

ALAI 2001 National Report
Session IC
Denmark

PREPARED BY PETER SCHØNNING,
ATTORNEY-OF-LAW, NYBORG & RØRDAM, COPENHAGEN, DENMARK

ALAI 2001 Congress, New York, June 13-17:
Adjuncts and Alternatives to Copyright

*Situating legal protections for copyright-related technological measures in the broader legal landscape:
ANTI CIRCUMVENTION PROTECTION OUTSIDE COPYRIGHT*

Questionnaire prepared by Séverine Dusollier, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, Belgium

1. Types of Circumvention

Are any of the following acts prohibited under some legal regime in your country, and if so, please specify which regime:

- a. Gaining access to a technologically protected computer system or to protected material without authorization?
- b. Receiving protected data or material without authorization or without paying the due remuneration?
- c. Gaining access to a technologically protected computer system or to protected material by supplying a false name or password?
- d. Gaining access to a technologically protected computer system or to protected material by supplying a false Internet protocol (i.p.) address?
- e. Gaining access to technologically protected material by supplying false payment information?
- f. Decrypting without authorization encrypted content?
- g. Overriding a limit on the number of simultaneous users allowed access or on the allowed time of access?
- h. Overriding a limit on the number of copies an authorized user is permitted to make, or a technologically enforced prohibition against making *any* copies?

1.a-h: I refer to the specific responses to point 2-10 below.

2. General tort law rules of direct or secondary liability:

- a. Under your country's general tort law principles, could a person be held liable for having engaged in an act of circumvention or for having manufactured or distributed a circumvention device? What would be the conditions for liability?

Yes. If a person knows or should have known that he is engaged in an activity that is illegal according to broadcasting law, telecommunication law or crime law, and if another person suffers a loss due to that activity, the former would be held liable to pay damages to the latter.

- b. Has your country's case law already applied tort law to prohibit or to enjoin the act of circumventing or the manufacture or distribution of a circumvention device? Are knowledge or intent required? How have knowledge or intent been defined? Is the liability of manufacturers and distributors of devices direct, or based on secondary liability (contributory or vicarious)?

No important case law exists in Denmark as far as the rapporteur is informed, except the Supreme Court decision mentioned under point 6.

- c. If general tort principles may apply in your country to prevent the act of circumventing, or the supplying of circumvention devices, are there exceptions to the scope of the prohibitions?

See point 2.a.

- d. Under what circumstances might resort to technological measures to block access be considered in your country an “abuse of right”?

n/a

3. Broadcasting law, cable and satellite regulations, protection of encrypted services or broadcasts, protection of conditional access services

- a. Are encrypted services or broadcasts (e.g. pay-TV signals, etc.) legally protected in your country? Is the regulation civil, administrative, criminal or public? What is the rationale for this regulation?

Yes. The legislation is public (Broadcasting Act). The rationale behind the rules is to protect the broadcasters and consumers who suffer from the activities of those who distribute etc. so-called “pirate decoders”.

- b. In such legislation, is the decryption, descrambling or any other form of unauthorized interception of encrypted services or broadcasts prohibited? Under what conditions? What are the rationale and purpose for such prohibition? What are the services or programs at issue? Is protection available only if the broadcast or transmission requires payment? (i.e., no protection for free broadcasts or transmissions?) Who may bring a claim? What remedies are available?

According to sec. 75 a of the Danish Broadcasting Act it is prohibited to produce, import, distribute, possess or change decoders or other kinds of decryption equipment the purpose of which is to provide unauthorized access to encrypted radio or television broadcasts. Advertising for such equipment is also prohibited.

This “pirate decoders provision” covers not only pay tv but also free tv services (and radio). It is not a condition that the activity is commercial. Also private distribution and possession etc. is illegal. Distribution of blank smart cards combined with information on how to circumvent the encryption is prohibited. A web site with information on the encryption codes used by pay tv broadcasters must be deemed illegal.

Any person who is held liable according to this provision in the Broadcasting Act can be sentenced a fine or up to six months in prison (sec. 76 a of that Act). The maximum punishment for non-commercial activities is, however, a fine.

It is the public prosecutor who, on the basis of the police’s investigation, can bring claims under this law.

- c. Is the distribution of devices that enable or facilitate circumvention illicit? What are the criteria for considering a device to be illicit? For example, is there a requirement of knowledge or intent to engage in or facilitate illicit circumvention? What commercial/private activities related to that device are prohibited (manufacture, distribution, sale, possession, etc.)? How does the law address devices that potentially have licit and illicit purposes? Who may bring a claim? What remedies are available?

