

Medienkonzentration und Inhaltsvielfalt

Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen

Lorenz Engi

Dr. iur., M.A., z. Zt. München

I. Aktuelle Situation

1. Einleitung

Die Medien spielen für ein demokratisches Gemeinwesen eine zentrale Rolle. Sie sind der primäre Ort der demokratischen Auseinandersetzung über die richtigen Antworten auf gesellschaftliche Probleme. Sie strukturieren den öffentlichen Diskurs, setzen Themen und lassen andere ausser Acht. Auch die staatsrechtliche Betrachtung muss deshalb dem Mediensektor ein besonderes Interesse entgegenbringen.

Dabei ist es wichtig, dass die aktuellen Entwicklungen im hochdynamischen Medienwesen registriert und nachvollzogen wer-

den. Oft sind in der juristischen Literatur und der Rechtsprechung überholte Vorstellungen bezüglich der Medien präsent, oft mangelt es an präziser Analytik¹. Dieser Beitrag möchte deshalb zunächst zu erfassen versuchen, wo wir stehen, und dies besonders im Hinblick auf die Konzentration der Medien in der deutschen Schweiz. Der Zusammenschluss verschiedener Medien ist einerseits einer der prägendsten Vorgänge in diesem Sektor, andererseits ein staatstheoretisch besonders bedeutsamer, verbindet sich mit der Konzentration auf wenige Eigentümer doch das Risiko einer Verarmung des demokratietheoretisch essenziellen Meinungs- und Ideenwettbewerbs. Besonders unter diesem Aspekt ist die Medienkonzentration anschliessend an die Bestandesaufnahme juristisch zu würdigen.

2. Konzentration

Die Medienkonzentration kann in einer rein quantitativen Weise, etwa über das Zählen der erscheinenden Zeitungstitel, nicht hinlänglich erfasst werden. Denn vielfach existieren Titel weiter, die ihre redaktionelle Unabhängigkeit verloren haben, und mitunter bleibt auch die nominelle Herausgeberschaft die gleiche, während faktisch ein anderes Medienhaus die Kontrolle übernommen hat. Verlangt ist eine vertiefte Analyse, die die zugrunde liegenden Entwicklungstendenzen erfasst und Perspektiven aufzuzeigen vermag.

A. Neuere Entwicklung

In den letzten Jahren hat eine nochmalige Konzentration im schweizerischen Medien-

Résumé: *Les médias helvétiques – et en particulier la presse écrite – sont marqués par une dynamique de concentration ininterrompue. La prise sous contrôle du monopoleur bernois Espace Media par le groupe Tamedia représente une nouvelle étape de ce processus. Deux éléments doivent entrer en considération dans l'appréciation juridique de ce dernier: le phénomène de délocalisation et celui du dégroupage électronique qui tous deux concourent à rendre l'offre médiatique accessible toujours plus considérable. Paradoxalement, il n'est plus possible de tendre à une pluralité du contenu par la simple multiplication des titres. L'intervention du régulateur devrait ainsi être orientée avant tout vers une pluralité des contenus. Les critères exacts et les méthodes pour y parvenir doivent encore être développés.*

¹ HANSPETER KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration, Diss. Zürich 2007, S. 100. Zurecht wird hier auf den Fall Berlusconi hingewiesen, bezüglich dessen ausserhalb Italiens ein Schreckensbild kursiert, das der empirischen Bodenhaftung weitgehend ermangelt. Wer einmal eine italienische Qualitätszeitung – wie den «Corriere della Sera» oder «La Repubblica» – in den Händen hatte (und sie lesen kann), erkennt sofort, dass die Vorstellungen einer gleichgeschalteten Medienindustrie mit der Realität wenig gemein haben und wie gross der Anteil der Projektionen daran ist. Das Fernsehen wiederum ist in Italien, zumal im privatwirtschaftlichen Bereich, weitgehend eine Klamaukveranstaltung ohne politischen Gehalt. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die Position Berlusconis, insbesondere im Hinblick auf die Verbindung von politischer und wirtschaftlicher Macht, unproblematisch sei. Dies kann hier indes nicht weiter ausgeführt werden und bedürfte eigenständiger Behandlung.

Zusammenfassung: Das schweizerische Medien- und insbesondere Pressewesen ist von ungebrochener Konzentrationsdynamik geprägt. Besonders durch die Übernahme des regionalen Berner Monopolisten Espace Media durch die Tamedia scheint eine neue Stufe des Konzentrationsprozesses erreicht zu sein. Die rechtliche Würdigung dieser Vorgänge hat vor allem zwei Dinge zu beachten: Durch Entterritorialisierung und elektronische Entbündelung der Informationsströme wird das zugängliche Medienangebot insgesamt reichhaltiger, und eine inhaltliche Vielfalt ist mit einer Titelvielfalt nicht gleichzusetzen. Die staatspolitische Beurteilung hat auf eine inhaltliche Pluralität ausgerichtet zu sein. Genaue Kriterien und Methoden wären diesbezüglich aber erst zu entwickeln.

sektor und insbesondere im Pressewesen stattgefunden². Der bedeutsamste Schritt in diese Richtung erfolgt im Frühjahr 2007, als die Tamedia AG die Berner Espace Media Groupe übernahm. Damit geriet der Presse-raum Bern mit den Hauptstadtzeitungen «Berner Zeitung» und «Der Bund» unter Kontrolle dieses Zürcher Konzerns.

Die Tamedia konnte ihr Einflussgebiet auch in den Kantonen Zürich und Thurgau ausweiten. 2005 übernahm sie eine Minderheitsbeteiligung (20%) an der Ziegler Druck- und Verlags-AG – Herausgeberin des Winterthurer «Landboten» – und die Mehrheit der Huber & Co. AG, welche die «Thurgauer Zeitung» herausgibt. Die Zeitungen wurden zur Verbindung «Nordostschweiz» zusammengefügt, dem auch noch die «Schaffhauser Nachrichten» angehören. Der überregionale Teil von «Thurgauer Zeitung» und «Landbote» wurde vereinigt und wird heute zentral in Winterthur produziert³.

Die Entwicklung im Kanton Thurgau zeigt die anhaltende Konzentrationstendenz besonders deutlich. In den 1990er Jahren gab es im Thurgau zwei grosse Zeitungshäuser, die Huber & Co. AG in Frauenfeld und den Zeitungsverband «Tagesspiegel» des Kreuzlinger Verlegers Paul Ruckstuhl. Neben der Thurgauer Zeitung und dem Kopfblatt Bischofszeller Zeitung der Huber & Co. AG standen den Leserinnen und Lesern so die

«Thurgauer Volkszeitung» in Frauenfeld, das «Thurgauer Tagblatt» in Weinfelden, die «Bischofszeller Nachrichten» in Bischofszell und der «Thurgauer Volksfreund» in Kreuzlingen zur Auswahl⁴. Im Bereich des oberen Bodensees (Romanshorn, Arbon usw.) ist zudem das St. Galler Tagblatt mit seiner Splitausgabe «Bodensee Tagblatt» (früher «Schweizerische Bodensee-Zeitung») präsent.

2000 wurden die Ruckstuhl-Blätter und die «Thurgauer Zeitung» zur «Thurgauer Zeitung – Die Neue» zusammengefügt; ab 2004 übernahm die Huber & Co. AG die volle Kontrolle über den Titel. Die St. Galler Tagblatt AG reagierte mit einer Offensive insbesondere in den Räumen Weinfelden und Kreuzlingen und lancierte eine neue Ausgabe, die zunächst «Mittelthurgauer Tagblatt» und später «Tagblatt – Ausgabe für den Kanton Thurgau» (Tagblatt Thurgau) hiess. Im September 2006 schlossen die St. Galler Tagblatt AG und die Huber & Co. AG dann aber ein Kooperationsabkommen, das unter anderem eine redaktionelle Zusammenarbeit in bestimmten Regionen vorsieht.

2005 veräusserten die Eigentümer der Huber & Co. AG das Verlagshaus an die Tamedia AG, die den überregionalen Mantelteil der «Thurgauer Zeitung» nun in Winterthur produzieren lässt. Innerhalb weniger Jahre verlor der Kanton Thurgau damit seine publizistische Eigenständigkeit. Abgesehen von Nischenprodukten und Gratisblättern kann heute im Thurgau keine Zeitung mehr erworben werden, die vollständig in diesem Kanton produziert würde und auch das schweizerische oder ausländische Geschehen aus einer entsprechenden Sicht aufarbeitete. Für den auf seine Autonomie gegenüber Zürich und St. Gallen eigentlich sehr bedachten Kanton und seine Bevölkerung ein bedeutsamer Vorgang.

