Urteilskopf

119 II 51

13. Extrait de l'arrêt de la 1re Cour civile du 8 février 1993 dans la cause Cable News Network Inc. (CNN) contre Société anonyme du Grand Casino (recours en réforme)
Regeste (de):
Satellitenrundfunk und Urheberrecht (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 2 URG; Art. 11bis Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 RBÜ).

1. Unter den begriff der Rundfunksendung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 URG fällt das über jede Art von Satellit vorgenommene Aussenden von Signalen, welche dem allgemeinen Publikum technisch sowie finanziell zugänglich und dazu bestimmt sind, von ihm direkt oder indirekt empfangen zu werden (E. 2).

2. Wird mittels eines Kabels in den Zimmern eines Hotels das durch eine Parabolantenne empfangene Programm einer ausländischen Fernsehstation verbreitet, liegt darin keine öffentliche Mitteilung eines durch Rundfunk gesendeten Werkes im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 URG. Es handelt sich vielmehr um ein blosses Empfangen von Sendungen, das nicht von den Ausschliesslichkeitsrechten des Urhebers erfasst wird (E. 3).

Regeste (fr):
Radiodiffusion par satellite et droit d'auteur (art. 12 al. 1 ch. 6 et al. 2 LDA; art. 11bis al. 1 ch. 1 et ch. 2 CB).

1. Constitue une radiodiffusion, au sens de l'art. 12 al. 2 LDA, l'envoi par tout satellite de signaux accessibles techniquement et financièrement au public en général et destinés à être reçus directement ou indirectement par lui (consid. 2).

2. La diffusion par fil, dans les chambres d'un hôtel, d'un programme de télévision étranger capté au moyen d'une antenne parabolique n'est pas une communication publique de l'oeuvre radiodiffusée, au sens de l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA, mais une simple opération de réception des émissions non soumise au régime du droit exclusif de l'auteur (consid. 3).

Regesto (it):
Radiodiffusione per satellite e diritto d'autore (art. 12 cpv. 1 n. 6 e cpv. 2 LDA; art. 11bis cpv. 1 n. 1 e n. 2 CB).

1. Nella nozione di radiodiffusione, ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 LDA, rientra l'invio da ogni satellite di segnali accessibili tecnicamente e finanziariamente al pubblico e destinati a essere da lui ricevuti direttamente o indirettamente (consid. 2).

2. La diffusione mediante cavo nelle camere di un albergo di un programma di televisione estero captato con un'antenna parabolica non è una comunicazione pubblica dell'opera radiodiffusa, ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 n. 6 LDA, ma una semplice operazione di ricezione di emissioni non soggetta al regime di diritto esclusivo dell'autore (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 52

A.- Cable News Network Inc. (ci-après: CNN), société de droit américain ayant son siège dans l'Etat de Géorgie, distribue à l'échelle internationale un programme de télévision conçu par elle et consistant en la diffusion 24 heures sur 24 d'informations relevant de tous les domaines de l'actualité ("CNN International"). Ce programme est transmis depuis les Etats-Unis au moyen d'un satellite de télécommunication "Intelsat". En Europe, il est distribué sous licence par CNN International Sales Ltd, à Londres, qui le met à la disposition des exploitants de réseaux câblés afin qu'ils en fassent bénéficier gratuitement l'ensemble de leurs abonnés, à l'exception notamment des hôtels 3 à 5 étoiles pour lesquels ce service est assuré moyennant finance. La Société anonyme du Grand Casino (ci-après: SAGC) exploite l'hôtel "Noga Hilton" à Genève. Elle a refusé de payer quoi que ce soit pour la réception du programme précité. Télégenève S.A., qui gère le réseau câblé de la commune de Genève, a alors brouillé ce programme. Par la suite, SAGC a fait installer, sur le toit de l'hôtel, une antenne parabolique qui lui permet de capter le programme "CNN International" et de le diffuser par fil dans les 413 chambres du "Noga Hilton".