See point 3.b.

- d. Are there circumstances in which circumvention or decryption is authorized or exempted from the prohibition? How have courts in your country applied the prohibitions (or exceptions) to circumventing technological protections for broadcasts and transmissions?

See point 3.b. The law has been used in a decision of the Eastern Division of the High Court in 2000 where a person was ordered to pay a fine of DKK 200,000.

e. Do you consider these legal provisions as adequate and effective?

Yes.

f. Conditional Access:

In The European Union, a directive of 1997 protects conditional access services, defined as "services provided against remuneration and on the basis of conditional access," whereas "Conditional Access" means "*any technical measure and/or arrangement whereby access to the service in an intelligible form is made conditional upon prior individual authorization.*" Protected services could be television and radio broadcasting services as well as Information Society Services, e.g. video or audio-on-demand, electronic publishing, on-line access to a database and a wide range of other on-line services.

1. Is there a similar protection in your country? In which legal regime (broadcasting law or other)?
2. If yes, what is the rationale of the protection? Which services are covered? What are the requirements for protection? Is conditional access defined on the basis of a requirement of payment for the transmission? Is the circumvention of the conditional access measure and/or the circumvention device prohibited? Which activities related to circumvention devices are prohibited (sale, manufacture, possession, etc...)?
3. The European Directive also covers the so-called "Information Society services", i.e. services provided at distance upon individual request from the recipient of the service. Does your legislation on conditional access concern information society services as well? In other words, could your conditional access legislation be applied to services provided through the Internet or other networks?

The Directive has been incorporated in the Danish Broadcasting Act (see point 3.b) and the Danish Act on Competition and Consumer-Related Aspects of Telecommunication (see point 4.a).

4. Telecommunications Law:

a. Telecommunications law sometimes prohibits unauthorized interception of any wire or electronic communication. This could serve as a basis for a claim against decryption or any other unauthorized means of getting access to data when transmitted over telecommunication networks. Does your country's telecommunications law include such a prohibition? If so,

1. Which acts are concerned (interception, disclosure, unauthorized access, reception, etc.)? Does the law cover interception devices as well?
2. Does the content have to be encrypted or otherwise protected so as to benefit from protection?
3. What are the circumstances where interception is authorized or where interception devices are legitimate (e.g., when they comply with some technical standards)?
4. Who may bring a claim? What remedies are available?

According to sec. 91 of Danish Act on Competition and Consumer-Related Aspects of Telecommunication it is prohibited for commercial purposes to produce, import, distribute, possess or change decoders or other kinds of decryption equipment the purpose of which is to provide unauthorized access to information or content services that normally are offered against payment. Advertising for such equipment is also prohibited.

It is a condition that the activity is commercial. Private distribution and possession etc. is therefore not illegal. A non-commercial web site with information on how to circumvent encrypted information society services must therefore be deemed not to be illegal.

Any person who is held liable according to this provision in the Act on Competition and Consumer-Related Aspects of Telecommunication can be sentenced a fine (sec. 112(1)(3) of that Act).

It is the public prosecutor who, on the basis of the police's investigation, can bring claims under this law.

- b. Telecommunications law might also impose mandatory technical standards to be applied to telecommunication reception devices. This could lead to prohibiting devices enabling the unauthorized reception of communications. What about the telecommunications law in your country?

There is no such regulation in Denmark.

5. Computer crime

- a. In your country, is there legislation related to computer crime? Can circumvention of technological measures and/or unauthorized access to computer systems, networks or data be prosecuted under such statutes? What is the rationale of criminalizing such offenses?

According to sec. 279 a of the Danish Penal Code it is prohibited for profit to make any kind of unjustified change in, addition to or deletion of computer data or programs or to try to affect the result of any electronic data processing – popularly known as hacking or data fraud.

The penalty is prison up to one year and six months (sec. 285(1)). In certain cases the penalty will only be a fine.

- b. What is the definition of the offense? Is the way of getting unauthorized access defined : e.g. providing a false password, decrypting, cracking the technical protection, etc. ?

See point 5.a.

- c. Can the manufacture or distribution of devices enabling the carrying out of these offenses be prosecuted as well (such devices are sometimes called 'hacker tools')? If not, could the seller or manufacturer of circumvention devices be prosecuted as an accomplice? What are the penalties for the offense?

See point 5.a. The manufacture and distribution of such devices are not covered by this regulation.