Nicht nur die Tamedia AG, auch ihre Konkurrenz von der Zürcher Falkenstrasse konnte ihr Einflussgebiet in jüngster Zeit ausweiten. Im Rahmen ihrer Regionalisierungsstrategie hatte die Neue Zürcher Zeitung in den 1990er Jahren bereits die Kontrolle über das «St. Galler Tagblatt» und die «Neue Luzerner Zeitung» erworben, die ihrerseits die Titel in ihrer jeweiligen Region fast vollständig integrieren konnten⁵. 2004

- 2 Vgl. zum Ganzen KELLERMÜLLER (FN 1), S. 10 ff.; HARALD MAAG, Medienkonzentration – Zur Reichweite des fusionskontrollrechtlichen Instrumentariums, Diss. Basel 2002, S. 35 ff.; JOSEF TRAPPEL/IRENE PERRIN, Medienkonzentration in der Schweiz, in: Heinz Bonfadelli/Werner A. Meier/Josef Trappel (Hg.), Medienkonzentration Schweiz – Formen, Folgen, Regulierung, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 109 ff.
- 3 Die «Schaffhauser Nachrichten» sind verlegerisch bislang unabhängig.
- 4 Überdies gehörte das «Neue Wiler Tagblatt» zum Ruckstuhl-Verband. Abgesehen wird von Kleinstzeitungen wie der «Regional-Zeitung» im Hinterthurgau oder dem «Boten vom Untersee».
- 5 Zur Gruppe der «Neuen Luzerner Zeitung» gehören heute die «Neue Obwaldner Zeitung», «Neue Nidwaldner Zeitung», «Neue Urner Zeitung», «Neue Schwyzer Zeitung», «Neue Zuger Zeitung»; dem «St. Galler Tagblatt» sind redaktionell angeschlossen die «Appenzeller Zeitung», «Der Rheinthalen», die «Wiler Zeitung», das «Toggenburger Tagblatt» und die Thurgauer Ausgabe des «Tagblatts».

erwarb die NZZ über ihre Tochter Freie Presse Holding (FPH) Beteiligungen an der Zürichsee-Press AG («Zürichsee-Zeitung») und der Akeret AG («Zürcher Unterländer»)6. Aus «Zürichsee-Zeitung», «Zürcher Unterländer» und «Zürcher Oberländer» wurde in der Folge der Verbund «Zürcher Landzeitung» gebildet, der überregional ebenfalls kooperiert.

Bereits früher war es dem Churer Verleger Lebrument gelungen, schrittweise alle Titel im Raum Graubünden und darüber hinaus zum Verbund «Südostschweiz» zusammenzuführen. Im Aargau erreichte Verleger Peter Wanner entsprechendes mit der «Aargauer Zeitung» und dem Verbund «Mittelland-Zeitung». In diesen Verbund wurden 2002 die «Soothurner Zeitung» (Vogt-Schild/Habegger Medien AG), das «Oltner Tagblatt» (Dietschi AG) sowie das Zofinger Tagblatt (Zofinger Tagblatt AG) integriert, 2006 auch noch die «Basellandschaftliche Zeitung». Bereits weit zurück liegt die entsprechende Konzentration in der Stadt Basel, mit der Vereinigung von «National-Zeitung» und «Basler Nachrichten» zur «Basler Zeitung» im Jahre 1976.

Anders als im Pressebereich präsentiert sich die Lage auf dem Gebiet der elektronischen Medien. In den 1990er Jahren entstanden viele Regionalfernsehstationen, angeführt von Leader «TeleZüri» in schliesslich fast allen Regionen der Schweiz. Diese Fernsehstationen werden freilich ihrerseits in der Regel durch den jeweiligen regionalen Zeitungsmonopolisten betrieben7. Die Versuche, ein übergreifendes Deutschschweizer Fernsehen zu lancieren (Tele24, TV3), sind gescheitert. Mit dem neuen RTVG ist das faktische Monopol der SRG in diesem Bereich weiter stabilisiert worden8.

B. Auf dem Weg zu drei grossen Playern?

Überblickt man die Entwicklung im Deutschschweizer Medienmarkt gesamt, so ist eine ungebrochene Konzentrations-tendenz auszumachen. Mit der Espace Media Groupe wurde nun auch einer der regionalen (de facto) Monopolisten von einem grösseren Medienhaus aufgekauft, wodurch der Konzentrationsprozess eine neuerliche Steigerung erfahren hat9.

Es kristallisieren sich vor allem drei grosse Player heraus, die die Deutschschweizer Presse insgesamt zunehmend in ihren engeren oder weiteren Einflussbereich bringen: Tamedia, Ringier und NZZ. Auf einer Stufe darunter halten sich noch regionale Player wie «Südostschweiz» oder «AZ Medien». Mit der Annäherung der «Basler Zeitung» an die Tamedia, besonders über die gemeinsame Herausgabe der Gratiszeitung «News», scheint sich aber bereits abzuzeichnen, dass auch diese Häuser auf längere Sicht in die Einfluss-sphäre der grösseren Verlage geraten könnten.

Die Stärkeverhältnisse unter den Deutschschweizer Verlagen, gemessen am Umsatz, präsentieren sich aktuell so10: Ringier erreichte 2007 einen Umsatz von 1,46 Mrd. Fr., Tamedia 772 Mio. Fr., die NZZ-Gruppe 551 Mio. Fr. Nur noch etwa halb so gross ist dann die Basler Mediengruppe (283 Mio.), gefolgt von AZ Medien (203 Mio.) und Südostschweiz Mediengruppe (136 Mio.).

Eine neue Perspektive eröffnet freilich das verstärkte Engagement der Axel Springer AG in der Schweiz. 2006 übernahm der deutsche Konzern die Jean Frey AG und damit Titel wie «Beobachter» und «Bilanz»11. Die «Weltwoche» wurde gleichzeitig verselbständigt. Ein Einstieg in die Tages- und Meinungs- presse durch Springer erforderte aber wahrscheinlich den Aufkauf oder die Fusionierung mit einem anderen Verlagshaus12.

- 6 Im Gegenzug übernahm die Publigroupe eine Beteiligung an der FPH und das Anzeigengeschäft der NZZ.
- 7 Z.B. «Tele M1» von der AZ Medien AG, «TeleSüdostschweiz» von der Südostschweiz-Gruppe, «TeleOstschweiz» von der St. Galler Tagblatt AG.
- 8 Mit dem Sender «3 plus» existiert ein Konkurrenzprogramm; der Sender beschränkt sich aber im Wesentlichen auf ein Abspielen von Serien und Filmen und erbringt kaum journalistische Eigenleistungen.
- 9 Zur Bedeutung dieses Schrittes UELI CUSTER, Totalumbau beginnt, in: Media Trend Journal 4/2007 (online): «Mit der Übernahme der Espace Media Groupe hat die Tamedia einen Totalumbau der Schweizer Medienlandschaft eingeleitet, bei dem kein Stein auf dem anderen bleiben wird.»
- 10 Ausser Betracht bleiben die Publigroupe, die selbst nicht verlegerisch aktiv ist, die SRG, die primär öffentlich alimentiert und reguliert ist, sowie die Westschweizer Edipresse.
- 11 Schon 1999 hatte Springer die Verlagsgruppe Handelszeitung (mit «Handelszeitung», «Stocks») übernommen.
- 12 2002 standen Fusionsverhandlungen zwischen Springer und Ringier kurz vor dem Abschluss; schliesslich entschied sich Verleger Michael Ringier aber für die unternehmerische Selbständigkeit.

Die Mittel zu solchen Massnahmen besitzt der Springer-Konzern selbstverständlich, und entsprechende Schritte in Zukunft würden nicht überraschen. Für die Schweiz bedeutete dies die neue Situation, dass ein ausländisches Unternehmen eine wichtige Stellung im Schweizer Pressemarkt erlangt.

Keine grossen Veränderungen sind im Bereich von Radio und Fernsehen zu erwarten. Die SRG wird ihre faktische Monopolstellung im sprachregionalen Bereich unter dem neuen RTVG behalten¹³. Die Lokalfernsehsstationen, die überwiegend defizitär und mit nur geringen Reichweiten arbeiten¹⁴, werden durch das neue Subventionssystem gestützt und daher überwiegend wohl weiterbetrieben werden. Auf dem Radiomarkt ergeben sich kleinere Veränderungen, vor allem durch die wieder verstärkte Präsenz von Medienunternehmer Roger Schawinski (Radio 1, sowie die jüngsten Konzessionsentscheide); strukturell ist die Lage und die Vormachtstellung der SRG im stark reglementierten Rundfunkbereich aber stabil.

II. Würdigung

1. Vielfaltsfördernde Tendenzen

Zur Beurteilung der Konzentrationstendenz besonders unter dem Vielfaltsaspekt sind nun einige weitere und allgemeinere Entwicklungen in den Blick zu nehmen: Zunächst ist die zunehmende Mobilität und örtliche Ungebundenheit der Menschen zu berücksichtigen. Längst sind die Lebensräume nicht mehr kleinräumig geschlossen¹⁵. Mit Leichtigkeit bewegt man sich über grosse Distanzen hinweg, und ge-

rade die Entwicklung und der Einfluss der elektronischen Medien führen dazu, dass fast jeder Ort der Welt zum Bezugspunkt individueller Aufmerksamkeit werden kann. Insgesamt ist festzuhalten, dass die räumliche Dimension an Bedeutung verliert¹⁶.