B.- Le 16 mai 1991, CNN a introduit, contre SAGC, une action fondée sur le droit d'auteur. Elle a conclu à ce qu'interdiction fût faite à la défenderesse de diffuser le programme "CNN International" et a réclamé en outre des dommages-intérêts ainsi que la publication du jugement. La défenderesse a conclu à libération.
Par arrêt du 15 mai 1992, la Cour de justice civile du canton de Genève a rejeté l'action.

C.- La demanderesse interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'admission de son action et, subsidiairement, au renvoi de la cause à la Cour de justice pour qu'elle complète ses constatations de fait. Le Tribunal fédéral rejette le recours, dans la mesure où il est recevable, et confirme l'arrêt attaqué.

BGE 119 II 51 S. 53

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. a) L'art. 12 LDA (RS 231.1) accorde à l'auteur le droit exclusif de radiodiffuser son oeuvre (al. 1 ch. 5) et de communiquer publiquement, soit par fil, soit sans fil, l'oeuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine (al. 1 ch. 6). A la radiodiffusion est assimilée la communication publique de l'oeuvre par tout autre moyen servant à diffuser les signes, les sons ou les images (al. 2). Celui qui viole ce droit exclusif peut être poursuivi civilement et pénalement en vertu de l'art. 42 al. 1 let. e et f LDA. Le droit d'auteur garanti par la loi consiste également dans le droit exclusif de réciter, représenter, exécuter ou exhiber l'oeuvre publiquement ou de transmettre publiquement par fil la récitation, la représentation, l'exécution ou l'exhibition de l'oeuvre (art. 12 al. 1 ch. 3 LDA). Sa violation peut aussi donner lieu à des poursuites (art. 42 al. 1 let. c LDA). Dans son argumentation subsidiaire, la Cour de justice, considérant que la retransmission du programme "CNN International" dans les chambres de l'hôtel exploité par la défenderesse devait être tenue pour une communication publique par fil d'une oeuvre "radiodiffusée", a examiné la violation alléguée du droit d'auteur au regard de l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA; elle a donc admis implicitement que la diffusion de ce programme au moyen d'un satellite de télécommunication "Intelsat" constituait une radiodiffusion au sens de l'art. 12 al. 1 ch. 5 et al. 2 LDA. La demanderesse n'est pas de cet avis; pour elle, les caractéristiques dudit satellite, en particulier le fait que les signaux émis par lui ne sont pas destinés au public en général, suffisent à exclure la thèse soutenue par la cour cantonale et justifient de lui préférer celle de la transmission publique par fil de l'exécution de l'oeuvre, à laquelle la défenderesse aurait procédé en violation du droit exclusif réservé à l'auteur par l'art. 12 al. 1 ch. 3 LDA. Ce raisonnement comporte, lui aussi, une prémisse implicite voulant que l'adverbe "publiquement" n'ait pas la même signification aux ch. 3 et 6 de l'art. 12 al. 1 LDA, plus précisément que le caractère public d'une transmission par fil (ch. 3) doive être admis plus facilement que

le caractère public d'une communication par fil (ch. 6), car, si telle n'était pas l'opinion de la demanderesse à ce sujet, on ne comprendrait plus la portée du grief formulé par elle dans ce cadre-là. Cependant, l'examen du bien-fondé de cette opinion ne s'imposera que dans l'hypothèse où les actes incriminés ne tomberaient pas sous