- d. Is knowledge or malicious intent required to constitute the violation?

Yes.

- e. Has computer crime legislation already been applied by your country's courts to the unauthorized access to protected information or transmissions, or to the circumvention of technological protection measures?

Yes.

- f. In the absence of specific provisions on computer crime, could unauthorized access and/or the circumvention of technological measures be considered to violate other penal laws (e.g., offences such as theft, fraud, breaking and entering, forgery, etc.)? Are there some examples in the case law?

n/a

6. Unfair Competition law or unfair commercial practices

- a. In your country, in the absence of specific prohibitions on circumvention or unauthorized access, has the distribution of circumvention devices or descramblers been prohibited through the application of unfair competition law? Under what circumstances?

Notwithstanding the specific regulation elsewhere in the legislation, circumvention or unauthorized access can be deemed to be unlawful according to the Danish Marketing Act (unfair competition law).

In a decision of 2 November 2000 of the Danish Supreme Court a person was ordered to pay damages of totally DKK 40,000 to two pay tv satellite broadcasters for having distributed smart cards (coded as well as blank) the purpose of which were to decode encrypted television signals.

- b. What are the advantages, disadvantages and boundaries of the recourse to unfair competition law as far as circumvention activities or devices are concerned? Do you consider this protection as sufficient and effective?

It is an advantage to be able to combine the provisions in the Marketing Act with the specific regulation mentioned in point 4 and 5 in order to claim damages for the illegal activities.

7. Protection of technological measures as such

Technical means of protection might be in themselves protected by a proprietary right, e.g. by a copyright (for instance if the technological measure consists of software), patent or trade secrets. In such a case, circumventing the software or the technical system or developing circumvention devices could effect an unauthorized reproduction of the software (namely by reverse engineering) or a disclosure of the trade secret.

- a. In your country, what legal regime of exclusive or related rights might apply to the technological measure? Under what conditions? Do you know any case law in that field?

If software is copied in the course of an act of circumvention this would be a copyright infringement which would violate the Danish Act on Copyright.

- b. What exceptions related to these legal regimes could be applied to legitimate the circumvention act or device?

Probably none, as any reproduction of computer programs can only be deemed legal if it is done by a person who has the right to use that program (sec. 36 and 37 of the Act on Copyright).

8. Other protections

- a. Can you think of any other means of protecting technological measures against circumvention in your country? In which legal areas and by which mechanisms (e.g., privacy law, property right, "trespass", "conversion," ...)?

No.

- b. In particular, do you think that, in your country, contract law can offer an effective prohibition against circumvention?
1. For example, a contract obliging each user not to circumvent can be embedded in the technological measure itself when it enables the on-line licensing of or access to transmissions (including content). Would such a contract be enforceable in your country?
 2. Or contracts might be negotiated between content providers and the computer or consumer electronic manufacture industries in order to oblige them either to design

devices that answer to technological measures or not to develop devices that are able to circumvent them. Are such negotiations in progress in your country?

n/a

9. Limitations, exceptions, fundamental rights, third parties' and public interest

- a. Are there any general limiting principles that could apply to the various legal regimes we have addressed in this report (e.g. freedom of expression, freedom of information, public interest, consumer protection, abuse of right, etc.)?

Not besides those mentioned.

- b. What are the concerns of computer and consumer electronics industries related to prohibitions of circumvention devices? Have these concerns been taken into account in the legal provisions addressed above?

Yes.

10. Potential application of the protections surveyed in Questions 1-9 to copyrighted works

- a. In your country, could copyright holders avail themselves of some or all of these extra-copyright legal provisions or mechanisms, either to prevent the act of circumvention of technological measures, or to prohibit trafficking in circumvention devices? If so, which ones?

Authors and other rightsholders clearly benefit from the rules mentioned under point 4 and 5 as these rules – and the possibility to claims damages in the same areas – provide a protection similar to a copyright law provision on circumvention.

- b. Could the alternative means of protection for technological measures available in your country be added or used simultaneously with copyright-related anti-circumvention provisions?

Yes.

- c. What would be the pros and cons of recourse to extra-copyright protections against circumvention of access to copyrighted works or circumvention of technological protections of rights of the author? Do these protections call for reassessment of the need for copyright-specific protections?

There are different purposes of the different pieces of legislation but in the rapporteur's view it is an advantage to be able to combine these different rules. Together, they form a sensible level of protection.

