

## Teil 4 – Dogmatische „Wildwüchse“

### Diskussion

#### Herr Fabian Seip

Wir haben in den vielen interessanten Vorträgen oft die Aussage gehört, dass die ökonomische Analyse des Rechts wenig zur Lösung der aktuellen Probleme beitragen kann. Besonders pointiert vorgetragen hat das Herr Metzger. Mir scheint, das beruht auf einem Missverständnis dessen, was die ökonomische Analyse heute ist. Dieser Ansatz wird von einigen Kritikern auf die Thesen beschränkt, die in den 70er Jahren im theoretischen Rahmen der Chicago School aufgestellt wurden. Demnach arbeitet die ökonomische Analyse mit wohlfahrtsökonomischen Vorgaben. Sie gibt normativ vor, dass ein Mehr an Werken und Zugang zu diesen Werken herzustellen sei. Ergebnisse müssen in Geld messbar sein und es sind restriktive Annahme zu treffen, um Hypothesen im Modell formalisieren zu können.

Dies ist jedoch nicht der heutige Stand der ökonomischen Analyse des Urheberrechts. Diese beinhaltet wie jede Wissenschaft unterschiedliche Strömungen und Ansätze. Es resultiert daher auch keine absolute Wahrheit. Darüber sollte man jedoch nicht enttäuscht sein. In jeder seriösen Wissenschaft gibt es notwendig Streitpunkte. Insbesondere aber ist die ökonomische Analyse zunächst keine normative, sondern eine positive Wissenschaft. Sie untersucht, wie bestimmte Regeln in der Vergangenheit gewirkt haben, und versucht eine Prognose, wie sie wirken werden. Sie kann uns aber nicht sagen, welche dieser Regeln wir bevorzugen sollten.

Diese Entscheidung ist eine gesellschaftspolitische. Dazu gehört beispielsweise die Frage ob mehr „Superstars“ gewünscht werden oder mehr Hochkultur. Solche Entscheidungen sind durch das demokratische Gemeinwesen vorzugeben. Die ökonomische Analyse kann dann, Vorschläge machen, wie das vorgegebene Ziel erreicht werden könnte. Ohne eine solche Analyse ist man gezwungen, mit nicht weiter überprüften Annahmen über ökonomische Wirkungen zu arbeiten. Beispiele dafür wären die Behauptungen, dass die monistische Konzeption des Urheberrechts oder der Zweckübertragungsgrundsatz den Urheber wirksam schützen.

#### Herr Till Kreutzer

Ich würde mich gerne dem Plädoyer von Herrn Metzger anschließen, nach der wir uns in der Rechtsausgestaltung und der Rechtspraxis wieder mehr an den bestehenden Prinzipien des Urheberrechts orientieren sollten. Diese werden meines Erachtens weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtspraxis ausreichend oder auch nur grundlegend befolgt. Dies gilt etwa für die von Herrn Geiger angesprochene Grundannahme, dass jeder urheberrechtliche Schutz einer Legitimation bedarf. Wenn es dem Recht an einer Legitimation fehlt, soll es nach Herrn Geiger nicht beachtet werden. Ich würde sogar noch weitergehen: in diesem Fall sollte das Recht oder zumindest einzelne Schutzpositionen gar nicht erst gewährt werden.

Dieser Grundannahme wird das deutsche Urheberrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung nicht gerecht, was sich beispielsweise am Schutz ideeller Interessen deutlich zeigt. Diesbezüglich wird nicht etwa zwischen verschiedenen Schutzgütern differenziert. Vielmehr wird pauschal davon ausgegangen, dass das Werk einen Bezug zur Person des Urhebers hat und er deshalb ein schutzbedürftiges, ein schutzwürdiges, persönlichkeitsrechtlich relevantes Interesse an der Sicherung gewisser ideeller Positionen hat. Das gilt nach geltendem Recht ausnahmslos für jeden Schutzgegenstand, gleichermaßen für Computerprogramme wie Symphonien Ich meine aber, dass diese