BGE 119 II 51 S. 54

le coup de l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA, ce qu'il convient de rechercher en premier lieu. b) Du point de vue technique, on a coutume de distinguer, parmi les satellites géostationnaires - ainsi qualifiés parce que, effectuant leur révolution à la même vitesse que la Terre, ils paraissent immobiles au-dessus d'un point - qui permettent de retransmettre des signaux radioélectriques émis à partir de la Terre, deux catégories spécifiques: les satellites de télécommunication ou satellites de service fixe (Fernmeldesatelliten) et les satellites de radiodiffusion ou satellites de radiodiffusion directe (Rundfunksatelliten). La première catégorie comprend deux types de satellites: les satellites de point à point (Punkt-zu-Punkt-Satelliten) et les satellites de distribution (Verteilersatelliten). Ces deux types de satellites se caractérisent par le fait que leurs émissions sont destinées à être reçues par une ou plusieurs stations terriennes fixes et identifiées, lesquelles mettent à la disposition des opérateurs (télédiffuseurs ou câblodiffuseurs) les signaux que ceux-ci retransmettent au public - simultanément ou non - par voie d'ondes hertziennes ou de câbles. Les signaux émis par les satellites de télécommunication étant faibles, leur réception exige des antennes d'une taille importante et hors de portée financière des particuliers. Les satellites de radiodiffusion, contrairement aux satellites de télécommunication, transmettent par ondes hertziennes des signaux émis par une station terrienne qui sont destinés à la réception directe par le public au moyen d'antennes paraboliques relativement bon marché, d'un diamètre compris entre 60 et 90 cm (concernant ces deux catégories de satellites, cf. parmi d'autres auteurs: VON HARTLIEB, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 3e éd., p. 519/520, n. 1 et 2; BORNKAMM, Vom Detektorempfänger zum Satellitenrundfunk, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, FS zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, vol. II, p. 1349 ss, 1391 ss, n. 70 ss; VON UNGERN-STERNBERG, Die Rechte der Urheber an Rundfunk- und Drahtfunksendungen, p. 131/132; MORGAN DE RIVERY/MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, in: Droit de l'informatique et des télécoms 1989/1, p. 14 ss, 15; ABADA, La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur, in: Le Droit d'auteur [DA]1989, p. 307 ss, 308; DILLENZ, La protection juridique des oeuvres transmises par satellites de radiodiffusion directe, in: DA 1986, p. 344 ss, 345; FABIANI, Le droit d'auteur face à la radiodiffusion directe par satellite, in: DA 1988, p. 17; voir aussi le Message du Conseil fédéral

BGE 119 II 51 S. 55

du 20 décembre 1985 concernant l'arrêté fédéral sur la radiodiffusion par satellite du 18 décembre 1987, in: FF 1986 I 421 ss, p. 426, arrêté publié au RO 1988 p. 898 ss et abrogé par l'art. 75 de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 21 juin 1991 [LRTV], entrée en vigueur le 1er avril 1992, RS 784.401). Pour résoudre la question litigieuse, il faut donc se demander si la transmission par satellite, en tant que telle, peut être assimilée à un acte de radiodiffusion au sens de l'art. 12 al. 2 LDA et de l'art. 11bis al. 1 ch. 1 de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 (RS 0.231.13; en abrégé: CB). En cas de réponse affirmative, la diffusion par fil du programme "CNN International" dans les chambres de l'hôtel géré par la défenderesse devra être considérée comme une utilisation secondaire d'une oeuvre radiodiffusée, faculté que les art. 12 al. 1 ch. 6 LDA et 11bis al. 1 ch. 2 CB réservent exclusivement à l'auteur lorsque cette utilisation revêt un caractère public et est faite par un autre organisme que celui d'origine; dans le cas contraire, le même acte devra être regardé comme une transmission propre par fil correspondant au droit

exclusif institué par les art. 12 al. 1 ch. 3 LDA et 11 al. 1 ch. 2 CB (à ce sujet, cf. par exemple: STERN, Rundfunk, Kabel und Satelliten, in: 100 Jahre URG, p. 187 ss, 203 ss; SCHRICKER, Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks, p. 69; ABADA, op.cit., p. 311). La radiodiffusion par satellites de radiodiffusion directe est une radiodiffusion au sens de la Convention de Berne et, partant, de la loi fédérale sur le droit d'auteur. Il s'agit là d'un principe fermement établi et non controversé (STERN, op.cit., p. 205; SCHRICKER, op.cit., p. 73 avec d'autres références à la note de pied n. 123; SCHRICKER/VON UNGERN-STERNBERG, n. 25 ad § 20 LDA all.; DILLENZ, op.cit., p. 346; FABIANI, op.cit., p. 18; ABADA, op.cit., p. 309). Les satellites de télécommunication, en particulier les satellites d"'Intelsat", assurent des transmissions qui ne sont pas destinées à être reçues directement par le public en général, mais qui sont adressées à des intermédiaires (stations terriennes). De ce fait, la plupart des auteurs considèrent la liaison montante (up-link) entre la station terrienne d'émission et le satellite ainsi que la liaison descendante (down-link) entre le satellite et la station terrienne de réception comme de simples rouages du mécanisme de transmission et refusent d'y voir des actes de radiodiffusion sous l'angle du droit d'auteur, faute d'accessibilité des signaux au public. Pour eux, le premier acte d'émission déterminant au regard de ce droit réside dès lors dans la

