

Droit voisin des diffuseurs: un nouveau traité s'impose

Dominique Diserens

Docteur en droit, Service juridique de la SSR, Berne

Zusammenfassung:
Der Nachbarrechtsschutz der Sendeunternehmen ist ein äusserst taugliches Mittel im Kampf gegen die Herstellung von Raubkopien. Lücken in diesem Bereich würden sich in der Schweiz verheerend auswirken, insbesondere bei den Sportübertragungen und Nachrichtensendungen. Zum Glück sind Sendungen in unserem Land umfassend geschützt. Im Gegensatz dazu ist das Rom-Abkommen, das die Basisnorm der Nachbarrechte auf internationaler Ebene darstellt, im Bereich des Sendeschutzes völlig veraltet. In Anbetracht des verschärften Konkurrenzdruckes unter den Sendeunternehmen ist ein neues internationales Abkommen, das eine moderne Regelung des Nachbarrechtsschutzes erlaubt, dringend notwendig.

I. Introduction

La protection spécifique des émissions de radio et de télévision au titre du droit voisin des diffuseurs est une nécessité tant sur le plan national qu'international. La Suisse l'a introduite en 1993, aux côtés de la protection des artistes et des producteurs. Usant de scénarios de fiction, on s'est demandé ce qu'il adviendrait en Suisse si cette protection n'existait pas pour les diffuseurs, avant d'en tracer les grandes lignes en droit suisse.

Sur le plan international, la protection des droits voisins en général et celle des diffuseurs en particulier repose principalement sur la Convention de Rome. Cet instrument adopté en 1961 paraît amplement dépassé en ce qui a trait à la protection des radiodiffuseurs. Tandis que les artistes et les producteurs de disques ont bénéficié en décembre 1996 d'une adaptation et d'un renforcement subséquent de leur protection, les diffuseurs ont été oubliés dans cette première étape. Des travaux ont commencé depuis lors dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) visant l'adoption sur le plan international d'un nouveau Traité relatif à la protection des radiodiffuseurs. C'est le moment d'optimiser et de moderniser la protection du droit voisin des diffuseurs.

II. Et si cette protection n'existait pas en Suisse...

Imaginons-nous en 2006: les Jeux Olympiques ont lieu à Sion; la SSR, en tant que service public, est tout naturellement le radiodiffuseur-hôte de cette grande manifestation. L'opération est immense. Les tâches principales du radiodiffuseur-hôte sont au nombre de trois: 1) il doit coordonner l'opération entre tous les radiodiffuseurs qui ont, via

l'Union européenne de Radiodiffusion (UER), acheté les droits, soit se charger de la préparation plusieurs années durant, de la planification ainsi que de l'organisation durant l'événement lui-même; 2) il a la responsabilité de la production du signal international pour tous les événements des différentes disciplines et sous-disciplines (ski, hockey, patinage, bob, luge, etc.) qui se déroulent sur plusieurs sites, ainsi que les cérémonies. Cette production peut se faire en collaboration avec des producteurs privés ou/et d'autres radiodiffuseurs membres de l'UER (pour un seul site - descente de ski -, à Lillehammer, la SSR avait dépêché par exemple 100 personnes); 3) enfin, il se charge du centre international de radio-télévision où seront réunis tous les diffuseurs. Il s'agira d'abord de le construire à l'intérieur selon les vœux de chaque diffuseur (salle de montage, etc.) et de planifier les opérations avant et pendant l'événement. Tous les signaux passent par ce centre pour être ensuite envoyés par satellite en direction du monde entier.

Imaginons maintenant un concurrent suisse de la SSR, convaincu que les Jeux olympiques, partie intégrante du patrimoine sportif, appartiennent à tous - en cela il n'a pas tort¹ - et qui, de ce fait, s'empare sans bourse délier ni passation d'accord avec la SSR des images des Jeux. L'appartenance des Jeux au patrimoine

1 Selon la directive TV sans frontière du 3 octobre 1989, révisée en 1997 (art. 3^{bis}), notamment l'appartenance d'un événement au patrimoine sportif signifie plutôt que tout citoyen a le droit de le voir à la télévision par les moyens habituels et sans avoir à payer spécifiquement pour cela (cf. SIDLER O., «Football on television is a human right», *medialex* 1997, p. 129 s.; cf. aussi pour la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière et sa révision, RIEHL F., Convention européenne sur la télévision transfrontière, quo vadis?, *medialex* 1997, p. 11 ss)

sportif n'implique cependant pas que toute entreprise puisse les exploiter financièrement sans participer à l'énorme investissement qu'il y a derrière. La production des images coûte une fortune, tant en infrastructure, en technique qu'en personnel. L'UER négocie les droits pour l'ensemble de la zone européenne et ceux des membres intéressés à la retransmission des jeux. On sait que le coût de ces droits atteint des sommes vertigineuses. Pour les jeux d'Atlanta et la seule zone européenne, l'UER avait déboursé 250 millions de dollars²; pour les jeux de Nagano 72 millions de dollars; pour ceux de Salt Lake City 120 millions de dollars, l'ensemble de ces frais étant supporté par les membres de l'UER. Quant à la production du signal, pour les jeux d'hiver de Salt Lake City en 2002, elle coûte par exemple environ 110 millions de francs.