Grundannahme keineswegs in allen Fällen zutrifft, da der Urheber häufig keinerlei persönliche Interessen am Werk haben wird. Hat ein Urheber jedoch kein persönliches Interesse am Schutzobjekt, fehlt es dem dennoch gewährten Urheberpersönlichkeitsrecht an einer Legitimation. An der pauschalen Zuerkennung ideeller Schutzpositionen zeigt sich beispielhaft, dass der Legitimationsgedanke, den Herr Geiger zuvor beschrieben hat, bei der Zuerkennung des Urheberrechts in vielen Fällen unbeachtet bleibt. Eine Stärkung desselben könnte und müsste über eine weiter gehende Differenzierung zwischen den Schutzgütern herbeigeführt werden. Indem Rechte nur in einem Umfang gewährt werden, der besehen der Interessen der Beteiligten angemessen ist, könnte eine verstärkte Ausgewogenheit des Rechts und - unter Umständen - eine interessengerechte Anpassung des Rechtsumfangs erreicht werden.

**Prof. Bernt Hugenholtz**

I heard many things that I liked in many presentations, especially in Christophe Geiger's idealistic expose. I would like to disagree with him on one point however. We are here to disagree, aren't we. That's free speech. The difference between droit d'auteur and copyright isn't disappearing. I've heard it also repeated by others.

Yes, to a certain extent internationalization of legal norms is a fact here. I think another factor, which is much more important, is the very quick reception of copyright norms from the U.S. into Europe through the internet, through the media in general nowadays. Dutch newspapers routinely report about almost unimportant cases decided by courts in California, journalists don't even know what the Dutch word for copyright is, they write "copyright". There remained however one big difference and I think we should cherish that one which is in the area of copyright contract law where differences are essential and this difference is also reflected in contractual practice. If you look at copyright contract in Europe and compare them to copyright contracts in the U.S., the differences are spectacular. All rights transfers for all rights ever invented in the universe are routine in the US, but fortunately are still relatively rare in Europe. I think that's a good thing.

My other remark- which is inevitable- is about Alain Strowel's commandments. If I had time, I would do ten contra commandments but I will focus on only one of his false preachers. Don't be too religious about fundamental guarantee as tell us Alain Strowel, well I can not left that one stand - in a sense that it is maybe a reflect of the limit of attention paid especially in French legal doctrine to fundamental rights but that need than a preach in return in favour of fundamental rights. Yes, have a religious quality or at least a dogmatic quality, that is in fact why they exist. The fundamental rights codified in European conventions or in other instruments or international constitutions can be seen as commandments, maybe the 10 commandments of a democratic society, we have agreed not to question them and that's why they tramp national law in most systems. Principles commandments such as due process, fair trial, free speech are inherent, yes religious in a modern society, a society under threat by other societies with other norms that we do not particularly like. So I would say, rather be religious about free speech than about protection which is a religion not questioned in one of the commandments I noted. In Dutch, "Wildwuchs" can be translated by proliferation. Alain Strowel what are you doing about proliferation? I was wondering.

**Prof. Reto M. Hilty**

Dankeschön, das wird er dann hoffentlich beantworten.

### **Frau Monika Stöhr**

Zwei kurze Bemerkungen. Die erste Bemerkung ist eine verfassungsrechtliche und betrifft eine der letzten Äußerungen von Herrn Geiger. Er hat angeführt, das Eigentumsrecht verhindere allenfalls, dass das Urheberrecht systematisch in einen bloßen Vergütungsanspruch umgewandelt werde. Nach der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung tritt beim Eigentumsgrundrecht neben die so genannte Individualgarantie eine Institutsgarantie. Diese schützt als gleichsam äußerste Grenze einen Kernbestand an Normen. Dazu zählt das Bundesverfassungsgericht unter anderem ein potentielles Verfügungs- und Verwertungsrecht des Urhebers. Es wäre damit in der Tat unmöglich unser System komplett umzuwandeln und nur Vergütungsansprüche einzuführen.