retransmission par voie hertzienne ou par câble des signaux provenant du satellite de télécommunication (STERN, op.cit., p. 203/204; VON HARTLIEB, op.cit., n. 3 et 4; BORNKAMM, op.cit., p. 1392/1393, n. 71 et 72; VON UNGERN-STERNBERG, op.cit., p. 142; SCHRICKER, op.cit., p. 69 ss; DIETZ, Urheberrecht und Satellitensendungen, in: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht [UFITA]108/1988, p. 73 ss, 76; COHEN JEHORAM, Legal issues of satellite television in Europe, in: Revue internationale du droit d'auteur [RIDA]122/1984, p. 147 ss, 157/158; SCHRICKER/VON UNGERN-STERNBERG, n. 24 ad § 20 LDA all.; d'un autre avis: FROMM/NORDEMANN/VINCK, 7e éd., n. 5 ad § 20 LDA all.). Si l'on admet ses prémisses techniques, cette opinion largement majoritaire ne peut qu'être approuvée et suivie pour l'application du droit suisse également. Reste que, en raison des développements techniques intervenus ces derniers temps, les différences que présentent les satellites de télécommunication par rapport aux satellites de radiodiffusion s'estompent progressivement. Depuis quelques années, on procède en effet au lancement de satellites de moyenne puissance (medium power satellites, halbdirekte ou Hybridsatelliten), qui allient les avantages des satellites à haute puissance (satellites de radiodiffusion) et des satellites de télécommunication (cf. E. DAHINDEN, Die rechtlichen Aspekte des Satellitenrundfunks, thèse Fribourg 1990, p. 26 ss). Les programmes transmis par cette troisième catégorie de satellites sont certes également destinés à être reçus et retransmis par des stations terriennes, mais le public est en mesure de les capter directement au moyen d'antennes paraboliques qui sont en tout cas à la portée financière d'un nombre important de particuliers (DIETZ, op.cit., p. 73/74; BORNKAMM, op.cit., p. 1393, n. 72; MORGAN DE RIVERY/MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, op.cit., p. 23). Cette évolution technologique fait que, à l'heure actuelle déjà, la différence technique entre les satellites de télécommunication et les satellites de radiodiffusion devient de plus en plus floue. Telle est d'ailleurs la raison qui a conduit les signataires de la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989, dont la Suisse (RO 1989 1877; approbation par l'Assemblée fédérale le 21 juin 1991, RO 1993 1076), à abandonner la distinction en vigueur dans les règlements des radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications (Nos 22 et 37) entre un service de radiodiffusion par satellite et un service fixe de satellite (voir le Rapport explicatif relatif à ladite Convention publié en 1990 par le Conseil de l'Europe, p. 15, n. 46). De même, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté l'argument tiré par le