Si la production et les droits coûtent très cher, il y a encore d'autres frais non moins substantiels supportés par les radiodiffuseurs: comme on l'a vu, des années de préparation, incluant des visites sur place, les coûts de négociation des droits et de coordination de programmes, les coûts des avantages et services à Sion (comme des positions de commentateurs, des positions de caméras, etc.), le coût du personnel supplémentaire nécessaire comme les commentateurs et les ingénieurs, les coûts de satellite transportant les images et le son de Sion vers toute l'Europe et au travers le monde; enfin tous les coûts supplémentaires pour réaliser le produit fini, le programme tel que diffusé à l'antenne³.

L'ensemble de cet investissement doit être récupéré d'une manière ou d'une autre: publicité, sponsoring, sous-traitance des programmes; puisque le service public est financé par la redevance, le public doit réaliser que l'argent est dépensé dans ce but et géré de manière

correcte. Alors que se passerait-il sans protection? Le concurrent, sans scrupule, pourrait prendre les signaux d'Intelsat ou d'Eutelsat, ou depuis les retransmissions de la SSR, et les diffuserait avec son propre commentaire et en particulier, avec ses propres publicités et parrainage. L'audience de la SSR pourrait baisser; avec, les revenus de publicité et de parrainage; les Suisses auraient du mal à comprendre pourquoi ils paient une redevance alors qu'ils pourraient voir presque le même programme chez les concurrents sans rien payer. Enfin, il n'y aurait aucune recette provenant de sous-traitances. Les radiodiffuseurs qui ont joué le jeu perdraient de l'argent, tandis que les pirates en gagneraient sans investir. Conséquence, à moyen terme: plus aucun radiodiffuseur ne serait prêt à acquérir les droits pour l'événement; par ricochet les jeux ne pourraient plus être financés.

Sans droit voisin, la SSR pourrait tenter d'interdire à son concurrent la reprise des images sur la base du droit d'auteur. Il se peut cependant qu'à l'instar d'une décision très critiquable rendue à Genève⁴ relative aux «news», le tribunal parvienne à la conclusion que les images ne soient pas des oeuvres protégées par le droit d'auteur, à défaut d'individualité⁵.

La SSR pourrait aussi essayer d'user des moyens relevant de la concurrence déloyale, puisque l'art. 5 litt. c de la loi, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1988, condamne au titre d'acte de concurrence déloyale l'«exploitation d'une prestation d'autrui», soit la «reprise directe par un concurrent par des moyens techniques de reproduction, sans dépenses person-

Résumé: La protection de droit voisin des diffuseurs est un instrument de lutte très efficace contre la piraterie. Si elle n'existait pas en Suisse, les effets en seraient dévastateurs, surtout pour les retransmissions sportives ou les émissions d'actualité. Heureusement la Suisse connaît une protection très complète des émissions. A l'inverse, la norme internationale de base des droits voisins, la Convention de Rome, est obsolète en ce qui a trait à la protection des émissions. Dans un climat de concurrence effrénée entre diffuseurs, un nouveau Traité international mettant à jour la protection de droit voisin des diffuseurs est une nécessité impérieuse.

2 STUPP H.M., Broadcasting, in: Sports Marketing Europe, 1993, Deventer-Boston, 1993, p. 414.

3 Cf. RUMPHORST W., Le droit voisin des organismes de radiodiffusion, Bulletin du droit d'auteur, 1997, Vol. XXXI, n° 2, p. 45 ss. spéc. p. 46

4 Arrêt non publié du 19 mai 1992 rendu par la Cour de Justice de Genève dans la cause CNN, cf. DISERENS D., La protection des actualités et des retransmissions sportives en droit d'auteur, *medialex* 1995, p. 87 ss

5 Pour la contestation de cette décision, cf. DISERENS D., op. cit., *medialex* 1995, p. 87 ss. Heureusement, la doctrine actuelle s'éloigne de cette décision, cf. MOSIMANN P., Die Verwandten Schutzrechte in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. 2, Urheberrecht, Bâle et Francfort 1995, p. 348, n. 283; cf. aussi pour les news, TROLLER K., Manuel du droit suisse des biens immatériels, tome I, 2^e éd., Bâle et Francfort, 1996, p. 296

nelles appropriées, du résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché, ainsi que l'exploitation d'un tel travail». On pourrait penser en effet que cette disposition est idoine pour le cas qui nous occupe. Or, l'avis prédominait avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le droit d'auteur⁶ que cette disposition ne s'appliquait qu'aux prestations matérialisées de sorte que seraient exclues de son champ d'application les émissions des organismes de radiodiffusion, au motif que celles-ci se présenteraient sous une forme incorporelle. Quand bien même la loi contre la concurrence déloyale serait applicable à notre cas, la SSR devrait encore prouver et chiffrer le gain du tiers ou son propre dommage, ce qui n'est pas facile dans cette situation⁷.