- d. If recourse to extra-copyright protections is available, could your country implement the WIPO treaty obligations without copyright-specific anti-circumvention legislation? In your view, would this be a desirable approach? If not, to what discrepancies or failures in the existing law would copyright-related anti-circumvention provisions need to respond?

No. Specific copyright law rules are necessary.

Any other observations?

No.

ALAI 2001 Rapports Nationaux
Session IC
Espagne

I.C. Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large

1.- Actes de neutralisation, suppression de dispositif ou cryptage

a) En Espagne le Code Pénal, dans le Chapitre des délits contre la Propriété Intellectuelle, qualifie de délit la neutralisation de dispositifs techniques, ou la suppression d'un élément technique protégeant un programme d'ordinateur. En concret, l'article 270 du Code Pénal ordonne:

Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans ou d'une amende calculée chaque jour pendant de six mois à vingt-quatre mois quiconque, qui à des fins lucratives et au préjudice d'un tiers, reproduise, plagie, distribue ou communique publiquement, en entier ou en partie, une oeuvre littéraire, artistique ou scientifique, ou sa transformation, interprétation ou exécution artistique fixée dans n'importe quel genre de support ou communiquée à travers de n'importe quel moyen, sans l'autorisation des titulaires des droits correspondants de propriété intellectuelle ou leurs cessionnaires. Sera puni de la même peine quiconque de façon intentionnelle importe, exporte ou stocke des exemplaires des dites oeuvres ou productions ou exécutions sans l'autorisation précitée. Sera passible de la même peine la fabrication, mise en circulation et détention de tout moyen spécifiquement destiné à faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique qui aura été utilisé pour protéger des programmes d'ordinateur.

Tel que nous pouvons observer, cet article qualifie de délit tant la fabrication, la mise en circulation, que la simple détention de tout moyen, technique ou non, qui permettra de supprimer un dispositif technique de protection, et seulement en ce qui concerne les programmes d'ordinateur.

b) Cependant, d'après le même article, si l'on accède à un système informatique d'un tiers, non pas à la suite d'une neutralisation du dispositif de sécurité, mais par connaissance du password, on ne commet aucun délit.

Mais si cet accès comporte le stockage des oeuvres protégées par la Loi de la Propriété intellectuelle, sans le consentement de leurs titulaires cessionnaires, en ce cas-là on commet un délit..

c) Le Code Pénal qualifie aussi de délit l'accès à un terminal, c'est-à-dire, à l'ordinateur d'une autre personne, en provoquant à cette personne un préjudice économique dépassant 50.000.-Pts (300'5 €). L'article 256 du même code établit:

Quiconque fasse usage de tout équipement terminal de télécommunication, sans le consentement de son titulaire, occasionnant à celui-ci un préjudice dépassant cinquante mille pesetas, sera puni d'une peine d'une amende calculée chaque jour pendant de trois mois à douze mois.

Si le préjudice est inférieur à 50.000 pesetas, il s'agira dans ce cas-là d'un illicite pénal considéré comme faute (art. 623 du même texte légal).

d) Aussi le Code Pénal protège l'intimité des personnes, et l'inviolabilité des secrets, et, par conséquent, protège contre le fait que des tiers puissent s'emparer du courrier électronique et des données réservées, ou simplement contre l'accès à des données personnelles. Remarquons que dans sa part suffisant l'art. 197 du Code Pénal établit:

1. Quiconque, pour découvrir les secrets ou violer l'intimité d'autrui, sans son consentement, s'empare de ses papiers, lettres, messages de courrier électronique ou tout autre document ou effets personnelles (...), sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an à quatre ans et d'une amende calculée chaque jour pendant une période de douze mois à vingt-quatre mois.

2. Sera passible des mêmes peines quiconque, sans autorisation, s'empare, utilise ou modifie, au préjudice d'un tiers, des données réservés de caractère personnel ou familial d'autrui qui se trouvent enregistrés dans des fichiers ou supports informatiques, électroniques ou télématiques, ou dans n'importe quel autre genre d'archive ou registre public ou privé. Les mêmes peines seront imposées à quiconque, sans être autorisé, accède par n'importe quel moyen aux données précitées et à quiconque les modifie ou utilise en préjudice du titulaire des données ou d'un tiers.

e) La même loi protège tant les secrets des personnes physiques que des personnes juridiques, et, dans des nombreux cas, les clés d'accès aux moyens informatiques ou passwords peuvent être considérés en tant que secrets de l'entreprise que l'on ne peut pas révéler. En concret, l'art. 200 du Code Pénal établit:

