art. 58 et 59 CP comportent les mesures de confiscation effectives, dissuasives et proportionnées qui sont nécessaires.

De ce fait, il n'est pas nécessaire de procéder à une évaluation plus détaillée des autres mesures possibles selon le droit suisse pour lutter contre la piraterie (mesures dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle ou de la concurrence déloyale ou mesures administratives basées sur l'art. 53 de la loi sur les télécommunications LTC; RS 784.10).

Sont protégés (art. 2 de la convention) les programmes de radio et de télévision ainsi que les autres services relevant de la société de l'information, qui sont fournis contre paiement et sont par conséquent soumis à un contrôle d'accès.

L'art. 150 CP punit, selon l'interprétation actuelle, l'obtention sans contrepartie par un particulier d'une prestation cryptée. L'art. 150^{bis} CP punit différentes activités à titre professionnel en rapport avec le décryptage de programmes de radiodiffusion ou de services de télécommunication cryptés. Ces services comprennent aussi les programmes de télévision ainsi que l'émission ou la réception d'informations au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques (voir FF 1996 III 1411 et art. 3 LTC). Les modes de transmission protégés par la Convention sont couverts par l'ordre juridique suisse actuel.

L'art. 4 de la Convention est couvert par les art. 150 et 150^{bis} CP. Les termes «fabrication» (art. 4, let. a), «importation» (let. b), «distribution» (let. c), «vente» (let. d) et «installation» (let. f) sont déjà contenus dans le texte de l'art. 150^{bis} CP. La référence «location» (let. d) peut être comprise comme «mis sur le marché» aux termes de l'art. 150^{bis} CP. La «détention à des fins commerciales» (let. e) peut être punie comme une tentative de commettre l'une des infractions énumérées à l'art. 150^{bis} CP. S'il est établi que le propriétaire visait une utilisation commerciale, il sera aisé de prouver son intention de commettre l'une des actions punissables selon l'art. 150^{bis} CP. «Entretien» et «remplacement» (let. f) ainsi que «promotion commerciale», «marketing» et «publicité» (let. g) peuvent être punis comme des formes de complicité conformément aux art. 150^{bis} ou 150 CP.

L'art. 6 de la Convention est compatible avec le droit suisse en matière de confiscation (art. 58 et 59 CP); l'art. 8 prévoit l'obligation d'entraide judiciaire entre les Parties contractantes.

L'obligation de coopération internationale dans ce domaine est conforme aux accords déjà signés par les Parties et à leur droit national.

Bien que l'art. 8 de la Convention ne traite pas explicitement du principe de la double incrimination, il se réfère aux instruments juridiques internationaux de coopération internationale dans le domaine pénal et de droit administratif. Ce faisant, il intègre également ledit principe, qui est ancré aussi bien dans les instruments internationaux ratifiés par la Suisse (voir notamment art. 5, al. 1, let. a, de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale; art. 2, al. 1 de la Convention européenne d'extradition; art. 3, al. 1, let. e, de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées) que dans la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1; voir art. 35, al. 1, let. a et art. 64, al. 1, EIMP).

3 Conséquences

3.1 Conséquences en matière de finances et de personnel

3.1.1 Pour la Confédération

L'adhésion à la Convention n'a aucune conséquence pour la Confédération en matière de finances et de personnel.

3.1.2 Pour les cantons et les communes

L'adhésion à la Convention n'a aucune conséquence pour les cantons et les communes en matière de finances et de personnel.

3.2 Conséquences pour l'informatique

L'adhésion à la Convention n'a aucune conséquence dans ce domaine.

3.3 Conséquences économiques

L'adhésion à la Convention entraîne des effets positifs pour l'industrie audiovisuelle en permettant la protection de ce secteur économique.