Das bedeutet medienrechtlich, dass eine Betrachtung, die das Medienangebot rein regional fasst, überholt ist¹⁷. Die vielfältigen Medieneinflüsse aus verschiedenen Herkunftsdimensionen müssen gesamthaft gewürdigt werden, da sie auch erst im Zusammenspiel die Meinungsbildung der Bevölkerung bestimmen¹⁸. So ist heute, auch wer beispielsweise im Kanton Aargau wohnt, keineswegs dem regionalen Pressemonopolisten sozusagen ausgeliefert; da er oder sie oft etwa nach Zürich zur Arbeit fährt, andere Medien und Informationen besonders auch über das Internet empfängt, abends vielleicht durch deutsche, österreichische oder auch fremdsprachige Fernsehprogramme zappt, zudem häufig in andere Länder reist usw. All dies ist in Betracht zu ziehen, wenn heute über Medienkonzentration und Medienvielfalt nachgedacht wird. Ein wichtiger Vorbehalt ist freilich im Hinblick auf die lokale und regionale Information zu machen, die bei einer Zeitung weitgehend monopolisiert sein kann. Indessen sind auch diesbezüglich, besonders durch das Internet, Entbündelungstendenzen auszumachen.

Die Entbündelung des Medienangebots ist ein bestimmender Trend der Zeit¹⁹. Die Informationsströme werden viel weniger als früher über einige Hauptmedien gebündelt, sondern laufen in vielfältigster Form zunehmend direkt vom Empfänger zum Rezipienten. Vor allem der Einzug des Internet bringt diesbezüglich tiefgreifende Änderungen, die in vollem Gange sind. Im Hinblick auf das Fernsehen etwa ist abzusehen, dass durch neue Technologien ein einheitliches Programm zunehmend durch ein individuell zusammengestelltes Angebot abgelöst werden wird.

Im Hinblick auf diese Tendenzen wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob der medienpolitische Ansatz, der eine mögliche Unterversorgung des Publikums mit Informationen ins Auge fasst, überhaupt noch aktuell sei²⁰. Eher scheint nun die

- 13 Vgl. URS SAXER, *Regelungsgrenzen nationaler Medienordnungen – Die Schweiz als Beispiel*, in: Otfried Jarren/Patrick Donges (Hg.), *Ordnung durch Medienpolitik?*, Konstanz 2007, S. 233 ff., 243 f.
- 14 Eine Ausnahme bildet das erfolgreiche «TeleZüri».
- 15 KELLERMÜLLER (FN 1), S. 23.
- 16 URS SAXER, *Das Medienrecht und das Spannungsfeld von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb*, in: *Aktuelle Juristische Praxis* 1999, S. 427 ff., 430.
- 17 Mit einem solchen Ansatz noch der Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 3. Juli 2003 zur Parlamentarischen Initiative Medien und Demokratie, BBl 2003, S. 5357 ff., insb. 5370 ff.
- 18 Vgl. KELLERMÜLLER (FN 1), S. 108.
- 19 KELLERMÜLLER (FN 1), S. 42.
- 20 KELLERMÜLLER (FN 1), S. 44, 101 f.

Überflutung mit Informationen zum Problem zu werden. Indessen ist zu berücksichtigen, dass einige Medien doch nach wie vor eine deutlich grössere Bedeutung für die Meinungsbildung haben als andere. Insbesondere die Leistungen der Presse im Hinblick auf eine intensive und vertiefte Auseinandersetzung mit aktuellen Themen sind nur begrenzt durch andere Medienformen substituierbar²¹.

Auch in Anbetracht einer steigenden Bedeutung zugangsregulatorischer Fragen behalten vor diesem Hintergrund inhaltliche Aspekte und Regulierungsziele ihre Bedeutung²². Die Angebotsstrukturen bleiben besonders im Hinblick auf einige Teilnehmer mit besonderer Marktmacht sicherlich relevant. Diese Macht dürfte sich indessen zunehmend in anderen Formen äussern, insbesondere in elektronischen und entterritorialisierten. Der Nationalstaat stösst mit seinen Regelungskapazitäten diesbezüglich an Grenzen, auf die an dieser Stelle lediglich hingewiesen werden kann²³.

Im Hinblick auf Medienkonzentration und Medienvielfalt wird man gesamthaft feststellen können, dass eine Konzentration im klassischen Medien- und insbesondere Pressemarkt unter heutigen Bedingungen nicht mit einer Verringerung der Informationsquellen gleichzusetzen ist. Vielmehr wachsen, während die traditionellen Angebote weniger werden, vielfältige neue Formen der Meinungs- und Informationsverbreitung. Dies hat die medienpolitische und medienrechtliche Würdigung zu berücksichtigen.

2. Vielfalt und Vielzahl

Besonders wichtig für eine adäquate Problemerkennung ist überdies die Aufhellung des Zusammenhangs von medialer Vielzahl und inhaltlicher Vielfalt. Häufig wird diesbezüglich von einer Kongruenz ausgegangen, also angenommen, quantitative Pluralität bedeute auch inhaltliche Vielfalt. Zielpunkt politischer Bestrebungen ist dann eine möglichst grosse Zahl von Titeln und Publikationen. Diese Annahmen sind aber fragwürdig. Der Zusammenhang ist nicht bis ins Letzte geklärt, doch besteht in der Forschung doch Einigkeit darüber, dass eine einfache Entsprechung zwischen Medienkonzentration und abnehmender publizistischer Vielfalt nicht besteht²⁴. Viele kleine, unabhän-

gige Zeitungen beispielsweise können aufgrund knapper Ressourcen alle die gleichen Agenturmeldungen abdrucken, während weniger, dafür besser ausgestattete Zeitungen unter Umständen einen lebhafteren inhaltlichen Wettbewerb austragen.

Zielpunkt der staatsrechtlichen Betrachtung nun muss eine inhaltliche Vielfalt sein. Eine formelle Pluralität der Medien ohne inhaltliche Vielfalt ist demokratietheoretisch im Grunde wertlos. Die öffentlich-rechtliche Untersuchung der Konzentrationsprozesse, die von der kartellrechtlichen zu trennen ist²⁵, hat deshalb stets auf den inhaltlichen Pluralismus hin orientiert zu sein. Freilich sind ihr hierbei, was konkrete Schlussfolgerungen oder Massnahmen anbetrifft, enge Grenzen gesetzt.

Erstens ist die inhaltliche Vielfalt schwer zu messen²⁶. Zweitens ist unklar, wieviel Vielfalt genau zu verlangen ist²⁷. Drittens und

- 21 Vgl. WOLFGANG SEILER, Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheit, in: AfP (Archiv für Presserecht) 1/2002, S. 1 ff., 1.
- 22 Vgl. MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkregulierung – Alte und neue Herausforderungen, in: Otfried Jarren/Patrick Donges (Hg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff., 383 f.
- 23 Treffende Problembeschreibung bei DIRK MESSNER, Global Governance: Globalisierung im 21. Jahrhundert gestalten, in: Maria Behrens (Hg.), Globalisierung als politische Herausforderung, Wiesbaden 2005, S. 27 ff., 27: «Die Inkongruenz von territorialstaatlich organisierter Politik sowie grenzüberschreitenden Problemzusammenhängen (z.B. dem Klimawandel, weltweiter Migration) und Funktionssystemen (z.B. den globalen Finanzmärkten, dem Internet) auf der einen Seite und sich verändernde Machtgefüge zwischen (zumindest potenziell) weltweit mobilen Akteuren (Unternehmen, Kapitalbesitzern, Experten, Wissenschaftlern) sowie immobilen Akteuren (Regierungen, Gewerkschaften, Parteien, kommunale Verwaltungen) auf der anderen Seite setzen die etablierten Institutionen der Politik unter Globalisierungsdruck.»
- 24 Vgl. MATTHIAS AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Diss. Zürich 2000, S. 18 ff.; HEINZ BONFADELLI/URSULA SCHWARB, Medienkonzentration und publizistische Vielfalt. Theoretische Perspektiven, normative Anforderungen und empirische Evidenzen, in: Heinz Bonfadelli/Werner A. Meier/Josef Trappel (Hg.), Medienkonzentration Schweiz – Formen, Folgen, Regulierung, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 21 ff. (insb. 31 ff.); KELLERMÜLLER (FN 1), S. 28 ff., 107, 145; MANFRED KNOCH, Medienkonzentration und publizistische Vielfalt. Legitimationsgrenzen des privatwirtschaftlichen Mediensystems, in: Rudi Renger/Gabriele Siegert (Hg.), Kommunikationswelten. Wissenschaftliche Perspektiven zur Medien- und Informationsgesellschaft, Innsbruck/Wien 1999, S. 123 ff.; URS SAXER (FN 16), S. 429; ROLF H. WEBER, Medienkonzentration und Meinungsppluralismus – Entwicklungstendenzen in Europa und Diskussionsstand in der Schweiz, Zürich 1995, S. 11, 73, 83.
- 25 Vgl. KELLERMÜLLER (FN 1), S. 105 f.; SAXER (FN 16), S. 438.
- 26 KELLERMÜLLER (FN 1), S. 29 f.; MARIE LUISE KIEFER, Medienökonomik – Eine Einführung in eine ökonomische Theorie der Medien, 2. Aufl., München/Wien 2005, S. 115 f.; KARIN WESSELY, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, Wien 1995, S. 249 ff.
- 27 KELLERMÜLLER (FN 1), S. 108; SEILER (FN 21), S. 8.