Les dispositions de ce chapitre (Délits contre l'intimité) seront applicables à quiconque découvrirait, révélerait ou céderait des données réservés des personnes juridiques, sans le consentement de leurs représentants, sauf les dispositions d'autres préceptes de ce Code.

f) Il faut tenir compte de ce que l'utilisation de données fausses pour accéder à un système informatique, peut être qualifié de délit d'escroquerie, que l'art 248 du Code Pénal espagnol définit dans les termes suivants :

Commettent une escroquerie ceux qui, à des fins lucratives, arrivent à tromper une personne et à la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

Aussi sont déclarés coupables d'escroquerie ceux qui, à de fins lucratives, obtiennent par l'emploi d'une manipulation informatique ou d'un artifice semblable le transfèrement non consenti de tout actif patrimonial au préjudice d'un tiers.

Le sus-mentionné article punit la fraude lorsqu'il y a préjudice à un tiers et à des fins lucratives; une forme de fraude est faciliter la communication des données fausses.

D'après le même article, seront punis ceux qui au moyen d'une manipulation informatique ou d'un artifice obtiennent le transfèrement d'un actif patrimonial.

Par conséquent, le simple accès à un système informatique, si cela ne comporte pas le fait de s'emparer de contenus ou un préjudice économique, n'est pas puni par la Loi. Cependant, s'il y a fraude, manipulation des systèmes protégeant les dits contenus, ou si l'on accède simplement à des données personnelles, dans tous ces cas-là, l'accès est puni par les normes criminelles.

Remarquons qu'à la différence de l'art. 270 du Code Pénal, l'art. 248 du même texte ne se rapporte pas aux programmes informatiques, mais à tous les appareils qui permettent l'accès à un actif patrimonial. Par conséquent, cela concerne un décodeur, qu'il soit inséré ou non dans un programme informatique. L'artifice peut consister en une carte magnétique similaire à celles utilisées comme clé dans les décodeurs.

g) Le Code Pénal sanctionne aussi la commission de dommage dans les programmes ou les documents électroniques, l'art. 264 dispose:

Sera puni (...) quiconque par n'importe quel moyen détruit, altère, annule ou par n'importe quel autre moyen endommage les données, programmes ou documents électroniques d'un tiers contenus dans des réseaux, des supports ou des systèmes informatiques.

h) L'art. 255 du Code Pénal sanctionne aussi la fraude par n'importe quel moyen dans le champ des télécommunications. Ce type de fraude est de plus en plus pratiqué par les particuliers. Par exemple, l'achat d'un décodeur générique qui permettra grâce aux cartes magnétiques l'accès à tous les programmes de télévision émis par satellite. L'article mentionné ordonne textuellement:

Sera puni d'une peine de prison de trois mois à douze mois celui qui commet une fraude d'une valeur dépassant cinquante mille pesetas, en utilisant l'énergie électrique, le gaz, l'eau, les télécommunications ou n'importe quel autre élément, énergie ou fluide d'un tiers, par l'un quelconque des moyens suivants:

- 1.º L'emploi de mécanismes installées pour réaliser la fraude.
- 2.º L'altération malicieuse des indications ou appareils compteurs.
- 3.º L'emploi de n'importe quels autres moyens clandestins.

Si le préjudice est inférieur à 50.000 pesetas (300.50 €), alors l'art. 623 dispose que:

Seront punis d'une arrestation de deux week-ends ou d'une amende calculée chaque jour pendant une période d'un mois à deux mois:

4. Ceux qui commettent escroquerie, appropriation injustifiée, ou fraude d'électricité, gaz, eau ou autre élément, énergie ou fluide, ou dans les équipements terminaux de télécommunication, pour un montant ne dépassant pas cinquante mille pesetas.

Tel que nous pouvons le remarquer, le Code Pénal espagnol qualifie de fraude un grand nombre d'actions (l'accès à un programme d'ordinateur, à une base de données, à des télécommunications), mais les dispositions juridiques en la matière sont disparates.

La responsabilité dans le droit commun

Lorsqu'on exerce une action pénale l'on peut aussi demander la responsabilité civile dans la même procédure. Cependant, en ce qui concerne uniquement les actions civiles, l'on peut signaler que la responsabilité civile pour neutralisation de programmes d'ordinateur, tient son fondement dans la Loi de la Propriété intellectuelle, dont l'article 102.c) établit comme activité illicite:

Ceux qui mettent en circulation ou détiennent à de fins commerciales tout instrument ayant pour seul but de faciliter la suppression ou neutralisation non autorisées de tout dispositif technique protégeant un programme d'ordinateur.