On a ainsi vu le scénario catastrophe décollant d'une absence de protection des diffuseurs basée sur le droit voisin. Heureusement, tel n'est pas le cas en Suisse. Une telle protection est en effet le seul moyen d'assurer une action rapide et efficace à l'encontre de la piraterie d'émissions. Pour les émissions d'actualité et les retransmissions sportives, la rapidité du succès d'une intervention judiciaire est décisive. Le diffuseur n'a pas besoin dans ce cas d'apporter la preuve que le matériel qu'il a diffusé est protégé par le droit d'auteur, ni d'expliquer dans le détail pourquoi il bénéficie du droit de diffuser et de l'exclusivité. Il peut lui-même agir, même si par exemple l'objet piraté est une production acquise sous licence, empêchant dans ce cas souvent d'agir directement en justice sur la base du droit d'auteur (comme cela se passe pour les films)⁸. De plus, le diffuseur n'a pas à prouver la déloyauté de l'acte du tiers

pour justifier une intervention judiciaire⁹.

Voyons maintenant à titre illustratif le système de droit voisin reconnu en Suisse aux diffuseurs.

III. Le droit voisin des diffuseurs: l'exemple du droit suisse

1. Le régime légal en Suisse

Aux côtés des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs (de supports sonores, mais aussi audiovisuels), les diffuseurs bénéficient, avec la loi fédérale, du 9 octobre 1992, sur le droit d'auteur et les droits voisins (ci-après LDA), entrée en vigueur le 1.7.1993, d'un droit voisin sur les émissions¹⁰.

Ce droit spécifique, comme on a pu le voir avec notre exemple, a pour finalité de protéger l'investissement des diffuseurs, soit l'organisation, la planification, l'assemblage, la conception et la programmation des émissions.

Disons d'emblée que le législateur suisse a été assez généreux dans l'étendue de la protection accordée aux diffuseurs (il en va de même à l'égard des artistes et des producteurs). Sous de multiples aspects, la loi est moderne et va au-delà de la Convention de Rome. Il en découle une certaine inégalité de traitement: en effet, les diffuseurs étrangers en Suisse bénéficieraient d'une protection généralement plus étendue que celles dont bénéficient les diffuseurs suisses à l'étranger. On espère que le Traité en préparation dont il sera question ci-dessous (chap. IV) corrigera le tir.

2. Objet de la protection

Si le législateur a renoncé à toute définition de l'émission ou du diffuseur, on peut retenir du fondement même de la protection que l'émission s'entend de l'ensemble du programme, tel qu'il est assemblé, planifié et diffusé par l'organisme de radiodiffusion ou pour le compte de celui-ci; par conséquent, un diffuseur est un organisme qui assemble et planifie l'ensemble du programme produit qu'il diffuse lui-même ou fait diffuser pour son compte.

6 Cf. PERRET F., Droits voisins ou protection des prestations, in: Le droit des médias audiovisuels, 1989, Bâle et Francfort 1989, p. 205 ss, sp. p. 217 ss, pour l'opinion contraire

7 HILTY R. M., Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 1994, sp. p. 135, pour les différences entre les moyens relevant de la concurrence déloyale et ceux du droit voisin

8 RUMPHORST W., op. cit., Bulletin du droit d'auteur, 1997, vol. XXXI, n° 2, p. 51. Cf. aussi du même auteur, Le droit voisin des radiodiffuseurs des lendemains meilleurs? Revue Diffusion UER, automne 1997, p. 60

9 HILTY R. M., ibid.

10 Sur le régime de droit voisin en droit suisse, cf. de manière générale entre autres, MOSIMANN P., op. cit., p. 299 ss; HILTY R. M., UFITA 1994, p. 85 ss

Du fondement de la protection et de la notion d'émission, on peut tirer quelques conséquences pratiques:

- .. l'émission est protégée quel qu'en soit le contenu: qu'importe qu'elle contienne ou non des oeuvres protégées par le droit d'auteur¹¹ ou des prestations protégées par d'autres droits voisins (par exemple une exécution musicale enregistrée sur phonogramme);
- .. l'émission peut être constituée de matériel/support préenregistré ou au contraire de direct, y compris d'une autre source; qu'importe également si l'émission est constituée de productions achetées ou produites par le diffuseur lui-même¹²;
- .. le fait que l'équipement technique soit géré, comme c'était le cas en Suisse jusqu'en 1998, par les PTT n'importe pas; pour que le diffuseur soit protégé, il est égal qu'il utilise ou non ses propres émetteurs¹³;
- .. le fait que le contenu de l'émission n'importe pas, la période de protection s'applique à chaque émission. Si une émission a été diffusée en 1960, puis rediffusée en 1990, chaque émission bénéficiera d'une protection distincte.