vor allem aber ist eine inhaltliche Steuerung des Medienangebots im liberalen Staat kaum wünschbar und realisierbar²⁸. Der Staat begäbe sich auf einen problematischen Weg, wenn er die inhaltliche Gestaltung des Medienangebots steuern wollte. Gleichwohl ist zu sehen, dass aus einer öffentlich-rechtlichen Sicht diese publizistische Vielfalt von Interesse ist, und dass sicherlich auch Situationen denkbar sind, in denen sie in ausreichendem Mass nicht mehr gegeben wäre.

Die Vorlage «Medien und Demokratie», die gestützt auf einen neuen Verfassungsartikel eine Förderung der Medienvielfalt durch den Bund anstrebte, ist 2005 in den Eidgenössischen Räten endgültig gescheitert²⁹. Damit ist die liberale Medienordnung der Schweiz (im Pressebereich) bekräftigt worden. Dieses liberale Verständnis impliziert, dass gesellschaftlichen und privatwirtschaftlichen Kräften die Erbringung essenzieller Leistungen für die Allgemeinheit anvertraut wird. Der Staat setzt, gerade auch im Medienbereich, darauf, dass Privatunternehmer eine Angebotsqualität bereitstellen, die er selbst schwerlich erreichen könnte. So lebt der freiheitliche Staat besonders auch im Hinblick auf die Medien, wie das bekannte Böckenförde-Wort besagt, von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann³⁰.

3. Fazit

Der Deutschschweizer Medienmarkt unterliegt nach wie vor einer Konzentrationsdynamik. Es sind Szenarien möglich, in der nur noch drei oder vier grosse Verlagshäuser – neben der SRG – ihn direkt und indirekt beherrschen.

Viele Entwicklungen fördern gleichzeitig aber die mediale Angebotsvielfalt. In erster Linie sind die Entbündelung der Informationsströme vor allem durch das Internet und der Bedeutungsschwund örtlicher Anbindung zu nennen. Die vielfach bestehenden Vorstellungen einer Meinungsmonopolisierung durch «Medienmogule» sind unter diesen Umständen kaum mehr zeitadäquat.

Das öffentliche Medienrecht muss an einer inhaltlichen Vielfalt orientiert sein, für die die Pluralität der Organe wichtig ist, ohne dass sie aber mit jener gleichzusetzen wäre. Die publizistische Vielfalt ist indes schwer zu bestimmen, und politische Zielgrössen existieren diesbezüglich (noch) nicht. Wollte man das öffentliche Interesse am Medienangebot politisch konkretisieren, so wäre aber über diese inhaltliche Vielfalt eine Klärung herbeizuführen. Die diesbezüglichen Beurteilungen und Zielsetzungen sind von wettbewerbs- und kartellrechtlichen Beurteilungen zu trennen.

Zur Erreichung und Erhaltung publizistischer Vielfalt stehen dem Staat indes, zumindest im liberalen Paradigma, nur wenige Mittel zur Verfügung. Am ehesten kann er auf eine Senkung der Markteintrittshürden hinwirken, aber auch diesbezüglich sind die Möglichkeiten begrenzt. In jedem Fall kann die inhaltliche Pluralität nur indirekt gefördert werden. Eine direkte Lenkung des Medienangebots kann im liberalen Staat unter gewöhnlichen Bedingungen kaum in Betracht kommen. ■

28 Vgl. KELLERMÜLLER (FN 1), S. 106.

29 Vgl. KELLERMÜLLER (FN 1), S. 113 f.

30 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht – Staat – Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1992, S. 92 ff., 112. Eine Norm zur «Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt» kennt das neue RTVG (Art. 74). Sie ist allerdings enorm unbestimmt und dürfte praktisch irrelevant bleiben: KELLERMÜLLER (FN 1), S. 119 ff.

Réutilisation de productions d'archives et révision du droit d'auteur en Suisse

Dominique Diserens

Docteur en droit, consultant en droit d'auteur et en droit des médias, Lausanne

I. Propos

La révision partielle de la loi sur le droit d'auteur¹, entrée en vigueur le 1.7.2008², a introduit de nouvelles facilités pour la réutilisation des productions d'archives, que cela soit par des diffuseurs spécifiquement (art. 22a) ou par des organismes d'archives en général (art. 22b). Le législateur suisse suit en cela une certaine tendance qui se dessine en Europe. On situera les enjeux qui sous-tendent cette tendance (II) et, après avoir fait un parcours au niveau européen ainsi que dans les pays voisins (III), on donnera un coup de projecteur sur la solution suisse (IV). On y soulignera que le législateur s'est montré à cette occasion innovateur, arbitrant les intérêts en jeu, dont celui du public à avoir accès aux archives, en particulier audiovisuelles, reconnaissant par là la richesse de ce patrimoine culturel.

II. Les enjeux

Au niveau européen, les radiodiffuseurs disposent dans leurs archives d'une quanti-

té énorme de productions qu'ils ont réalisées eux-mêmes ou fait réaliser. On les estime à près de dix millions pour la radio et deux millions pour la télévision³.

Comme les débats parlementaires l'ont montré en Suisse, ces archives ont une valeur de patrimoine considérable. Ainsi S. Epiney au Conseil des Etats⁴: «Ces archives sont un reflet de la vie politique, culturelle et sociale du Pays, on pourrait même dire que c'est un patrimoine». Ou bien au Conseil national N. Hochreutener⁵: «Die Archive der Radio- und Fernsehanstalten enthalten ein grosses Kulturerbe». Ou encore A.-C. Menetrey⁶: «(...) Il faut souligner l'intérêt considérable qu'il y a à favoriser la diffusion d'émissions d'archives. Celles-ci représentent une immense richesse. Elles constituent notre patrimoine culturel».

Or, dans la pratique, les diffuseurs sont confrontés à des difficultés souvent insurmontables liées aux droits d'auteur. Une production radiophonique ou télévisuelle est constituée d'innombrables apports d'ayants droit. Pour les productions d'archives anciennes, il se peut que l'on ne retrouve plus les contrats, que ceux-ci n'existent plus s'ils ont existé un jour. Les ayants droit peuvent être inconnus ou non identifiants. Il se peut aussi que, il y a des années en arrière, les diffuseurs n'aient pas acquis les droits nécessaires pour utiliser les productions par exemple pour des services à la demande via Internet qui n'existaient pas à l'époque. Ou encore que la rémunération contractuelle soit inadaptée par exemple pour une chaîne spécialisée qui s'adresse à une audience de niche et non nationale. Comme l'a dit au Conseil des Etats F. Lom-

Zusammenfassung: Die am 1. Juli 2008 in Kraft getretene Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes enthält auch Erleichterungen für die Sendeunternehmen, ihre Archivbestände und auch aktuelle Sendungen im allgemeinen Interesse zugänglich zu machen. Die Ausübung dieser Rechte ist neu der kollektiven Verwertung unterstellt; eine Tendenz, die auch in manchen europäischen Ländern zu sehen ist. Der schweizerische Gesetzgeber erkannte den unschätzbaren Wert der audiovisuellen Archive als schweizerisches Kulturerbe und fand eine innovative und abwägende Lösung, welche dem öffentlichen Interesse am Zugang zu diesem Kulturerbe Rechnung trägt.

1 Projet du 10.3.2006, avec le Message du Conseil fédéral, FF 2006 3263.
2 Modification de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 5 octobre 2007, RO 2008 2421, et arrêté fédéral portant approbation de deux Traités de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et à la modification de la loi sur le droit d'auteur du 5 octobre 2007, RO 2008 2497.
3 http://www.ebu.ch/fr/legal/topical/leg_t_copyright_use_archive Productions_top.php.
4 BO 2006 E 1206.
5 BO 2007 N 1207.
6 BO 2007 N 1207-1208.