gouvernement suisse de la différence entre les deux catégories de satellites, lorsqu'elle a constaté, dans son arrêt Autronic AG du 22 mai 1990, que la Suisse avait violé l'art. 10 CEDH en refusant d'autoriser la société requérante à recevoir des émissions de télévision retransmises par un satellite de télécommunication et captées à l'aide d'une antenne parabolique (Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 178, p. 26 ss, n. 60 ss; voir aussi l'avis de la Commission reproduit dans le même vol., p. 36 ss, n. 50 ss). Dans son Message du 28 septembre 1987 concernant la loi fédérale sur la radio et la télévision (FF 1987 III 661 ss, 677), le Conseil fédéral a, lui aussi, jugé opportun de ne pas faire la distinction précitée et s'est donc écarté volontairement, avant même qu'il ne fût adopté, de l'arrêté fédéral sur la radiodiffusion par satellite du 18 décembre 1987, aujourd'hui abrogé, où figurait cette distinction, preuve, s'il en est besoin, de la nécessité pour le législateur de se plier, dans le domaine des télécommunications comme dans bien d'autres, aux exigences du progrès technique. L'évolution technologique ainsi décrite justifie également le réexamen de la notion de radiodiffusion du point de vue du droit d'auteur. c) A l'origine, le refus d'assimiler la diffusion de programmes par un satellite de télécommunication à une radiodiffusion était fondé sur le fait que les signaux émis par un tel satellite n'étaient ni destinés à la réception directe par le public, ni accessibles techniquement à celui-ci. L'évolution technologique susvisée, si elle a laissé intact le critère de la destination, a en revanche notablement atténué la portée du critère de l'accessibilité dans la mesure où, comme la présente affaire le démontre on ne peut mieux, il est désormais possible à tout un chacun de capter les signaux émis par un satellite de télécommunication au moyen d'une installation relativement bon marché (antenne parabolique). Se pose dès lors la question de savoir auquel de ces deux critères il convient d'accorder la priorité pour définir et délimiter la notion de radiodiffusion. La loi fédérale sur le droit d'auteur actuellement en vigueur décrit certes le procédé technique caractérisant la communication publique assimilée à la radiodiffusion (art. 12 al. 2), mais elle ne répond pas à la question posée. La nouvelle loi en la matière, qui a été adoptée le 9 octobre 1992 par les Chambres fédérales, n'apporte pas non plus d'éclaircissements sur ce point (art. 10 al. 2 let. d; voir, à ce sujet, le Message du Conseil fédéral du 19 juin 1989, in: FF 1989 III 465 ss, 514). Selon un arrêt autrichien du 4 février 1986, le signal qui, à l'aide d'antennes dont le prix est très élevé, peut être reçu par le public ne

peut pas être considéré comme une radiodiffusion destinée au public (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen [SZ]59/24). Un arrêt subséquent du 13 décembre 1988, prenant en considération l'évolution technologique intervenue depuis lors, a toutefois laissé ouverte la question de savoir si le critère de la dépense à engager pour l'acquisition de l'installation réceptrice devait être maintenu (GRUR Int. 1989, p. 422). Dans une note suivant ce dernier arrêt, DREIER souligne que, étant donné les progrès enregistrés dans le domaine des communications par satellite et concrétisés par la mise sur orbite de satellites de puissance moyenne, toute distinction fondée sur un critère technique devenait problématique et devait être en conséquence abandonnée sous l'angle du droit d'auteur également (GRUR Int. 1989, p. 425 ss, 427). Dans la doctrine, on trouve des opinions divergentes, diversité qui s'explique du reste en partie par le fait qu'elles n'ont pas toutes été émises au même stade du développement technique de la diffusion par satellite. certains auteurs préconisent l'emploi d'un critère de distinction subjectif et proposent de définir comme radiodiffusion uniquement la transmission de signaux destinés à être reçus par le grand public, et non celle de signaux qui n'ont pas cette vocation mais peuvent néanmoins être reçus par la généralité du public (STERN, op.cit., p. 191; FABIANI, op.cit., p. 17/18 avec d'autres références). Cependant, la tendance qui paraît devoir s'imposer de nos jours est à considérer comme dépassée, eu égard à l'amélioration rapide des installations de réception, la distinction usuelle entre satellites de télécommunication et satellites de radiodiffusion et à qualifier de radiodiffusion tout envoi de signaux accessibles au public en général au moyen d'installations que les particuliers peuvent acquérir sur le marché, telles les antennes paraboliques (DREIER, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, p. 17; BORNKAMM, op.cit., p. 1393, n. 72; DILLENZ, op.cit., p. 345; VON HARTLIEB, op.cit., n. 4; DIETZ, op.cit., p. 81; SPOENDLIN, Der internationale Schutz des Urhebers, in: UFITA 107/1988, p. 1 ss,

39; dans le même sens, voir aussi: SCHRICKER/VON UNGERN-STERNBERG, n. 23 ad § 20 LDA all., et FROMM/NORDEMANN/VINCK, n. 5 ad § 20 LDA all.). C'est à ce dernier avis qu'il sied de se ranger sous la réserve qui sera faite plus loin. La radiodiffusion d'une oeuvre, au sens de l'art. 12 al. 1 ch. 5 et al. 2 LDA, consiste en un procédé technique, qui est la transmission sans fil d'informations sur une certaine distance (VON UNGERN-STERNBERG, op.cit., p. 1). Elle revêt un caractère public lorsqu'elle peut être reçue par le public tel que l'entend le droit d'auteur

