

COMMENTAIRES

PAR

Prof. Frank GOTZEN

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, KU Leuven en UFSAL Brussel

La distribution de programmes de radio et de télévision qui contiennent des œuvres artistiques ou littéraires protégées n'est en fait rien d'autre, du point de vue du droit d'auteur, qu'une nouvelle forme d'exécution ou de représentation de ces œuvres. C'est à ce titre que l'opération est susceptible de tomber sous le coup du droit d'auteur. Cela suppose toutefois que l'émission puisse être considérée comme publique, car seules les exécutions publiques tombent sous le coup du droit d'auteur.

Le professeur A. Dietz nous a très bien exposé à ce propos la différence entre les satellites de service fixe (S.S.F.) et les satellites de radiodiffusion directe (S.R.D.). Avec les S.S.F. la réception des signaux est effectuée par des stations terrestres qui retransmettent ensuite les programmes au public en général, tandis qu'avec les S.R.D. les émissions sont captées directement par le public.

Il y a en droit d'auteur une quasi-unanimité pour considérer que, dans le cas des S.S.F., l'organisme qui reçoit les signaux réalise, au moment même de les retransmettre au public, une représentation publique des œuvres contenues dans les programmes. Il y a par contre beaucoup plus de discussions sur le point de savoir si l'organisme d'origine, qui injecte les signaux vers le satellite, réalise également une exécution « publique » ou non. Les émissions n'étant pas reçues directement par les spectateurs, certains contesteront le caractère public de l'opération à ce stade. Cependant il y en a d'autres qui prétendront que, dès le stade de l'injection vers le satellite, on se trouve en présence d'une émission « destinée à un public », et qui serait à ce titre redevable des droits d'auteur.

Du point de vue du droit d'auteur, il y a beaucoup moins de contestations sur le cas des satellites de radiodiffusion directe (S.R.D.) c.à.d. où les émissions seront captées directement par le public muni de dispositifs de réception appropriés. Tout le monde, à peu près, est en effet d'accord pour considérer que cette opération équivaut à une radiodiffusion ou une émission télévisée classique, la seule différence étant que le satellite intervient en tant que relais non plus terrestre mais situé dans l'espace. La solution sur le plan du droit d'auteur est dès lors simple. C'est la station d'origine

qui réalise la diffusion vers un public. C'est donc elle qui sera redevable des droits d'auteur.

Paradoxalement cependant la situation la plus claire sur le plan des principes du droit d'auteur n'est pas toujours la plus simple sur le plan pratique. On constate que dans le cas assez controversé des S.S.F. une certitude émerge, qui résout beaucoup de problèmes pratiques. Quoi qu'il en soit des possibilités d'attaquer les émetteurs d'origine, il restera toujours possible de s'adresser à l'organisme qui retransmet les émissions captées du satellite, par exemple une société de distribution par câble. Cette dernière se trouvant dans le territoire même du pays où le problème se pose, cela permet d'arriver dans la plupart des cas pour les auteurs ou leurs représentants à des résultats bien concrets.

Par contre, dans le cas apparemment beaucoup plus clair des satellites de radiodiffusion directe, les auteurs ou leurs représentants se heurtent à la difficulté que l'organisation responsable sur le plan du droit d'auteur est le plus souvent située à l'étranger.

A cela s'ajoute une autre considération, qui est la crainte de voir s'établir des organismes d'émission dans des pays qui accordent un niveau de protection du droit d'auteur moindre ou même insuffisant. De là toute l'importance des solutions de droit international privé en ce domaine. Si on applique la législation du pays d'émission, ne verra-t-on pas tous les organismes d'émission émigrer dans les plus courts délais vers le pays le moins protecteur des droits d'auteur ? Ne vaut-il pas mieux appliquer la loi du pays de réception, avec l'argument que la représentation ne devient vraiment publique et n'est vraiment achevée qu'au stade de la réception ? Il faut se réaliser que le public en question est international, car l'empreinte du satellite couvre toute une proportion du territoire européen. Pourra-t-on dès lors attaquer l'émetteur d'origine sur base de toutes les lois de tous les pays couverts par l'empreinte du satellite, considérées chaque fois comme *lex loci delicti* ? Et quelle loi ? Ou faudra-t-il choisir ?

Le professeur A. Dietz nous a cité la théorie Bogisch qui est en quelque sorte originaire de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.). Je voudrais, pour compléter le tableau, vous citer un passage d'un document préparatoire de 1986 établi par l'O.M.P.I. pour un comité d'experts gouvernementaux en matière d'œuvres audiovisuelles et de phonogrammes. Là-dedans on traite entre autres de la question qui nous occupe et on voit qu'en fait, parmi toutes les lois qui pourraient être prises en considération, on semble bien faire un choix. Je cite : « si les lois nationales concernées (c'est-à-dire des pays touchés par l'empreinte du satellite), n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé » (*Le Droit d'Auteur*, 1986, p. 198). M. A. Dietz est beaucoup plus nuancé : il nous a dit qu'il faut plutôt essayer d'appliquer cumulativement toutes les lois de tous

les pays concernés, soit celles du pays d'émission et celles de tous les pays qui sont dans l'empreinte du satellite. Il compare la situation à celle d'un éditeur qui veut imprimer et distribuer des ouvrages sur toute l'Europe et qui lui aussi aurait besoin d'autorisations de reproduction et de mise en circulation, pays par pays. De la même façon, le radiodiffuseur devrait en quelque sorte acheter un faisceau de droits.