Tel que nous pouvons l'observer, la norme mentionnée se rapporte tant à mettre en circulation, supprimer ou neutraliser un dispositif. Mais l'instrument utilisé doit avoir un unique but, qui est précisément celui de neutraliser.

Aussi, la norme mentionnée ne vise pas le blocage d'accès. Dans ce cas, on pourrait envisager une responsabilité pour endommagements.

En ce qui concerne un décodage illicite, il n'existe aucune norme spécifique, mais l'on peut envisager une responsabilité civile pour endommagements patrimoniaux ou subsidiairement pour enrichissement injuste. Il faut signaler que l'action pour endommagements prescrit au bout d'un an depuis le moment où l'on peut faire

valoir la réclamation. Ce délai est plus court que celui de l'action pénale, sauf si le montant de la somme fraudée est inférieur à 50.000.-pts, puisque dans ce cas le délai pénal est de 6 mois, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un délit mais d'une faute.

Nous n'avons pas trouvé de sentences portant sur le décodage illicite, mais nous avons trouvé deux sentences portant sur le cas d'un usager disposant d'une licence pour décoder son appareil de télévision, lequel à son tour facilitait le signal, une fois décodé, à plusieurs personnes. Ces faits ont été sanctionnés en tant que délit contre la propriété intellectuelle.

En concret, la Sentence de l'Audiencia Provincial de Almería datée du 22 novembre 1999 (*El Derecho* 1999/49516) signale parmi les faits prouvés:

Que l'accusé Luis, était administrateur unique et fondé de pouvoir de l'entreprise "T., S.A.", dorénavant "T.", société qu'avait pour but l'émission et retransmission de télévision par câble, constituée en 1988, et que quelques mille abonnés ayant leur résidence dans des quartiers voisins de la capitale recevaient le signal qui leur permettait d'établir une connexion pour un montant de 8500 pesetas, puis d'un paiement mensuel de 1.700 pesetas.

Cette entreprise, dédiée à l'activité de vidéos communautaires, inclut dès la fin de l'année 1991, dans la programmation, l'émission de "C., S.A.", qui s'émet en codifié et à laquelle peuvent accéder seulement les abonnés de cet émetteur de télévision. Pour cela, il faut disposer du décodeur de signal, qui connecte à l'appareil de télévision, permettant de recevoir les programmes dans une forme adéquate. Au préalable il est nécessaire de signer un contrat avec l'entité C et payer la correspondante quote-part mensuelle. L'accusé conclut, sous le nom de sa femme María, un contrat avec C leur permettant de bénéficier d'un décodeur à des fins d'utilisation personnelle. Cependant, l'accusé « T » détourna l'utilisation de ce décodeur à des fins commerciales, puisqu'il retransmit à ses propres clients l'émission de C à travers le câble. C demanda à plusieurs reprises l'arrêt de cette infraction.

Dans la Sentence de l'Audiencia Provincial de Murcia datée du 3 février 1995, (*El Derecho* 1995/9680), le juge condamna pour un cas semblable dans lequel les accusés, sans autorisation, s'étaient emparés et utilisèrent le programme de télévision d'un tiers pour le retransmettre à leurs propres abonnés, dans le but d'obtenir un profit, et furent condamnés pour avoir enfreint la Loi de la Propriété intellectuelle.

Droit de l'audiovisuel, du câble et satellite et protection des services ou programmes codés, protection des services à l'accès conditionné.

Dans la législation espagnole l'on prévoit l'usage d'émissions protégées par cryptage ou codification. En ce qui concerne le rang normatif, la disposition plus large est la Loi Générale de Télécommunications 11/98 de 24 avril, que dans son art. 52 établit:

1. Quelque soit le genre d'information que l'on transmette par réseaux de télécommunications, celle-ci pourra être protégée par des procédés de cryptographie. Les normes que développeront cette Loi établiront les conditions pour les procédés de cryptage.
2. Les opérateurs de réseaux ou services de télécommunications qu'utilisent n'importe quel procédé de cryptographie devront faciliter à l'Administration Générale de l'État, sans aucun coût pour celle-ci et aux conditions de l'opportune inspection, l'accès aux appareils décodeurs qu'ils emploient, dans les termes qui seront établis par voie réglementaire.