De la définition du diffuseur donnée plus haut, on peut déduire que seront protégés par le droit voisin tant le diffuseur au bénéfice d'une concession de droit suisse que le diffuseur étranger reçu ou retransmis en Suisse¹⁴. Les organismes de pay-radio et de pay-TV comptent aussi au nombre des bénéficiaires. Il importe peu que les émissions ne puissent être accessibles que moyennant un décodeur. Le diffuseur sera protégé, qu'il diffuse ses émissions par satellite seulement ou par voie hertzienne ou les deux à la fois. Il en est de même de celui qui apporte un programme à la tête d'un réseau câblé si les émissions ne sont accessibles que par ce moyen. A l'inverse, le câbleur qui se borne à retransmettre passivement un programme d'autrui ne sera pas considéré comme diffuseur au sens du droit voisin¹⁵. De nouvelles catégories d'intermédiaires se créent, par exemple en France TPS (Télévision Par Satellite) qui offre en numérique un bouquet de programmes: si ce genre d'opérateur joue un rôle purement

technique comme les PTT sans participer à la conception, à l'agencement, à la planification des émissions, il ne devrait pas être considéré comme diffuseur au titre du droit voisin. Il est aussi évident que la protection de droit voisin est indépendante du mode de financement des émissions. La qualité de diffuseur au sens du droit voisin est enfin, de manière générale, indépendante de celle de droit public¹⁶.

3. Le contenu de la protection

A. En général

Le droit voisin du diffuseur est un droit patrimonial portant sur le résultat de l'activité du diffuseur, les émissions. C'est un droit qui protège l'investissement réalisé par le diffuseur. En Suisse, comme pour les autres catégories de titulaires de droits voisins, il se compose de droits exclusifs, de droits d'interdire ou d'autoriser une utilisation, et de droits réduits à l'obtention d'une rémunération.

B. Les droits exclusifs

Aux termes de l'art. 37 LDA, le diffuseur a d'abord le droit exclusif de retransmettre l'émission. Ce droit inclut la transmission par câble, qu'il s'agisse de la retransmission simultanée ou différée¹⁷. Dans ce sens, la LDA va déjà plus loin que la Convention de Rome (ci-dessous chap. IV). Puisque ce droit englobe la retransmission tant simultanée que différée, y compris par fil, il peut aussi viser une retransmission numérique par le moyen d'un réseau électronique, comme Internet¹⁸. Par le renvoi de l'art. 38 LDA à certains chapitres de la loi relatifs au droit d'auteur, ce droit exclusif ne peut être

11 Message du Conseil fédéral, du 19 juin 1989, FF 1989 III 535

12 MOSIMANN P., op. cit., p. 348. Sur la controverse de savoir si en plus le diffuseur peut être considéré comme producteur au sens du droit voisin pour ses productions propres, cf. E infra

13 MOSIMANN P., op. cit., p. 348

14 MOSIMANN P., ibid.

15 MOSIMANN P., ibid.

16 MOSIMANN P., ibid.

17 MOSIMANN P., op. cit., p. 349 ss

18 CHERPILLOD Y., Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information: le contenu des droits et leurs limitations, in: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne et Munich, 1996, p. 271-272

géré que par une société de gestion collective dès que la retransmission est simultanée et qu'elle a lieu sans modification dans le cadre de la reprise d'un programme (art. 22 LDA). Dans l'hypothèse où la retransmission n'est pas simultanée ou/et qu'elle a lieu en modifiant l'émission, le droit exclusif du diffuseur garde toute sa validité. Selon nous, un câbleur ne pourrait pas de son propre fait interrompre une retransmission sportive en y ajoutant de la publicité par exemple, sans violer le droit exclusif du diffuseur¹⁹.

Le diffuseur dispose également du droit exclusif de faire voir ou entendre son émission (art. 37 litt. b LDA) qui vise²⁰ d'abord la réception publique de programmes par exemple dans les hôtels, cafés et restaurants. A la différence de la Convention de Rome (ci-dessous, chap.

IV), le droit n'est pas limité aux cas où il est demandé un droit d'entrée. En vertu du renvoi de l'art. 38 LDA, ce droit ne peut être, à l'instar du câble, exercé que par une société de gestion agréée, lorsque le fait de faire voir ou entendre l'émission se déroule de manière simultanée et sans modification. Le diffuseur a, de plus, le droit exclusif de fixer son émission sur des phonogrammes, vidéogrammes ou autres supports de données et de reproduire de tels enregistrements (art. 37 litt. c LDA). Il dispose aussi du droit exclusif de proposer au public, d'aliéner ou de quelque autre manière, de mettre en circulation les exemplaires de son émission (art. 37 litt. d LDA). Ce dernier droit va aussi au-delà de ce que prévoit la Convention de Rome.

C. Les droits à rémunération

Comme on l'a vu, certains droits exclusifs des diffuseurs sont réduits à l'obtention d'une rémunération; d'autres ne peuvent être gérés que par les sociétés de gestion collective (pour les droits voisins, dans une société spécifique, Swissperform, a été créée en 1993²¹). Par le renvoi de l'art. 38 LDA à certains chapitres relatifs au droit d'auteur, il s'agit, outre le câble et la réception publique, de la copie privée, des copies réalisées dans un cadre scolaire et de celles effectuées dans un cadre interne aux entreprises et administrations à des fins d'information et de documentation²². Enfin, les diffuseurs ont aussi un droit à rémunération pour la location des émissions licitement mises sur support et distribuées²³.