Je crois qu'il serait particulièrement intéressant si nous pouvions entendre des commentaires sur ces théories qui sont développées dans l'enceinte du droit d'auteur mais qui impliquent quand même des prises de position très importantes sur le plan du droit international privé. Par exemple, est-ce que la théorie formulée par l'O.M.P.I., disant que parmi toutes les lois concernées il faut appliquer celle qui donne le niveau de protection le plus élevé, est compatible avec le droit international privé ? Est-ce que la théorie plus nuancée de M. A. Dietz serait à préférer ou bien faudrait-il retourner à ce qui, selon certains, serait plus conforme à l'orthodoxie, c'est-à-dire l'application de la législation du pays d'émission avec tous les désavantages que cela comporte. Je pose la question aux éminents spécialistes du droit international privé qui sont dans cette salle.

DISCUSSION

Question by Dr. P. Dann

Three factors might be relevant from the policy point of view. Perhaps they cannot apply from the point of view of intellectual property law because they depend too much on subjective factors.

First, the creation of the footprint. It is worth remembering that a footprint is not something that is given inevitably for any satellite. It can be created, shaped by the design of the satellite. For example, U.S. satellites frequently have very excentric footprints to cover Hawaii. This footprint does not — probably — cover another country. If however you have a satellite-footprint that covers the U.S.A. including Alaska then inevitably parts of Canada will be covered, whether or not there is an intention to broadcast to Canada. So the first factor is whether the footprint is designed to cover countries other than the country of emission.

The second point relates to the content of the programming. You may have a satellite that is put up to cover Britain and its footprint covers also Belgium. Now the programming is in English, the advertisements are only of English products and multinational products directed to the English market. So the program screen is exclusively directed at the English. Should this have any effect ?

The final point relates to encryption or coding of the program. Suppose you are going to broadcast an encoded signal, then you have to sell to people who wish to receive this program an encryption device. Suppose you offer it for sale only in the country of emission of the signal — Great Britain. However there is nothing to stop someone in Belgium from going to Britain, buying one of these devices, coming back here and receiving the signal.

All of these factors are somewhat subjective. Could they at all affect the applicability of the footprint theory as explained by Mr. Dietz.

Answer of Prof. A. Dietz

Those three factors are really relevant. The intention of the public does count. If you have an English broadcast intended not only in language but also in advertisement content for an anglophone public, we are astonished

on how low the rates are in the rest of Europe, apart from for instance music channels.

However, this evaluation is a question for the legislation. The first criteria is the language, another criteria is the industry who pays the advertisements. If you have a program in German in which the advertisements are paid by German industry, then there is a great probability that the German public is intended. These factors count but the problem is : as long as we have no legislation the Courts have to deal with the problems, so there will always be a big amount of uncertainty. However the Courts will be concerned. In Austria there is now a test-case pending. An Italian channel sends from Italy directly to Austria. In first instance the Austrian court applied Austrian law. I can very easily see that a German court would say the same thing : if a foreign program in German and financed by German industry is sent into Germany, we will apply German copyright law. I however would prefer a clear regulation from the legislative side.

Finally, a remark on cumulative application versus application of the most protective level. In practice the first procedure will amount to the application of the most protective level : a channel will look up the laws and orient itself to the strictest law. The country with the law which offers the strictest protection must be respected. Unfortunately this method can only be a practical one. It is not an application of a principle of international law because we have the problem of contradiction of laws. If ever we could simply find the strictest law, it would be a simple thing but sometimes legislation is contradictory and then we don't know what the strictest law is. So in certain situations cumulative application will be necessary. However the courts will not think in the same way. They will only think in categories of their own law. The Austrian court applied Austrian copyright law, it did not look to other laws in other countries. And German courts will in such a case also apply German law.

Dr. A. Noll

In the theory of Mr. Dietz we all agree on the idea that there should be no « country shopping ». However, I have problems if you say that « the real problem is not the acquisition of rights for the whole footprint, but the application of all applicable law in case of infringement ». If you maintain the footprint theory some questions arise. If you have infringements of various laws in different countries :

- how shall they be made applicable ?
- by whom, by which court shall they be applied ?
- what if everyone concerned complains in the various countries, each court having the choice to make all laws applicable ?
- what about the double damages that are given ?

Therefore I tend to agree with Mr. Gotzen's approach — the most favourite protection-approach — because in this case you have a clear result.

Dr. P. Malanczuk

If we speak about public international law in the Anglo-American terminology we mean conflict of laws. So, we are not dealing with a system of law on the international level, but we are dealing with the application of conflict of law-rules from a viewpoint of a national system dealing with foreign elements. So the question is under which national legal system we are addressing the issues.

Answer of Prof. A. Dietz

It is a special particularity of German international procedure law that German courts have never felt a problem in giving compensation for acts of infringement in other countries. So the German court will not have the difficulty, in the case of a copyright infringement in other countries in the same infringement procedure. Of course there must be a point of attachment and this will be the German infringement. So far, under German law there is no problem. However, I admit that for other countries this is a difficulty. If there is a difficulty the outcome is that you must have as many infringement actions as there are countries. This is difficult.

I admit that this theory leads to a number of practical problems. However we must find a way out.

Prof. G. van Hecke

What about the problem of jurisdiction? The copyright holders would perhaps find it more convenient to start an action in one place only, being probably the place of broadcasting. But you cannot deprive them from trying their luck in the other countries of the footprint. If they go to the court of only one country, then I would agree with Professor Dietz that the prevailing view is that you can get relief for infringement abroad, so not only for local infringement but also for infringement abroad. I look into this problem on the basis of the analogy in the European Patent Convention. Here we find a very similar situation because the European patent is really a bundle of national patents. Under the Convention the possibility is recognized that you can start an action not only for local infringement but also for infringement in other countries.

On the question whether it is a cumulative system or the system of the most protective law, that is a well-known and difficult problem. However it is recognized by the practitioners of private international law that whenever you have a cumulative approach, that it leads in practice to the application of the strictest law. This leaves of course the problem of contradiction.