(SCHRICKER, op.cit., p. 11). La notion de radiodiffusion est du reste aussi l'élément constitutif objectif de l'infraction énoncée par l'art. 42 al. 1 let. e LDA. Or, pour conclure à l'existence d'une radiodiffusion illicite d'une oeuvre protégée, seuls sont décisifs le procédé technique utilisé pour la transmission de l'oeuvre et la possibilité de prendre connaissance de celle-ci, sans qu'il importe de déterminer quel était le but poursuivi par l'auteur de la diffusion sans fil de l'oeuvre. La volonté interne et l'intention propres au radiodiffuseur concernent l'élément constitutif subjectif de l'infraction et n'ont pas d'incidence sur l'acte de radiodiffusion en tant que tel. Cet acte demeure le même, que l'oeuvre ait été radiodiffusée avec ou sans l'accord du titulaire du droit d'auteur. Un raisonnement identique révèle une situation similaire en aval: quiconque reçoit une information à lui communiquée selon le procédé mentionné à l'art. 12 al. 2 LDA peut admettre sans autre réflexion qu'il capte une information radiodiffusée; il n'a pas à se soucier des motivations subjectives du diffuseur quant au cercle des destinataires de ladite information. Les quelques considérations qui précèdent impliquent dès lors le rejet de l'opinion minoritaire dans la mesure où elle fait de la destination au public en général le critère absolu permettant de constater ou d'exclure l'existence d'un acte de radiodiffusion. L'autre opinion, que le Tribunal fédéral a adoptée, appelle toutefois une réserve, comme on l'a indiqué plus haut. En effet, il serait faux de se fonder exclusivement sur le critère de l'accessibilité au public pour qualifier une opération de radiodiffusion, sauf à inclure dans cette notion, par exemple, les émissions des radios d'amateurs ou encore les communications téléphoniques, à supposer qu'il soit possible de les intercepter un jour à l'aide des mêmes installations que celles utilisées pour la réception des programmes de télévision (cf. MASOUYÉ, Guide de la Convention de Berne publié par l'OMPI, p. 78, n. 6 in fine, et FABIANI, op.cit., p. 23, note de pied n. 45). C'est dire que le critère de la destination au public ne saurait être totalement écarté, même s'il doit passer au second plan en tant que facteur ne servant qu'à exclure de la notion de radiodiffusion une partie des informations accessibles au public. Il y a d'autant moins lieu de l'abandonner qu'il a toujours droit de cité dans la réglementation des télécommunications, et ce aux niveaux tant national (cf. l'art. 2 al. 2 de la LRTV) qu'européen (cf. l'art. 2 let. a de la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 et le Rapport explicatif précité, ibid.) ou mondial (art. 3 de la Convention internationale du 21 mai 1974 concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite, Convention

dont le texte original a été publié in: FF 1989 III 691 ss). En définitive, pour cerner la notion de radiodiffusion propre au droit d'auteur, il convient de combiner les deux critères susmentionnés. On en vient ainsi à considérer comme une radiodiffusion, au sens de l'art. 12 al. 2 LDA, l'envoi par tout satellite de signaux accessibles techniquement et financièrement au public en général et destinés à être reçus directement ou indirectement par lui. Appliquée au cas particulier, cette règle amène le Tribunal fédéral à constater que la transmission du programme de la demanderesse par un satellite de télécommunication d'"Intelsat" constitue bien une radiodiffusion ou, pour reprendre les termes de l'art. 12 al. 2 LDA, une "communication publique ... par tout autre moyen

servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images", étant donné que les signaux émis par le satellite en question sont destinés indirectement au public en général et peuvent être captés au moyen d'une antenne parabolique à la portée financière d'un nombre important de particuliers. Aussi est-ce à juste titre que la cour cantonale a vu, dans la retransmission de ce programme par la défenderesse, un acte de communication par fil d'une oeuvre radiodiffusée, susceptible de porter atteinte au droit exclusif de l'auteur mentionné à l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA. Par conséquent, la violation alléguée par la demanderesse devra être examinée à la lumière de cette seule disposition, et non pas au regard de l'art. 12 al. 1 ch. 3 LDA, comme le voudrait l'intéressée. Il reste à rechercher si les autres conditions d'application de la disposition retenue sont réalisées dans la présente affaire.