Résumé: *La révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur le 1.7.2008 consacre de nouvelles facilités pour la réutilisation des productions d'archives des organismes de diffusion et de manière générale des œuvres dites orphelines. L'exercice des droits d'utilisation est soumis à une gestion collective obligatoire. C'est une tendance que l'on retrouve en Europe où de plus en plus de législateurs adoptent des solutions spécifiques pour faciliter la réutilisation de productions d'archives. Le législateur suisse a reconnu par là la valeur inestimable des archives audiovisuelles comme patrimoine national et a su trouver des solutions innovantes arbitrant les intérêts en jeu et prenant en compte l'intérêt du public à avoir accès à ce patrimoine.*

bardi⁷, «Bei solchen Produktionen, die Beiträge vieler unterschiedlicher Berechtigter enthalten, sind Nachforschungsarbeiten und individuelle Verhandlungen kaum zu bewältigen. Die Praxis hat gezeigt, dass die Wiederverwendung von Archivproduktionen, welche häufig gebührenfinanziert sind und deren kultureller, dokumentarischer und informativer Wert von öffentlichem Interesse ist, in vielen Fällen unmöglich ist.» Sur ce constat, la solution consiste-t-elle à laisser les archives inemployées, inaccessibles? Comme on le verra (cf. sous IV), tel n'a pas été le choix du législateur suisse; ainsi, par exemple, pour S. Epiney au Conseil des Etats⁸, «(...) il faut trouver des solutions pragmatiques, afin de faciliter l'accès tant technique que juridique à ce trésor des productions d'archives». «Et cela a été notre souci: plutôt que de laisser dormir une œuvre, on préfère la ressusciter», ajoute-t-il. De même au Conseil national, pour N. Hochreutener⁹, «Es liegt im Interesse aller, dass dieses Erbe zugänglich gemacht wird».

La question prend toute son acuité car les diffuseurs investissent dans les nouvelles technologies, numérisant les productions.

7 BO 2006 E 1206.

8 BO 2006 E 1206.

9 BO 2007 N 1207.

10 Brochure, Le droit d'auteur à l'ère du numérique: Impasse ou autoroute, Faits et opinions, IPI, 2006, p. 45. Cf. aussi www.droitdauteur.ch.

11 Déclaration adoptée par le Comité des Ministres du 9 septembre 1999, cf. http://wcd.coe.int/t/dghl/standarsetting/media/Doc/CM_fr.asp.

12 Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins, dite Directive sur la société de l'information, JO L 167 du 22.6.2001, p. 10.

13 Art. 30a: «1. Published works which are part of the Danish Broadcasting Corporation's or TV 2's own productions may be rebroadcast by the said radio and television companies and made available by the companies in such a way that the general public may access them from a place and at a time individually chosen by them (cf. Section 2, para 4, No1, second part), provided that the conditions for an extended collective licence under Section 50 are satisfied. The provision in the first sentence applies correspondingly to such production of copies as it necessary for the reproduction. The provisions in the first and second sentences only apply to works which form part of productions which were broadcast before 1 January 1998. 2. The author may prohibit the radio or television company from reproducing the work in accordance with Para 1».

Les services à la demande via Internet constituent aussi un nouveau mode adapté pour favoriser l'accessibilité des productions d'archives. Laissons le mot à Theo Muesli, alors Responsable du réseau Documentation et Archives à SRG SSR¹⁰: «La SRG SSR possède des productions d'archives dont le public pourrait profiter par le biais des services interactifs. Cependant, d'innombrables obstacles juridiques entravent ce type d'exploitation. Il importe d'encourager la présence de contenus suisses précieux sur le plan culturel et social dans les nouveaux médias. La révision devrait faciliter l'accès à ces productions en formulant une solution légale praticable».

Avant d'examiner la solution suisse, il importe d'abord de passer brièvement en revue l'évolution européenne et de relever une tendance marquée, celle d'adopter des solutions adaptées en droit d'auteur pour valoriser les productions d'archives.

III. Tendances en Europe

1. Conseil de l'Europe

En 1999, le Conseil de l'Europe a traité de cette problématique dans une Déclaration sur l'exploitation des productions radiophoniques et télévisuelles contenues dans les archives des radiodiffuseurs¹¹ et a souligné la nécessité de trouver un mécanisme qui permette effectivement aux radiodiffuseurs d'utiliser leurs propres productions d'archives, moyennant le paiement d'une rémunération équitable aux ayants droit qui ont contribué à la production.

2. Evolution dans les pays européens

A. Dans les pays scandinaves

Au Danemark, la loi sur le droit d'auteur a été modifiée en 2002, lorsque le législateur a repris la Directive sur la société de l'information¹² et consacré, par le biais de l'art. 30a, le régime de licence collective étendu pour la réutilisation des productions d'archives. Ce régime, connu en Scandinavie dans d'autres domaines, signifie que des accords passés avec des organismes représentatifs d'ayants droit s'appliquent de par la loi aussi à des non-membres de la même catégorie¹³. Il vaut pour la rediffusion, la mise à disposition à la demande ainsi que pour

les reproductions nécessaires à ces utilisations de productions d'archives de Danemarks Radio (ci-après DR) et TV2. Les productions visées sont celles diffusées avant le 1.1.1998. La Norvège en a fait autant, également dans le cadre de la reprise de la Directive sur la société de l'information, par acte législatif du 17.6.2005, entré en vigueur le 1.7.2005. La solution vaut pour les productions d'archives diffusées avant le 1.7.2005¹⁴. La Finlande a suivi avec un système analogue, là aussi avec la reprise de la Directive sur la société de l'information, entré en vigueur le 1.1.2007¹⁵. La Section 25g de la loi finlandaise consacre le régime de licence collective étendu pour la réutilisation de productions d'archives diffusées avant le 1.1.1985. Enfin, la Suède se prépare à modifier sa loi sur le droit d'auteur: l'art. 49g, devrait entrer en force le 1.1.2009; le régime s'appliquera à des productions d'archives diffusées avant le 1.7.2005¹⁶.

En 2007, sur la base du nouveau régime légal, DR a passé un accord avec la société de gestion danoise Copy-Dan, valant jusqu'en 2013. Cet accord, le premier en date, a été accueilli en Europe comme un modèle du genre¹⁷. Etant donné la proximité de la solution danoise avec celle retenue en Suisse (cf. sous IV), on en retracera ici les grandes lignes. Les négociateurs ont pu en effet préciser la loi et même en demander une révision. En effet, la limite légale selon laquelle seules les productions d'archives diffusées avant le 1.1.1998 peuvent être réutilisées a fait l'objet de critiques et les partenaires se sont entendus pour demander que la loi soit amendée afin que le régime s'applique à des productions diffusées avant le 1.1.2007. L'accord couvre de telles productions¹⁸. Il vaut pour tous les ayants droit (membres, non-membres, étrangers, œuvres orphelines). On notera que le diffuseur n'a pas à prouver qu'il a mené des recherches diligentes pour identifier les ayants droit, ce qui est d'ordinaire demandé pour les œuvres orphelines (cf. infra sous C), le champ d'application de l'accord collectif étendu étant plus large. A l'inverse, comme l'usage le veut, le diffuseur doit déclarer l'utilisation des œuvres. Afin d'éviter d'avance tout problème, l'accord n'autorise pas DR à utiliser des lectures d'œuvres littéraires complètes ni non plus des programmes dans lesquels les disques constituent une part substantielle de l'émission à

la demande¹⁹. DR peut utiliser à l'inverse des courts extraits et faire des clips d'archives. L'accord prévoit en contrepartie le versement d'une somme globale forfaitaire indépendamment de l'utilisation effective des œuvres.

B. Evolution dans d'autres pays en Europe

En Allemagne, le législateur a modifié les dispositions du droit d'auteur qui interdisaient la cession portant sur des modes d'utilisation inconnus au moment de la conclusion des contrats²⁰. Cette règle supposant une renégociation individuelle avec chaque ayant droit par exemple pour les utilisations en ligne de productions d'archives a rendu impossible en pratique un grand nombre d'utilisations des productions d'archives. La suppression de cette règle, que le droit suisse ne connaît pas²¹, a des effets positifs sur la réutilisation de productions d'archives²².

En France, des dispositions spécifiques et adaptées aux besoins de la pratique ont été adoptées en 2006 pour la réutilisation des productions d'archives²³. Finalement, on signalera que la Lettonie a adopté une disposition spécifique et qu'en Hongrie une proposition de modification législative est

14 Proposition to the Odelsting No 46 2004-2005.

15 Government Bill 28/2004.

16 Cf. Reuse of copyright protected material to be found in the programme archives of radio and TV companies, Government Offices, Ministry of Justice (Ds 2008:15). Cf. aussi <http://www.regeringen.se>.

17 Voir sous <http://www.heise.de/tp/24/artikel/25/25545/1.html>.

18 En contrepartie le diffuseur a accepté une période de retrait de l'autorisation de 6 ans pour les productions de fiction et 10 ans pour les productions littéraires.