Par le renvoi neutre de l'art. 38 LDA, les différentes catégories de titulaires de droits voisins sont mises sur un même plan et ont un droit égal, certaines il est vrai sur des bases juridiques propres aux droits voisins distinctes²⁴, à participer au produit de ces différents droits à rémunération²⁵. Aucune de ces catégories n'est prétéritée, ni oubliée, en particulier pas les diffuseurs, ce qui est conforme à l'égalité de traitement.

D. Durée et limites

La protection de l'émission commence avec sa diffusion et prend fin 50 ans

19 En cela, le Message, p. 527, a omis de tenir compte du droit voisin du diffuseur, lorsqu'il indique qu'«il n'est pas indispensable que le programme soit retransmis intégralement et sans modification. Le principe de l'intégralité ne s'applique en effet qu'à l'œuvre». Dans notre sens, cf. MOSIMANN P., op. cit. p. 354, ainsi qu'HILTY R. M., UFITA 1994, p. 113, note 99

20 Message, p. 536

21 La LDA prévoyant qu'en règle générale une seule société sera habilitée à gérer collectivement les droits voisins. Swissperform, fondée en 1993, est cette société, composée de tous les titulaires de droits voisins, artistes, producteurs de phonogrammes et audiovisuels, diffuseurs. La SSR est membre fondateur de la société: dès lors que le droit voisin était reconnu aux diffuseurs, il parut logique de contribuer dès le début à une structure qui défende équitablement leurs intérêts. Depuis, d'autres associations de diffuseurs sont venues rejoindre la SSR au sein de Swissperform. Pour des raisons historiques toutefois, les rapports à l'intérieur de la société restent inégaux; les principales instances de la société, assemblée générale et comité, sont composées de représentants des différents groupes dans la proportion 20 (artistes); 20 (producteurs de phonogrammes et audiovisuels) et 10 (diffuseurs). Cette portion maigre attribuée aux diffuseurs est d'autant plus problématique que le nombre de diffuseurs en Suisse a tendance, avec la recrudescence de la concurrence, à augmenter

22 Art. 37 litt. c, art. 38, 19 et 20 LDA

23 Art. 37 litt. d, 38 et 13 LDA

24 Par exemple en ce qui a trait à la retransmission par câble d'émissions contenant des supports disponibles sur le marché, le producteur n'aura qu'un droit déduit de celui de l'artiste en vertu de l'art. 35 al.1^{er} LDA

25 Ces droits à rémunération doivent faire l'objet de tarifs approuvés par la Commission arbitrale (art. 13 al. 3; 20 al. 3; 22 al. 1^{er}; 40 al.1^{er}, litt. b; 46 LDA). Pour les droits voisins, la loi fixe en parallèle avec les droits d'auteur les critères utiles pour la fixation de la rémunération; l'une des règles les plus importantes est que si les droits d'auteur ne peuvent dépasser les 10% des recettes ou, à défaut des coûts, liées à l'utilisation des oeuvres, pour les droits voisins et leurs prestations, cette limite ne saurait dépasser 3% (art. 60 al. 2 LDA). On a sous cet angle dépassé la théorie du gâteau et des luttes internes entre titulaires de droit d'auteur et de droits voisins pour le partage de la rémunération, celui-ci étant fixé dans la LDA (cf. MOSIMANN P., op. cit., p. 307; cf. aussi sur cette théorie, Guide de l'OMPI de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes, 1981, Genève, p. 20)

après²⁶. Etant donné que ce n'est pas le contenu de l'émission qui est protégé, toute nouvelle émission fait repartir une nouvelle protection de 50 ans²⁷.

Toujours avec le renvoi de l'art. 38 LDA, les droits des diffuseurs sont soumis à un certain nombre d'«exceptions à la protection» valant en droit d'auteur, dont, parmi les plus importantes, l'usage privé, le droit de citation et le compte rendu d'actualité²⁸.

E. Digression: le diffuseur et la protection de producteur au sens du droit voisin

Il y a controverse en Suisse sur le point de savoir si le diffuseur, à l'égard de ses productions propres, pourrait être aussi protégé en tant que producteur, en plus de sa protection en tant que diffuseur²⁹. Ceux qui prétendent que les diffuseurs ne peuvent être en plus protégés en tant que producteurs au sens des droits voisins méconnaissent d'abord la portée de la notion d'émission: ce n'est pas la production d'une émission qui est protégée par l'art. 37 LDA, mais l'assemblage de toutes les émissions qui font le programme et leur agencement. Ceux qui nient la qualité de producteur au sens du droit voisin au diffuseur au motif que deux protections pour une même prestation sont illicites, ne voient pas non plus que produire et diffuser sont deux activités, deux prestations distinctes. Un réalisateur, pour la même prestation - interpréter un scénario et réaliser un film - ne sera il est vrai protégé qu'en droit d'auteur³⁰. Mais la situation n'est pas la même pour le diffuseur qui produit ses émissions. Ainsi, par exemple, un artiste qui exécute sa prestation et la fixe lui-même sur un support, jouant le rôle de producteur, réalise deux prestations distinctes auxquelles correspondent deux protections distinctes. Il en est de même du diffuseur qui produit lui-même ses émissions. Le processus de diffusion, impliquant un investissement technique et organisationnel important, est un processus autre que celui de produire, encore plus complexe et qui implique des frais beaucoup plus considérables.