3. a) L'art. 11bis al. 1 ch. 2 CB accorde à l'auteur le droit exclusif d'autoriser toute communication publique de l'oeuvre radiodiffusée, si celle-ci est assurée par un autre organisme que celui d'origine. Les critères permettant de distinguer entre une telle communication, qui peut être faite à l'aide d'un réseau câblé, et une simple opération de réception des émissions, qui n'est pas soumise au régime du droit exclusif de l'auteur, sont laissés à l'appréciation des législations nationales (MASOUYÉ, op.cit., p. 80, n. 10; SCHRICKER, op.cit., p. 48 et les références). Les Etats auxquels s'applique la Convention de Berne n'ont pas fait le même usage de cette liberté d'appréciation. Les principaux critères de distinction utilisés par eux sont de nature quantitative, le nombre de raccordements, fixé par la loi ou la jurisprudence, jouant à cet égard un rôle décisif. Mais ce critère numérique subit de notables variations de pays à pays: la loi autrichienne sur le droit d'auteur, par exemple, dont la conformité avec la Convention de Berne est d'ailleurs sujette à caution (DREIER, Kabelweiterleitung ...,

BGE 119 II 51 S. 61

p. 142/143; SCHRICKER, op.cit., p. 48 et les références), ne tient pas la retransmission d'une oeuvre radiodiffusée pour une nouvelle communication publique lorsqu'une antenne collective ne compte pas plus de 500 raccordements (§ 17 al. 3 ch. 2 let. b), tandis que la réglementation danoise, nettement plus sévère, ne soustrait au droit d'auteur que la retransmission effectuée à l'aide de petites installations destinées à 25 abonnés au maximum occupant le même bâtiment ou un groupe de bâtiments voisins (§ 22a al. 2 LDA dan.). A l'instar de l'art. 11bis al. 1 ch. 2 CB, l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA réserve à l'auteur de l'oeuvre radiodiffusée le droit exclusif de la communiquer publiquement, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine. La notion de communication publique ne présuppose pas que la retransmission s'adresse à un nouveau public, autrement dit que le cercle des personnes touchées par elle ne soit pas le même que celui des destinataires de la transmission initiale (ATF 107 II 70 consid. 5; au sujet de cet arrêt et de l' ATF 107 II 82 ss, cf.: STERN, Les arrêts des tribunaux suisses quant à la télévision par câble, in: La télévision par câble - Aspects du droit des média et du droit d'auteur, Paris 1983, p. 429 ss). Seule importe, à cet égard, l'ampleur de la communication. Dans le premier arrêt cité, le Tribunal fédéral a admis sans hésitation le caractère public de la communication faite par l'exploitant d'un réseau câblé à ses 60'000 abonnés et lui a opposé la réception libre de programmes au moyen d'une antenne collective desservant un immeuble plurifamilial ou un ensemble résidentiel (ATF 107 II 71 consid. 5). Trois ans plus tard, confirmant et précisant cette jurisprudence, il a souligné que la nature publique d'une communication ne se juge pas sur le nombre de raccordements, mais sur l'extension géographique du réseau, de sorte que la notion de publicité ne comprend en tout cas pas l'antenne collective d'un immeuble plurifamilial ou d'un ensemble résidentiel (ATF 110 II 67 consid. 6a). Il y a donc usage privé lorsqu'une antenne collective dessert le bien-fonds sur lequel elle a été installée ou plusieurs parcelles contiguës, sans que le réseau de distribution doive passer sur le domaine public ou le fonds d'autrui (ATF 110 II 68 consid. 6b). Cette manière de distinguer la communication publique, soumise au droit exclusif de l'auteur, de la simple réception, exorbitante de ce droit, qui a reçu un écho favorable dans la doctrine (KUMMER, in: RJB 119/1983, p. 223 ss; TROLLER, Immaterialgüterrecht, 3e éd., vol. II, p. 686), a été reprise dans la nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins. En effet, aux termes de l'art. 22 al. 2 de ladite loi, il est licite de retransmettre des