19 Cf. pour la solution suisse, infra IV.5.D.

20 Art. 31 Abs. 4 UrhG, WEBER P., Neue Nutzungsarten – Neue Organisation der Rechteverwaltung? Zum 2007, p. 688 sq., p. 692. Les modifications sont entrées en vigueur le 1.1.2008.

21 REHBINDER M./VIGANO A., Kommentar Urheberrecht, 3^e éd. Zurich, 2008, N 3 ad art.16, p. 78.

22 Voire les cas mentionnés par WEBER P., op. cit. p. 692.

23 Loi no 2006-961 du 1.8.2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF no 178 du 3 août 2006, p. 11529. L'art. 38 introduit l'extension possible à tout un secteur d'activités d'accords collectifs passés avec des organisations représentatives par arrêté du ministre chargé de la culture. Par ailleurs cette révision a prévu pour les productions d'archives détenues par l'INA, l'organisme d'archivage en France dans le domaine audiovisuel, une disposition spécifique aux droits des artistes faisant référence aux accords collectifs pour les conditions d'exploitation des prestations.

en cours d'élaboration²⁴.

3. Les initiatives communautaires sur les œuvres orphelines

Dans le cadre de son projet de création de la «Bibliothèque numérique européenne», l'Union européenne accorde beaucoup d'importance à la question des «œuvres orphelines». Ainsi dans sa recommandation du 24.8.2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation²⁵, la Commission des CE considère (c. 10 in fine) que: «Dans des cas comme celui des œuvres orphelines – c'est-à-dire protégées par des droits d'auteur dont il est difficile voire impossible, de trouver le titulaire (...), les mécanismes d'octroi de licence peuvent faciliter l'autorisation de tels droits et, partant, le travail de numérisation ainsi que l'accessibilité en ligne qui en résulte. Il convient donc de promouvoir de tels mécanismes en étroite collaboration avec les titulaires de droits». La Commission recommande «d'améliorer les conditions de numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel (a) en créant des mécanismes pour faciliter l'exploitation des œuvres orphelines, après consultation des parties intéressées (...)».

Sur la base de cette recommandation, un certain nombre de pays ont lancé des consultations avec les milieux concernés par les «œuvres orphelines». Il en va ainsi des Pays-Bas, de la Belgique et du Royaume-Uni, en particulier. En Hongrie, des propositions sont à l'étude, de même qu'en Roumanie et en Estonie²⁶.

Les travaux qui ont suivi au niveau de l'Union européenne ont mené en juin 2008 à un Protocole d'accord²⁷ signé par des organisations intéressées; il comporte des li-

gnes directrices qui ont pour but d'aider les institutions culturelles, les bibliothèques et les musées à numériser les livres, films et musique dont les auteurs sont inconnus et de les mettre à la disposition du public, via internet, selon les solutions législatives qui seraient adoptées dans les pays. Ces lignes directrices donnent des critères à remplir pour des recherches diligentes qu'il y aurait lieu de mener afin de pouvoir qualifier les œuvres d'«orphelines».

Etant donné que ces travaux concernent d'abord les archives des bibliothèques nationales, galeries, musées, archives cinématographiques, les besoins plus larges – que les seuls cas des œuvres orphelines – rencontrés dans la pratique par les diffuseurs n'ont pas encore été pris en compte dans le cadre de ces efforts.

IV. La solution suisse

1. Les dispositions introduites

Le législateur a introduit deux nouvelles dispositions traitant de la réutilisation des productions d'archives. La première concerne spécifiquement les diffuseurs:

Art. 22a – Utilisation des productions d'archives des organismes de diffusion

1 Sous réserve de l'alinéa 3 ci-après, les droits suivants sur les productions d'archives des organismes de diffusion au terme de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées:

- a. le droit de diffuser la production d'archives sans modification, dans son intégralité ou sous forme d'extrait;
- b. le droit de mettre à disposition la production d'archives sans modification, dans son intégralité ou sous forme d'extrait, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement;
- c. les droits de reproduction nécessaires à l'utilisation selon les let. a et b.

2 Par production d'archives d'un organisme de diffusion, on entend une œuvre fixée sur un phonogramme ou un vidéogramme qui a été produite soit par

24 C'est depuis 2000 que la loi sur le droit d'auteur en Lettonie prévoit à son art. 53 (3) l'autorisation donnée par la loi aux diffuseurs d'utiliser les œuvres et phonogrammes inclus dans leurs archives au 15 mai 1993 moyennant le paiement d'une rémunération.

25 Le texte de la recommandation est disponible sur le site de l'initiative The «i2010: bibliothèques numériques»: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm.

26 Cf. le site de la DG InfoSoc: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/mseg/reports/index_en.htm.

27 On trouve le Protocole d'accord sous http://ec.europa.eu/information_society/newsroom.

l'organisme de diffusion lui-même, sous sa propre responsabilité rédactionnelle et avec ses propres moyens, soit à ses frais par des tiers à qui il a lui-même passé commande et dont la première diffusion remonte à dix ans au moins. Si une production d'archives inclut d'autres œuvres ou parties d'œuvres, l'alinéa 1 s'applique également à l'exercice des droits sur ces autres œuvres ou parties d'œuvres dans la mesure où celles-ci ne déterminent pas de façon substantielle le caractère spécifique de la production d'archives.

3 En présence d'une convention contractuelle conclue avant la première diffusion ou dans les dix ans qui l'ont suivie et portant sur les droits visés à l'al. 1 et leur indemnisation, seules les dispositions contractuelles sont applicables. L'al. 1 ne s'applique pas aux droits des organismes de diffusion au sens de l'art. 37. A la demande de la société de gestion, les organismes de diffusion et les tiers ayants droit sont tenus de renseigner cette dernière sur les conventions contractuelles.

La seconde disposition concerne tous les organismes d'archivage – y compris aussi les diffuseurs – et se limite aux cas des «œuvres orphelines»:

Art. 22b – Utilisation d'œuvres orphelines

1 Les droits nécessaires à l'exploitation de phonogrammes ou de vidéogrammes ne peuvent être exercés que par une société de gestion agréée, dans la mesure où:

- a. l'exploitation concerne des stocks d'archives accessibles au public et des archives des organismes de diffusion;
- b. les titulaires de droits sont inconnus ou introuvables;
- c. les phonogrammes ou vidéogrammes destinés à l'exploitation ont été produits ou reproduits en Suisse et que dix ans au moins se sont écoulés depuis leur production ou leur reproduction.

2 Les utilisateurs sont tenus de notifier aux sociétés de gestion les phonogrammes ou les vidéogrammes qui contiennent des œuvres orphelines.

2. Rappel du contexte de la révision partielle de la Loi sur le droit d'auteur

La révision partielle de la législation sur le droit d'auteur avait pour objectif d'adapter la protection du droit d'auteur aux nouvelles technologies; elle était liée à la ratification des deux traités de 1996 de l'OMPI dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins: le Traité sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) réglant la protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes par rapport aux technologies de la communication transfrontière comme internet²⁸.

On dira pour simplifier que les deux grands points nouveaux de ces traités par rapport au droit suisse sont d'une part la reconnaissance d'un droit de mise à la disposition à la demande (dont les titulaires de droits voisins n'étaient pas encore bénéficiaires selon l'ancien droit) et d'autre part une protection contre le contournement des mesures techniques de protection (DRM, Digital Rights Management)²⁹.

Au sein de l'Union européenne, la Directive sur la société de l'information³⁰ retranscrit ces traités dans un cadre européen. On a vu qu'en Scandinavie c'est lors de la reprise de la Directive Société de l'information que la plupart des législateurs ont adopté des solutions relatives à la réutilisation des productions d'archives (cf. supra sous III). Quoi de plus logique qu'une révision législative liée aux nouvelles technologies pour traiter aussi de la réutilisation, dont l'accès via internet, des productions d'archives?

Le Message accompagnant le projet de révision partielle souligne la nécessité d'un équilibre à prendre en compte en faisant

28 Pour le texte de ces traités: WCT, FF 2006 3325; WPPT, FF 2006 3335.

29 Ainsi résumé aussi, cf. Message du 10.3.2006, FF 2006 3271.

30 Cf. p. ex. EGLOFF W., Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG, SIC! 2002, No 11.

une balance des intérêts³¹: «La révision de la loi ne peut (...) pas simplement se limiter à prendre en compte les intérêts des titulaires de droits pour combler les lacunes que l'évolution technologique et les nouvelles formes d'utilisation font apparaître dans leur protection. Elle doit aussi prendre en considération la nécessité de la liberté des flux de l'information, véritable credo de la société de l'information moderne».

On le verra, le législateur, avec la question de la réutilisation des productions d'archives, a tenu compte de ce double objectif.