Voyons aussi ce qu'en dit la Convention de Rome, dans le domaine des phono-

grammes. Tout d'abord, elle définit le producteur de phonogrammes comme «la personne physique ou morale qui, la première, fixe les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons» (art. 3 al. c). Selon le Guide de la Convention³¹, «la qualification se base sur la notion de priorité dans l'opération de fixation des sons». Le Guide est clair sur notre controverse: «Il est à noter que les organismes de radiodiffusion peuvent, pour leur propre enregistrement, être qualifiés de producteur de phonogrammes au sens de la Convention, bien que certaines prérogatives ne soient dévolues qu'aux producteurs de phonogrammes publiés à des fins de commerce (art. 12) et ne puissent être alors revendiqués par de tels organismes». Même dans le cadre du Commentaire de la Convention de Rome, la protection des diffuseurs n'est pas perçue comme une *lex specialis* par rapport à la protection du producteur de phonogramme. Le raisonnement tenu par W. EGLOFF³², ne reconnaissant au diffuseur la protection en tant que producteur au sens du droit voisin que lorsque les productions ont une autre destination que le petit écran est une autre manière de dire que la protection du diffuseur est une *lex specialis* par rapport à la protection du producteur. Cette condition supplémentaire qui ne trouve aucune base légale est discriminatoire pour le diffuseur; elle mène à des situations illogiques: ainsi si le producteur achète une production auprès d'un producteur indépendant, personne n'aura l'idée de nier à ce dernier, même si la production n'a pour seule destination que le petit écran, la qualité de producteur au sens du droit voisin. Mais si cette même production était réalisée par le diffuseur, ce dernier ne se verrait pas reconnu comme producteur, au motif qu'il est déjà protégé en tant que

26 Art. 39 al. 1^{er} LDA. La Convention de Rome prévoit quant à elle une durée de protection de 20 ans, art. 14, cf. ci-dessous chap. IV

27 Cf. ci-dessus chap. III 2

28 Cf. MOSIMANN P., op. cit., p. 355-366; HILTY R. M., UFITA 1994, pp. 117-118, pour le compte-rendu d'actualité

29 EGLOFF W., Urheberrecht und Urhebervertragsrecht in der audiovisuellen Produktion, in: SIC! 1/1998, p. 14 ss, sp. p. 22-23

30 EGLOFF W., op. cit., SIC! 1/1998, p. 22

31 Op. cit., p. 29

32 Ibidem

diffuseur. On le voit, seule une approche conforme à la notion d'émission, conforme à la Convention de Rome, permet d'éviter l'arbitraire et un traitement discriminatoire en reconnaissant pour ses prestations distinctes le diffuseur protégé non seulement en tant que diffuseur pour ses émissions, mais aussi en tant que producteur pour ses productions propres.

On peut dire que, mis à part cette controverse, le droit suisse est assez large en matière de protection des émissions³³. A l'inverse, la Convention de Rome est, quant à elle, très lacunaire si on la confronte à la réalité actuelle des médias électroniques.

IV. Une réactualisation de la protection bienvenue sur le plan international

1. La Convention de Rome: état de 1961

La Convention de Rome, norme internationale de base pour les droits voisins³⁴, est particulièrement vieillie pour les dif-

fuseurs. Aboutie en 1961, préparée durant les vingt années précédentes³⁵, il suffit de penser à tous les changements qui se sont produits depuis maintenant quarante ans dans le domaine des médias électroniques pour mesurer l'écart: la télévision était encore en noir/blanc; le câble n'en était qu'à l'état de projet dans bien des pays ou n'existait tout simplement pas; il en est de même du satellite; les magnétoscopes n'existaient pas pour enregistrer les émissions; les diffuseurs de service public bénéficiaient dans leur pays d'un monopole étatique, rares étaient les téléspectateurs qui pouvaient recevoir des programmes d'autres pays; la concurrence entre diffuseurs, avec le risque éventuel de piraterie, n'existait pratiquement pas. La fibre optique était inconnue. Les organismes de pay-TV n'existaient pas. On n'aurait pas su ce qu'aurait signifié la video-on-demand, ni les transmissions on-line, encore moins Internet. On serait resté béat devant l'image de «bouquets» de programmes offerts en numérique.

En fait la protection de droit voisin des diffuseurs a besoin au plan international d'un bon coup de toilette mettant à jour les normes, comme cela s'est produit très vite pour les artistes et les producteurs lors de la Conférence diplomatique de Genève de décembre 1996 avec le nouveau Traité de l'OMPI sur les interprétations d'exécutions et les phonogrammes.