D'une manière plus détaillée la codification référée aux télécommunications est régulée par le Royal Décret-Loi 1/1997, ainsi que par le Royal Décret-Loi 16/1997, du 13 septembre, de modification partielle de la

Loi 17/1997, du 3 mai, par laquelle on incorpore au Droit espagnol la Directive 95/47/CE, du 24 octobre, du Parlement Européen et du Conseil, sur l'usage de normes pour la transmission du signal de télévision.

La norme sus-mentionnée établit à propos du système de codification, l'inscription obligatoire des personnes physiques ou juridiques qu'opèrent moyennant la commercialisation, la distribution, la cession temporaire ou la location des appareils décodeurs. Cette inscription doit se formaliser devant la Commission du Marché des Télécommunications.

De tels décodeurs doivent être fabriqués en conformité à l'algorithme commun de décodage administré par un organisme européen de normalisation reconnu.

Pour la fabrication des appareils décodeurs il est nécessaire d'obtenir une licence, et ces appareils doivent être inscrits dans le respectif registre de la propriété industrielle.

La norme ne dit rien sur le décodage effectué par l'utilisateur, mais, étant donné que toute fabrication d'appareils décodeurs doit être approuvée par la Commission du Marché des Télécommunications, il est évident qu'elle n'est pas autorisée lorsque son but est la vente au public.

Droit des télécommunications

Comme nous l'avons déjà mentionné, en Espagne il y a la Loi Générale des Télécommunications, qui dans son art. 51 régit l'interception des télécommunications, à la teneur de certains principes déterminés :

Le secret des communications doit être respecté, et pour son interception doit être autorisée par voie judiciaire.

L'interception doit être effectuée de telle manière qu'elle réduise au minimum le risque d'affecter les contenus des communications.

Une fois qu'on a pris connaissance des contenus, les supports devront être détruits immédiatement, et, en aucun cas pourront être distribués ou stockés.

Les mêmes principes devront être appliqués dans l'interception des réseaux.

Il appartient à l'Administration le droit d'inspection, détection, localisation, identification et élimination des interférences préjudiciables, irrégularités et perturbations dans les systèmes de télécommunications, et donc d'initier, dans ce cas, la procédure de sanction opportune.

Les organismes compétents sont le Ministère des Travaux Publics et de l'Industrie ou la Commission du Marché des Télécommunications.

La Loi n'établit pas que les télécommunications doivent être codifiées pour qu'elles soient protégées par la norme.

Par ailleurs, tel que nous l'avons signalé ci-dessus, tous les appareils de télécommunication doivent être homologués

De même, pour l'importation, la fabrication en série, la vente ou l'exposition pour la vente dans le marché intérieur de l'Union Européenne, de n'importe quel équipement ou appareil de télécommunications la condition requise sera d'avoir obtenu au préalable le certificat d'acceptation, après évaluation de conformité à la norme de droit qui est applicable aux procédés auparavant cités.

Pratiques de concurrence déloyale.

La norme espagnole ne sanctionne pas l'usage privé de codeurs ou décodeurs, mais vise la régulation des dits appareils lorsqu'ils sont dirigés au public en général.

Par conséquent, la commercialisation des appareils décodeurs est régulée comme n'importe quel autre appareil ou dispositif technique. Par contre, s'il est destiné aux télécommunications par radio, câble, télévision ou accès à Internet, en ce cas là il s'agit d'un service public exercé sous licence de l'Administration.

Pour ce motif, il semble qu'une action contre le fabricant ne puisse pas être fondée sur la concurrence déloyale, puisqu'il n'y pas de concurrence.

C'est plutôt le contraire, étant donné que, en conformité avec la norme communautaire, tous les appareils décodeurs doivent être aptes à recevoir le signal de différentes sources, et la pratique actuelle est que chaque compagnie loue son décodeur, et qu'aucun de ces décodeurs n'est compatible avec ceux des autres compagnies. Par conséquent, la fabrication de décodeurs génériques est conforme à la norme.

Cependant, si un fabricant construit un mécanisme, dont le seul but est neutraliser un décodeur déterminé, ce cas là ne relève plus de la concurrence déloyale, mais l'interférence illicite des communications.

Protection des dispositifs techniques et d'autres protections

En Espagne la protection des dispositifs techniques, et plus spécialement celle des décodeurs, se réalise à travers des brevets, puisqu'ils sont considérés comme des inventions industrielles. La protection du droit des brevets est disponible même si le décodeur contient un programme d'ordinateur, pourvu que celui-ci soit accessoire. Pour l'instant on ne connaît aucun cas où ce système de protection ait été discuté dans une procédure judiciaire.