3. Un peu d'histoire

Les dispositions relatives à la réutilisation de productions d'archives ne figuraient pas dans le projet de révision de la loi sur le droit d'auteur, publié par le Conseil fédéral le 10.3.2006³². Elles ont été introduites durant le traitement de la révision par le Parlement, en particulier dans le cadre des travaux du Conseil des Etats³³. Le thème de la réutilisation des productions d'archives n'était pourtant pas étranger à ces travaux de révision. L'avant-projet de loi, soumis en consultation auprès des milieux intéressés, comportait déjà une solution mais plus limitative car ne visant que les droits voisins³⁴. Elle allait aussi moins loin car elle ne prévoyait qu'une solution de gestion d'affaires sans mandat. Ainsi l'art. 38 a de l'avant-projet disposait: Les droits prévus au présent titre (N.B. droits

voisins) nécessaires à l'exploitation d'enregistrements d'archives des diffuseurs, d'œuvres audiovisuelles, de phonogrammes ou de vidéogrammes sont exercés par une société de gestion agréée en vertu des règles sur la gestion d'affaires sans mandat si:

- a. les ayants droit ou leur lieu de résidence sont inconnus;
- b. les objets à exploiter ont été produits ou confectionnés en Suisse et que depuis lors plus de dix ans se sont écoulés.

Si on retrouve quelques éléments constituant la solution suisse retenue, il n'en demeure pas moins que cette dernière est plus développée, plus ciblée sur les besoins de la pratique, plus large et d'une nature autre.

4. Nature de la solution retenue

De par la systématique et le libellé, l'art. 22a, spécifique aux diffuseurs, introduit le régime de gestion collective obligatoire pour la réutilisation des productions d'archives, valant tant en droit d'auteur qu'en droits voisins (à l'exception des droits du diffuseur), de par le renvoi de l'art. 38 de la loi. Ce régime est déjà connu en droit suisse notamment pour la retransmission par câble³⁵. Dans ce régime, le droit exclusif n'est pas visé dans son existence qui reste intacte et n'est pas en cause; seul son exercice et les modalités de sa mise en œuvre sont concernés: le droit exclusif ne peut être exercé que par une société de gestion agréée³⁶. En pratique, cela implique que les diffuseurs ne seront pas bloqués par un ayant droit individuel pour la réutilisation des productions d'archives, mais qu'ils passeront avec les sociétés de gestion des accords tarifaires qui seront soumis pour approbation à la Commission arbitrale³⁷ avec des conditions et des prix qui répondent aux critères de l'art. 60 LDA³⁸.

5. Champ d'application de l'art. 22a

A. Notion de productions d'archives

Les productions d'archives tombant sous le coup de l'art. 22a englobent tant les productions propres, soit celles réalisées par le diffuseur lui-même sous sa responsabilité éditoriale et avec ses propres moyens que les

31 Message, FF 2006 3269.

32 Message, FF 2006 3263 ss.

33 BO 2006 E 1204ss.

34 Avant-projet, avec le Rapport explicatif du DFJP, du 15.9.2004.

35 Cf. notamment EGLOFF W./BARRELET D., *Le nouveau droit d'auteur*, 2^e édition, Berne, 2000, Nos 1-2a ad art. 22, pp. 127-128.

36 Ainsi il ne s'agit pas d'une limitation au droit d'auteur, cf. dans ce sens le Rapport suédois mentionné sous Note 18, No III.2. A. C'est à tort que REHBINDER M./VIGANO A., op. cit. No 8 ad art. 22a, p. 108 ou No 3 ad art. 22b, pp. 110-111 y voient une limitation qui serait à examiner sous l'angle du test en trois étapes des Traités WCT et WPTT. Dans notre sens, aussi LEWINSKI S. v., *La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur*, e-Bulletin du droit d'auteur janv.-mars 2004, p. 5 sq.

37 L'art. 40 al. 1^{er} abis a aussi été introduit pour étendre la surveillance fédérale à l'exercice du droit exclusif. Pour les compétences de la Commission arbitrale, cf. REHBINDER M./VIGANO A., ad art. 55sq, p. 195 sq.

38 En particulier la règle maximale des 10% en droit d'auteur et 3% en droits voisins des recettes (ou à défaut des frais) liées à l'utilisation des œuvres et prestations, cf. REHBINDER M./VIGANO A., ad art. 60, p. 198 sq.

productions de commande définies comme celles réalisées aux frais du diffuseur par des tiers à qui il a lui-même passé commande. A contrario, implicitement, les productions achetées par le diffuseur sont exclues du champ d'application de l'art. 22a. Les productions doivent avoir au surplus passé dix ans. L'art. 22a fait partir le délai de la première diffusion. Dans les débats parlementaires, il a été question d'un délai de cinq ans³⁹, mais la solution finalement retenue est du double. On notera que cette solution diffère de celle consacrée dans les pays scandinaves (cf. supra III.2.A) qui part d'une date fixe. On rappellera que la date limite retenue à l'origine au Danemark, 1.1.1998, ayant fait l'objet de critiques, sera modifiée suivant la demande des négociateurs et fixée au 1.1.2007 (cf. supra III.2.A). On notera qu'avec la solution suisse, à l'inverse d'une date déterminée, chaque année le stock d'archives soumis à l'art. 22a, et partant réutilisable, grandit. Il s'agit donc d'une solution dynamique. En 2020, toutes les productions d'archives diffusées avant 2010 tomberont sous le coup de la disposition.

B. Notion de diffuseurs

On sait que l'art. 22a ne concerne que les diffuseurs. Il renvoie à la loi fédérale sur la radio et télévision pour la notion de diffuseurs. Il va de soi que non seulement le service public de radio et télévision, SRG SSR, bénéficie de cette disposition, mais aussi les diffuseurs privés. En ce sens, F. Lombardi, dans les débats au Conseil des Etats⁴⁰: «(...) il commence à y avoir des archives disponibles chez les diffuseurs privés, puisqu'elles dépassent maintenant dix ans d'existence, il commence à y avoir certaines archives qui sont un témoignage unique et vivace de la vie sociale, culturelle et politique de notre pays.» Le renvoi à la loi fédérale sur la radio et la télévision pour la définition du diffuseur bénéficiaire de cette disposition inclut selon cette loi dans les termes actuels «la personne physique ou morale répondant de l'élaboration d'une émission ou de la composition d'un programme à partir d'émissions»⁴¹.

C. Droits d'utilisation visés

Il y a une différence dans les droits d'utilisation visés aux art. 22a et 22b. L'art. 22a s'adressant seulement aux diffuseurs vise

les droits de diffusion, de mise à la disposition à la demande et les droits de reproductions nécessaires à ces utilisations. A l'inverse, l'art. 22b traite des droits d'exploitation en général pour ce qui a trait aux œuvres orphelines. Il s'ensuit que selon l'art. 22a une commercialisation sur disque ou DVD de la production d'archives est exclue de la gestion collective obligatoire (sauf s'il s'agit, en application de l'art. 22b, d'une œuvre orpheline). Dans la pratique, rien n'empêche par accord tarifaire entre diffuseurs et sociétés de gestion agréées de prévoir aussi cette faculté pour les productions d'archives en général et non seulement pour le cas des œuvres orphelines. Le législateur, avec l'art. 22a, a voulu traiter des cas les plus courants: la rediffusion ainsi que la mise à la disposition à la demande via Internet des productions d'archives. Pour la mise à la disposition à la demande, c'était d'autant plus nécessaire que la révision introduit un nouveau droit exclusif au profit des titulaires de droits voisins⁴². Si l'on compare cette solution sous cet angle avec celle retenue au Danemark, on relèvera qu'il n'y a pas de différence: au Danemark seules la rediffusion et la mise à la disposition à la demande sont visées par la loi (cf. supra III. 2. A).

Pour ce qui est de l'étendue des utilisations, étant donné que la loi ne pose aucune condition restrictive, toutes les utilisations à la demande sont visées, selon la technique du streaming ou par une autre, avec ou sans téléchargement (temporaire ou illimité dans le temps), podcasting, gratuites ou contre rémunération spécifique. Quant aux diffusions concernées, elles ne font pas l'objet non plus de conditions restrictives et, selon le principe de neutralité technologique, toutes les techniques sont couvertes, satellites, câble, voie hertzienne,

39 BO 2006 E 1207.

40 BO 2006 E 1206.

41 Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision, RS 784.40. Pour la définition du programme, cf. art 2 litt. a de cette loi.

42 Sur l'introduction de ce droit au profit des artistes, cf. Message, FF 2006, 3295. On fera aussi référence ici à la règle de la présomption légale au profit du producteur de ce droit revenant aux artistes, cf. art. 34 al. 4, qui peut s'avérer importante en pratique.

simulcasting, etc.⁴³. La loi prévoit que la diffusion peut être intégrale ou par extraits. Cette dernière précision permet aux diffuseurs, à notre sens, d'intégrer les extraits dans une nouvelle émission, de faire des rétrospectives avec des extraits d'archives entre autres⁴⁴.