3.4 Autres conséquences

Il est très important pour la Suisse de ratifier cette Convention afin de garantir une sécurité efficace aux fournisseurs nationaux des services concernés. En effet, l'existence d'une menace pour les prestataires de services à accès conditionnel de radio, de télévision et de la société de l'information venant d'une industrie parallèle qui fabrique, commercialise et distribue des dispositifs permettant l'accès illégal (c'est-à-dire sans rémunération) à ces services se vérifie de plus en plus. Les radio-diffuseurs peuvent aussi faire les frais de cette piraterie avec les conséquences financières négatives que cela implique.

La poursuite d'une politique commune des États européens est donc nécessaire afin de protéger ces services, ce qui est le but de la convention. Par ailleurs, la Suisse possédant une industrie du cryptage assez développée, il existe pour cette dernière un intérêt certain à être protégée du piraterie de ses appareils.

4 Programme de législation

L'objet n'est pas annoncé dans le rapport sur le Programme de la législation 2004–2007.

5 Rapports avec le droit européen

Un instrument semblable a été adopté au sein de la Communauté européenne. La Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998² concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel règle en effet la protection juridique des mesures techniques prises pour garantir la rémunération des services de radiodiffusion et des services liés à la société de l'information.

La Convention va plus loin que la directive dans certains domaines, puisqu'elle permet notamment la coopération entre Etats dans la lutte contre l'accès illicite aux services protégés.

Il faut également mentionner la Recommandation n° R(91)14 sur la protection juridique des services de télévision cryptés adoptée le 27 septembre 1991 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, même si elle ne tenait pas encore compte à cette époque des nouveaux services de radiocommunication (télévision numérique, télévision payante, «Near Video on Demand») et des services liés à la société de l'information (jeux électroniques et autres services multimédia).

² JO L 320 du 28.11.1998, p. 54.

La Convention est par conséquent conforme aux dispositions pertinentes du droit européen.

6 Constitutionnalité

La compétence de la Confédération de conclure des traités internationaux résulte de l'art. 54, al. 1 de la Constitution (Cst.). En vertu de l'art. 166, al. 2, de la Cst., l'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux.

Conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, de la Cst., les traités internationaux sont soumis au référendum facultatif quand ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), quand ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2), ou quand ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

Or, la Convention sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel est dénonçable (art. 17) et ne prévoit pas l'adhésion à une organisation internationale. Il reste donc uniquement à déterminer si l'adhésion à cette Convention comporte des dispositions importantes fixant des règles de droit ou si la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.).

Aux termes de l'art. 22, al. 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl; RS 171.10), sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Une telle norme s'avère importante lorsque son objet doit, par analogie à l'art. 164 Cst., être réglé dans le droit national sous la forme d'une base légale formelle.

La présente Convention ne contient pas de nouvelles dispositions fixant des règles de droit. De fait, les art. 4 à 7 de la Convention ne sont pas obligatoires et directement applicables pour les citoyens; ils s'adressent au législateur national. L'obligation de coopération internationale selon l'art. 8 est déjà présente dans le droit actuel (voir ch. 2.2). Les autres dispositions ne créent pas d'obligations, ne confèrent pas de droits et n'attribuent pas de compétences.

De plus, la transposition de la présente Convention n'exige pas l'adoption de lois fédérales (voir ch. 2.2). En conséquence, l'arrêté fédéral sur l'approbation de la Convention n'est pas sujet au référendum. En outre, il ne contient pas de normes fixant des règles de droit. Il convient donc d'opter pour la forme de l'arrêté fédéral simple conformément à l'art. 163, al. 2, Cst. et à l'art. 29, al. 1, LParl.

La présente Convention n'est par conséquent pas sujette au référendum facultatif selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.

Message concernant la ratification de la Convention Européenne du Conseil de l'Europe sur la protection juridique des services d'accès conditionnel et des services à accès conditionnel

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	17
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	04.022
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	04.05.2004
Date	
Data	
Seite	1937-1946
Page	
Pagina	
Ref. No	10 137 582

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.