oeuvres au moyen d'installations techniques qui sont destinées à un petit nombre d'usagers; tel est le cas d'installations qui desservent un immeuble plurifamilial ou un ensemble résidentiel (FF 1992 IV 77). Sans doute cette disposition utilise-t-elle, selon sa lettre, le critère, rejeté par le Tribunal fédéral, du nombre de raccordements. Il ressort cependant du Message du Conseil fédéral la concernant qu'elle "reprend les critères retenus par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 mars 1984 pour établir une distinction entre la retransmission et la libre réception d'émissions selon le droit en vigueur" (FF 1989 III 528 ad art. 21 du projet de loi). Quoi qu'il en soit, il n'y a en tout cas pas lieu de s'écarter en l'espèce de la jurisprudence publiée, s'agissant d'interpréter ce droit. On ajoutera, pour être complet, que le concept de communication publique, au sens de l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA, ne s'oppose pas à celui d'usage privé au sens de l'art. 22 LDA (ATF 108 II 481). En particulier, le critère fondé sur l'extension spatiale du réseau de distribution, qui permet de déterminer le caractère public d'une communication, ne fait pas appel aux considérations d'ordre économique (ATF 108 II 482) ou social (Tribunal supérieur du canton de Zurich, in: RSJ 64/1968 p. 198 ss; contra: US-Court of Appeals, Ninth Circuit, in: GRUR Int. 1990, p. 350 ss) qui sous-tendent la jurisprudence relative à l'usage privé de l'art. 22 LDA. Il relève davantage d'une approche fonctionnelle qui commande d'examiner, au vu de l'ensemble des circonstances, si une installation doit être rattachée au domaine de l'émission plutôt qu'à celui de la réception (dans ce sens, cf. notamment SCHRICKER, op.cit., p. 51, à la suite d'ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, p. 252 ss). b) L'antenne parabolique de la défenderesse dessert uniquement les 413 chambres du "Noga Hilton" comme le ferait une antenne collective pour les personnes habitant un immeuble plurifamilial. La diffusion du programme "CNN International" ne s'effectue que dans un seul bâtiment. Du point de vue du droit d'auteur, l'installation en cause a donc une fonction de réception et non d'émission. Partant, la défenderesse ne procède pas à une communication publique du programme radiodiffusé. Cette conclusion rejoint du reste celle d'une partie de la doctrine, qui estime, sur le vu des arrêts précités du Tribunal fédéral, que la retransmission dans les chambres des clients d'émissions de radio et de télévision diffusées au moyen du réseau câblé privé de l'hôtel constitue un acte de réception non soumis au droit exclusif de l'auteur (VON BÜREN, Die Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke von hotelinternen Zentralen mittels

Draht in die Hotelzimmer nach schweizerischem Urheberrecht, in: GRUR Int. 1986, p. 443, lequel qualifie cette opinion de non controversée; voir aussi: FREEGARD, Radiodiffusion directe par satellite: conséquences pour le droit d'auteur, in: RIDA 135/1988, p. 63 ss, 109 note de pied n. 29, ainsi que le jugement - cité au consid. 3 de l'arrêt attaqué - rendu le 14 février 1990 par le Tribunal de Grande Instance de Paris et publié in: RIDA 145/1990, p. 375 ss). Il apparaît donc, au vu de ce qui précède, que la défenderesse n'a pas porté atteinte au droit d'auteur de la demanderesse. Comme celle-ci n'invoque pas la violation de dispositions réprimant la concurrence déloyale qui lui assureraient une protection plus étendue que l'art. 12 LDA, sa référence à l'art. 5 LCD est, au demeurant, vaine (ATF 116 II 472 /473; PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, p. 55/56), ce qui conduit en définitive au rejet de son recours en réforme et à la confirmation de l'arrêt entrepris.