D. Droits de tiers intégrés dans la production d'archives

Il va de soi que les droits de tiers intégrés dans les productions d'archives tombent sous le coup de la gestion collective obligatoire. S'il s'était agi des seuls droits dont sont titulaires par contrat les diffuseurs, une telle disposition n'aurait en effet pas eu de sens, puisque que par contrat les diffuseurs peuvent exploiter les productions sans qu'une loi soit nécessaire pour cela. Il aurait été plus facile pour le diffuseur que tous les droits de tiers soient inclus dans la gestion collective obligatoire. Cependant l'arbitrage des intérêts en présence a limité la portée de la solution suisse en excluant à son alinéa 2 in fine ces œuvres ou parties d'œuvres si elles déterminent de façon substantielle le caractère spécifique de la production d'archives⁴⁵. Ainsi, par exemple, s'il existe un tel enregistrement d'archives chez un diffuseur, un concert des Rolling Stones donné en Suisse dans les années 60 est exclu du système. Sans que la loi danoise ne prévoie une telle limitation, (cf. III.2.A), l'accord passé entre DK et la société de gestion collective exclut du système des genres de programmes tels que ceux contenant principalement des disques⁴⁶. Pour préciser

la portée de cette limitation, les négociateurs d'un accord tarifaire concrétisant l'art. 22a pourraient s'inspirer des solutions pragmatiques consacrées par le Danemark; les solutions concrètes ne devraient cependant pas trahir l'esprit de la disposition qui, rappelons-le, a pour but de faciliter la réutilisation des productions et de permettre un meilleur accès aux archives.

6. La réserve des accords contractuels selon l'art. 22a

L'art. 22a al. 3 réserve les conventions contractuelles portant sur les droits visés par la disposition et leur indemnisation. Il faut expliquer cette réserve non seulement par le souci de garantir au mieux la liberté contractuelle, mais aussi par le souci d'éviter des doubles paiements. Les œuvres audiovisuelles, comme les productions d'archives des diffuseurs, sont aussi constituées d'apports d'employés. Certains diffuseurs comme le service public en Suisse connaissent un régime de convention collective applicable aux employés ayant dans le cadre de leur emploi créé des œuvres et par lequel les droits sont cédés à l'employeur et rémunérés directement par lui (en salaire et en prestations sociales). Cette réserve vaut donc là aussi pour éviter des doubles paiements pour les droits concernés.

On l'a vu, l'art. 22a ne s'applique pas aux cas où le diffuseur détient déjà les droits et les a acquittés. Quid des contrats peu clairs? Muets sur la question de la cession du droit ou sur sa rémunération? Quid des cas où la cession voire la rémunération pour l'utilisation n'était pas prévue parce qu'en 1940 ou en 1970 on ne pouvait pas imaginer les utilisations à la demande via Internet? Nous partons de l'idée que le diffuseur ne pourra pas être bloqué dans la réutilisation et que l'accord tarifaire passé avec la société de gestion couvrira ces cas. Pour que le contrat prédomine, il faut qu'il prévienne clairement la cession et la rémunération des droits, et ce cumulativement. La cession cependant peut être globale et couvrir aussi des modes d'utilisation inconnus au moment de la conclusion du contrat; le droit suisse est en cela différent du droit allemand antérieur⁴⁷. Ainsi donc, outre les cas où l'émission n'est pas documentée sur les contrats, où les contrats sont introuvables, les situations où les contrats sont incomplets, peu clairs sur

- 43 La pratique des accords tarifaires avec les sociétés de gestion a substitué le simulcasting à une activité de radiodiffusion. Cette utilisation parallèle à la diffusion diffère des utilisations à la carte pour lesquelles l'auditeur ou le téléspectateur est beaucoup plus actif. Pour les définitions, cf. par exemple, Brochure ipi, Le droit d'auteur à l'ère du numérique, Impasse ou autoroute, op. cit. p. 37.
- 44 On a vu que cette faculté est aussi prévue dans l'accord danois, supra III.2.A.
- 45 On ne comprend pas l'interprétation restrictive faite par REHBINDER M./VIGANO A., op. cit. No 8 ad art. 22a, p. 108 qui ne trouve selon nous pas de base dans le texte même de l'art. 22a.
- 46 On relèvera que le législateur suisse a introduit à l'art. 22c un régime de gestion collective obligatoire pour la musique et les disques contenus en fond dans des émissions mises à la disposition à la demande, avec des critères objectifs délimitant les cas et valable pour toutes les émissions et non seulement les productions d'archives.
- 47 Pour les modes d'utilisations inconnus au moment de la conclusion du contrat, cf. REHBINDER M./VIGANO A., cité sous Note 23 sous II.B supra.

la question de la cession et de la rémunération des droits sont couvertes par l'art. 22a. La disposition pourrait aussi concerner des productions d'archives constituées de nombreux apports mais où un seul ayant droit par contrat n'a autorisé qu'une seule diffusion (à moins que cet ayant droit soit à l'origine d'une œuvre ou partie d'œuvre qui détermine de façon substantielle le caractère spécifique de la production d'archives). En effet si le diffuseur dans telle situation devait être bloqué par un seul, le système serait trahi dans son esprit et dans son but (cf. supra sous II.).

Pour être complet, on dira qu'à l'inverse de la situation des œuvres orphelines le régime applicable aux diffuseurs de par l'art. 22a n'implique pas pour ces derniers de procéder à des recherches pour identifier et retrouver les ayants droit. A ce titre la solution suisse est analogue là aussi à la solution danoise (cf. supra sous III.2.A).

7. Champ d'application et portée de l'art. 22b relatif aux œuvres orphelines

Le législateur suisse a aussi réglé le cas des œuvres orphelines et a introduit un régime spécifique à ces œuvres, valable à l'égard de toute institution d'archivage et également applicable pour les archives des diffuseurs. Sont ainsi visées, aux côtés de ces dernières, la Cinémathèque suisse, la Bibliothèque nationale, la Phonothèque nationale, les institutions cantonales ou communales⁴⁸ et toute institution ayant pour activités les archives.

Selon les délibérations au Parlement, le Conseil fédéral aurait préféré ne conserver dans la révision que cette disposition s'appliquant à toutes les archives⁴⁹; étant donné que les besoins de la pratique pour les diffuseurs étaient plus larges que les seuls cas d'œuvres orphelines, comme on l'a vu (cf. supra IV.1), telle n'a pas été la solution finalement retenue par le législateur.

Si les droits visés par l'art. 22b («droits d'exploitation») sont plus larges que ceux de l'art. 22a, les cas concernés sont plus limités: il s'agit de ceux où les auteurs sont inconnus ou introuvables. Il faut aussi que les phonogrammes ou vidéogrammes aient été produits ou reproduits en Suisse, depuis plus de dix ans. Les organismes d'archives sont tenus de notifier aux sociétés de ges-

tion les phonogrammes ou vidéogrammes contenant les œuvres orphelines.

C'est un pas en avant pour faciliter le travail des archives⁵⁰. On a vu plus haut (III.3) que l'Union européenne y accorde actuellement beaucoup d'attention en relation avec son projet de création d'une «Bibliothèque numérique européenne» et recommande vivement aux Etats-membres d'agir sur cette question. Ces travaux en cours au niveau de l'Union européenne pourraient être une source d'inspiration pour la mise en œuvre concrète de l'art. 22b, notamment lorsqu'il s'agira de préciser la notion de «recherches diligentes» tendant à retrouver les ayants droit, notion décisive pour qualifier les œuvres d'«orphelines» et faire usage des facilités législatives nationales.

V. Conclusions

La réutilisation des productions d'archives fait l'objet de beaucoup d'attention de la part des législateurs en Europe. Parions que ce n'est là qu'un début. Le législateur suisse n'a pas eu de crainte à régler cette question d'actualité de manière ciblée aux besoins de la société de l'information. Il a fallu aussi que tous les milieux concernés s'entendent et parlent d'une même voix pour que ces nouvelles facilités soient adoptées. Le droit exclusif peut mener à des interdictions, à des blocages, à des impossibilités d'utiliser qui, dans certains cas comme celui que nous avons traité, ne peuvent que nuire au rayonnement des œuvres. Tous, ayants droits, utilisateurs et public en souffrent; cela va au détriment de la diversité culturelle. Le législateur suisse l'a bien compris en consacrant de nouvelles solutions équilibrées et tenant compte de l'intérêt public. Ces solutions sont maintenant à mettre en œuvre de manière à permettre au public de jouir de ce patrimoine, richesse du pays. ■

48 Toutes regroupées dans l'association Memoriav, cf. www.memoriav.ch.

49 BO 2006 E 1207-1208.

50 Une autre disposition nouvelle a été introduite pour faciliter le travail de ces institutions à l'art. 24 al. 1bis: celles-ci sont désormais autorisées, de par la loi et sans donner prise à une rémunération, à faire des copies de l'œuvre pour la sauvegarde et la conservation de leurs collections, alors que l'ancien droit ne prévoyait une telle faculté que pour une seule copie.