2. Les lacunes de la Convention

L'une des lacunes les plus criantes de la Convention³⁶ concerne le câble. Déjà en 1961, les diffuseurs demandaient un tel droit lors de la Conférence diplomatique portant sur la Convention de Rome; près de quarante ans après, il n'a pas été répondu encore à cette demande sur le plan international³⁷. Rien qu'en Europe, 40 millions de foyers bénéficient de la câblo-distribution, notamment de programmes étrangers. Quand on sait les profits dégagés par les câbleurs sur ces marchés, c'est une grosse lacune, mais ce n'est pas la seule. Le diffuseur n'est pas non plus protégé contre la réémission différée³⁸. Il n'est pas protégé non plus contre la reprise d'une photographie d'une émission télévisée³⁹. Il n'est pas re-

33 Tout au plus peut-on se demander si le diffuseur est de lege lata protégé contre la reprise on-line d'une émission à la demande sur le réseau Internet et si dans le futur il ne faudrait pas expressis verbis prévoir le droit de mettre à la disposition du public les émissions, par fil ou sans fil, de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, comme on le propose avec le Traité en préparation, cf. ci-dessous chap. IV. A l'inverse, on l'a vu sous III 3 B, le diffuseur est protégé contre la retransmission de son programme via Internet

34 En 1997, au total 54 Etats en faisaient partie. Cf. pour le texte de la convention, RS 0.231.171, entré en vigueur pour la Suisse le 24 septembre 1993, cf. aussi Message FF 1989 III 465

35 Pour l'historique, cf. par exemple, STRASCHNOV G., Protection internationale des droits voisins, Fondements et principes d'une convention multilatérale, Bruxelles 1958

36 Pour les lacunes de cette convention, cf. BURNETT M., Thirty-four Years on: High time for Filing the Gaps in Broadcasters' Protection, Opinion: [1995] 2 ENT. LR, p. 39; RUMPHORST W., op. cit., Bulletin du droit d'auteur, 1997, vol. XXXI, n° 2, p. 52 et Revue Diffusion UER, automne 1997, p. 62

37 L'Arrangement européen pour la protection des émissions prévoit un tel droit, mais seuls quelques pays d'Europe y ont adhéré. La Suisse a manqué de le faire avec la révision du droit d'auteur, alors que l'instrument est considéré comme le pendant naturel régional de la Convention de Rome. Cf. sur cet instrument, SCHÜRMAN L./NOBEL P., Medienrecht, Internationalrechtliche Regelungen, 2^e éd., Berne 1993, p. 421 ss

38 Certes cette réémission différée suppose en principe une fixation préalable, qui est quant à elle soumise au droit exclusif du diffuseur selon l'art. 13 litt. b Convention de Rome mais comme l'indique BURNETT M., op. cit., Opinion: [1995] 2 ENT. LR, p. 39, il faudra encore prouver cette fixation, ce qui n'est pas donné en soi

connu comme bénéficiaire du droit à rémunération portant sur la copie privée⁴⁰. Si une retransmission sportive est reprise sur grand écran dans un stade de football par exemple moyennant un droit d'entrée, le diffuseur sera protégé⁴¹, mais non lorsque la projection publique a lieu sur un plus petit écran dans un café ou un restaurant et qu'aucun droit d'entrée spécifique n'est prélevé, même si l'attractivité de la manifestation augmente le chiffre d'affaires du tenancier⁴². Enfin, le diffuseur ne pourra rien contre la location par un vidéo-club d'une copie de ses émissions faite sans son autorisation⁴³. Le diffuseur ne bénéficie d'aucun droit de distribution, ce qui fait perdre beaucoup de valeur au droit de fixation et de reproduction connu par la Convention⁴⁴. Si, comme on l'a vu, la loi suisse prévoit une durée de protection de 50 ans, la Convention de Rome prévoit une durée minimale de 20 ans dès la fin de l'année où l'émission a lieu. Pour sa part, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes prévoit une durée de protection de 50 ans pour les prestations des artistes et des producteurs de disques.

Certes, quelques pays d'Europe, à l'instar de la Suisse, prévoient un standard plus élevé et plus adapté que celui de la Convention de Rome, la valeur de modèle de ce texte, qui est dépassé, joue toujours un rôle non moins important. Artistes et producteurs de sons se sont vus accordés en décembre 1996 une protection adaptée au futur de la société de l'information⁴⁵. Il importe non seulement pour des raisons de pure égalité de traitement, mais surtout parce que la situation actuelle l'impose, de moderniser la protection pour la troisième catégorie traditionnelle de droits voisins.