Une fois que les dispositifs techniques de protection se trouvent sur le marché, leur protection de neutralisation est assurée par la norme pénale ou civile, dans la forme que nous avons signalé. Une protection par voie contractuelle serait difficilement opérationnelle.

Or, parmi les pratiques de décodage, une de plus employées consiste en la location d'un décodeur à l'entreprise qu'assure le service de télécommunication, en souscrivant les services minimes de vision, et ultérieurement, acheter une carte illégale laquelle contient les codes de tous les services de la compagnie de télécommunications, ou d'autres entreprises.

En ce cas, avant de louer le décodeur, l'entreprise fournisseuse du service et l'utilisateur peuvent accorder dans un contrat l'interdiction d'une telle pratique et même fixer des dédommagements.

Exceptions par droits fondamentaux

Il n'existent pas de limitations générales à l'existence d'appareils décodeurs déterminés, ni en ce qui concerne la liberté d'expression ou d'information. Il y a une Sentence du Tribunal Supremo datée du 12 avril 1999, qui s'appuie sur différentes Sentences du Tribunal Constitucional qui affirme:

Pour ce qui est de la violation invoquée de l'article 20.1.a) et d) de la Constitution, l'on doit tenir compte certainement de ce que, depuis la sentence 12/1982, du 31 mars (...) le Tribunal Constitutionnel soutient que "le droit de diffuser des idées et des opinions comprend en principe le droit de créer les moyens matériels à travers desquels se fait possible leur diffusion". Mais dans cette même sentence ainsi que dans d'autres ultérieurs le tribunal a précisé la portée du droit d'information quant aux moyens de transmission. Ainsi, dans la sentence 206/1990, du 17 décembre (...) "or, nous avons aussi dit dans la

même sentence que bien que le droit de diffuser les idées soit le principe général de notre système juridique politique, l'on ne peut pas soutenir que l'intensité de la protection des droits primaires (de diffuser des idées) directement garantis par l'article 20 CE soit égale à celle qui en réalité ne concerne que les simples moyens de réaliser cette diffusion. En ce qui concerne le droit de création des moyens de communication, le législateur dispose, en effet, d'une large capacité de configuration, étant donné que lorsqu'il réglemente en la matière de moyens de diffusion, il contemple d'autres droits et valeurs concurrents, à condition qu'il ne restreigne pas son contenu essentiel " (...) Les juges soulignent la distinction conceptuelle entre les "droits primaires" dont l'origine immédiate se trouve dans l'article 20 CE et les "droits instrumentaux" à créer des supports, instruments ou moyens de communication nécessaires pour exercer ces libertés. "Sont conceptuellement distincts (...) les droits des citoyens à s'exprimer librement et à recevoir et transmettre toute information véridique en radiodiffusion – essentiellement des droits de liberté, d'une part, et d'autre part les instruments techniques à travers lesquels le droit à la radiodiffusion s'exerce. Ces derniers réclament – de par leur nature -- une réglementation étatique détaillée, parmi d'autres raisons, afin de rendre possible leur exercice dans des conditions d'égalité..." Cette doctrine est également applicable, cela va sans dire, à la diffusion par télévision.

Application des protections

D'après ce qu'il a été indiqué, les titulaires des droits disposent de la voie pénale, dans laquelle ils peuvent aussi exercer les actions civiles.

Si la voie précitée ne peut être exercée, il y a un autre chemin, celui d'élever une demande pour dommages, puisque l'accès à un contenu peut produire des dommages moraux ou patrimoniaux, ou les deux à la fois.

Une autre voie est celle de l'enrichissement injuste. Cependant, cette catégorie juridique n'est pas facile d'application en Espagne, puisqu'elle est prévue pour le cas où il n'y a aucune norme spécifique pour faire valoir un droit.

À l'heure actuelle, la voie la plus adéquate est la procédure pénale, et ceci parce que, dans cette matière, la norme criminelle a prévu beaucoup plus largement les cas de fraude ou d'escroquerie, et, par conséquent, étant donné la qualification de la conduite illicite, son application sera plus intelligible pour celui qui juge.

La conduite pénale précitée ne vise pas seulement les actes illicites contre le droit d'auteur, mais aussi la fraude en général. Or c'est à la notion de fraude que l'on aura recours puisque la neutralisation des appareils décodeurs (appareils qui ne sont pas des programmes d'ordinateur) ne déclenchera pas la protection par le droit d'auteur.

Ricardo Avilés Carceller
aviles.roca@retemail.es
ricardoaviles@eresmas.net