Les diffuseurs sont en effet dans une situation de forte concurrence; ils se doivent dès lors de réunir tous leurs efforts d'ingéniosité et financiers pour rester leaders sur leur marché; leurs coûts doivent cependant être continuellement comprimés pour qu'ils restent compétitifs. A l'inverse, les coûts d'acquisition de droit augmentent de manière extrême, qu'on pense aux événements sportifs ou aux films, à la chasse à l'exclusivité ou à

la priorité faisant monter les enchères; les diffuseurs doivent aussi investir dans les nouvelles technologies afin de répondre présent dans la société de l'information. Il faut dès lors leur permettre de rentabiliser leur investissement, de participer aux revenus que d'autres tirent de leurs prestations; il faut les indemniser lorsque de nouvelles utilisations de leurs émissions font elles-mêmes concurrence à leurs propres émissions, comme c'est le cas par exemple avec la copie privée; il faut les encourager, aussi avec des moyens adéquats de droit privé, à réinvestir dans la production de biens culturels; il faut les prémunir contre toute piraterie dont ils font de plus en plus l'objet dans un environnement concurrentiel.

3. Ce que devrait être une protection modernisée des diffuseurs

La liste négative des lacunes de la Convention de Rome permet sans autre de faire le catalogue positif des droits qui devraient être reconnus aux diffuseurs dans un Traité international actualisant la protection. Les diffuseurs devraient disposer du droit exclusif d'autoriser la réémission de leurs émissions (incluant tant la diffusion simultanée que différée; la radiodiffusion devrait comprendre sans ambiguïté la diffusion par satellite); la retransmission par câble, qu'elle ait lieu de manière simultanée ou différée; la communication au public des émissions, qu'elle ait lieu moyennant ou non un droit d'entrée; toute fixation des émissions dans un but autre que privé et toute reproduction et distribution, sous quelque forme que ce soit, de cette fixation; toute reproduction ou distribution (notamment la location commerciale) de

39 Guide de l'OMPI, op. cit., p. 71

40 Ni comme en Suisse sur la copie faite dans un cadre scolaire ou à des fins de documentation ou d'information dans un cadre interne à une administration ou à une entreprise, cf. ci-dessus chap. III 3 C

41 BURNETT M., op. cit., Opinion: [1995] 2 ENT. LR, p. 40

42 Cf. à l'inverse, le droit suisse, ci-dessus III 2 C

43 Certes la Convention de Rome protège le diffuseur contre la fixation induite de l'une de ses émissions, mais encore faudra-t-il là prouver l'illicéité de la copie, ce qui ne sera pas non plus aisé, cf. BURNETT M., op. cit., Opinion: [1995] 2 ENT. LR, p. 40

44 RUMPHORST W., op. cit., Bulletin du droit d'auteur, 1997, Vol. XXXI, n° 2, p. 52

fixations faites licitement dans des buts autres que privés; la réalisation de toute photographie à partir d'une émission à d'autres buts que privés et toute reproduction et distribution de cette photographie; toute distribution au public, par un diffuseur, un câbleur ou un autre distributeur des signaux d'un programme transporté par satellite; tout décodage d'émissions cryptées.

Comme les artistes et producteurs de phonogrammes, les diffuseurs doivent être mis au bénéfice du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs émissions par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs émissions de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée⁴⁶.

Il ne faudrait pas omettre une protection à l'égard de l'importation et de la distribution de fixations ou de reproductions

de telles fixations faites sans autorisation dans un pays qui n'accorde pas de protection aux diffuseurs. Enfin, la durée de protection minimale devrait être étendue à 50 ans.

Il serait aussi tout à fait judicieux d'inscrire dans un tel traité le droit de recevoir une rémunération équitable pour la copie privée d'émission, comme le connaît le droit suisse⁴⁷.

V. Conclusions

On a vu le besoin et l'utilité d'une protection de droit voisin au profit des diffuseurs. La concurrence dans le secteur des médias électroniques rend plus aigu que jamais les risques de piraterie. Le droit suisse connaît une protection assez élevée des émissions. Sur le plan international, cependant, la Convention de Rome est dépassée; ses lacunes sont manifestes. Ce n'est pas seulement pour des raisons d'égalité de traitement avec les artistes et les producteurs de disques qui, voilà trois ans, ont obtenu sur le plan international une amélioration substantielle de leurs droits, mais surtout parce que la situation actuelle l'exige qu'il faut que les diffuseurs obtiennent par le biais d'un traité de l'OMPI une actualisation de leurs droits. Il en va de l'intérêt de tous les groupes de titulaires de droits voisins et de droit d'auteur, mais aussi de l'intérêt général dans une société de l'information où le contenu de qualité doit prévaloir. Passer outre à cette protection serait plus que dommageable pour l'avenir de la société de l'information. ■

45 Pour ce texte, cf. GOVONI K., *Zwei neue Abkommen betreffend das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte*, *medialex* 1997, p. 7 ss, ainsi que METTRAUX KAUTHEN C., *La Conférence diplomatique de l'OMPI, SIC! 1/1997*, p. 105 ss

46 Pendant notamment des art. 10 et 14 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, au profit des artistes et producteurs de sons

47 Les diffuseurs devraient en outre être bénéficiaires d'un droit de location, d'un droit pour les copies scolaires et internes aux entreprises et administrations, lorsque la loi nationale prévoit un tel droit à rémunération au profit des artistes et des producteurs dans le sens de l'égalité de traitement comme le prévoit le droit suisse, cf. ci-dessus chap. III 3 C