Die zweite Bemerkung betrifft die Einführung von remuneration rights. Mir kommt da manchmal die praktische Umsetzung zu kurz, denn wenn man jetzt möglicherweise ein solches Recht im deutschen Recht als gesetzlichen Vergütungsanspruch ausgestalten würde, dann sollte man sich immer auch überlegen, dass dies - wenn man es so handhabt wie sonstige gesetzliche Vergütungsansprüche - auch zu zahlreichen Pauschalierungen führen würde. Wenn man über die kollektive Wahrnehmung inkassiert, könnte auf den Wert des einzelnen Werkes vielfach keine angemessene Rücksicht genommen werden, die Verwertungsgesellschaften müssen notwendig pauschalieren. Herr Fisher schlägt hier ein etwas anderes Modell vor. Er stellt sehr auf den Wert der einzelnen urheberrechtlichen Werke ab. Es wären ganz andere Umsetzungserfordernisse, die sich hier stellen würden. Man sollte sich daher wirklich überlegen, was man haben will.

### **Prof. Mireille Buydens**

Nous avons vu au cours de ces deux jours de conférence, s'opposer deux sensibilités : une sensibilité plutôt empiriste qui a été défendue par M. Rigamonti mais aussi par M. Strowel qui consiste à dire : écoutons les faits, privilégions la réalité et finalement essayons de réfléchir à l'intérieur du système du droit d'auteur plutôt que de le remettre en cause dans le cadre de discussions théoriques qui finalement ne mènent nulle part. Nous avons également entendu l'exposé d'une conception idéaliste, défendue notamment par C. Geiger et que je soutiens personnellement, qui consiste à dire qu'on n'a pas besoin de moins de théorie, mais au contraire de plus de théorie. Il est grand temps de réfléchir aux fondements du droit d'auteur et à ses objectifs : que veut-on réellement protéger et comment ? Je crois qu'en cette matière, il faut aller du général au particulier. Et je voudrais souligner quelque chose qui à mon avis est essentiel : il ne faut pas tomber dans l'erreur qui consiste à croire que l'empirisme n'est pas une théorie et qu'on aurait d'un côté ceux qui sont du côté du réel, des solutions concrètes, et puis d'autre part ceux qui sont du côté des idées et des théories. En réalité, on retrouve ici un écho de la querelle entre l'empirisme et l'idéalisme, avec d'un côté Guillaume d'Occam qui dit : "tenons compte des faits, soyons concrets parce que les idées générales ne sont que des illusions" et d'autre part Thomas d'Aquin qui nous incite au contraire à considérer les principes. Je pense en réalité que la conception empiriste du droit d'auteur qui consiste à se baser soi-disant sur la "réalité brute" est en réalité tout autant chargée de présupposés théoriques que la position "idéaliste".

### **Prof. Valérie Benabou**

J'ai deux remarques sur l'intégration du droit d'auteur dans la théorie des droits fondamentaux. Dans la mesure où ce n'est pas quelque chose de totalement nouveau, est-ce que la seule intégration théorique dans cet ensemble va contribuer à créer effectivement les avantages que tu évoquais ? Parce que, certes, le droit d'auteur in-

tège alors un corps de normes hiérarchiquement hautes, mais il se retrouve directement en conflit avec d'autres droits de l'homme aussi forts que lui. Or, le droit de propriété ne permet pas, par exemple, de s'approprier le travail de l'humain jusqu'à l'esclavage parce que d'autres libertés viennent alors le contrer. Par conséquent, les conflits que nous envisageons aujourd'hui vont de la même manière exister, à supposer que nous intégrions le droit d'auteur dans le corps des droits fondamentaux. La résolution du litige ne sera donc pas facilitée par cette qualification, me semble-t-il.

Sur un tout autre point, il m'a semblé en écoutant les différentes manifestations de ces trois jours qu'il y avait un certain accord sur le fait qu'une différenciation des régimes était souhaitable selon les finalités poursuivies, selon les œuvres, selon l'intérêt social. De nombreuses propositions conduisent à aller vers un régime qui s'apparente au droit de propriété industrielle. La piste me semble féconde. Je parlais hier d'une éventuelle obligation d'exploitation qui existe dans le droit de la propriété industrielle et qui, en droit d'auteur, pourrait se manifester soit dans une obligation d'inscription dans un registre à défaut du renouvellement de quoi le droit serait inopposable, soit dans une licence obligatoire dans certains cas, lorsque l'ayant droit ne veut pas ou refuse d'exploiter sur un marché de la distribution. On peut encore songer à poser un principe de non appropriation des standards à l'instar de ce qui existe en droit des marques quand une marque est devenue tellement commune qu'elle perd sa distinctivité et donc le caractère exclusif de son monopole, ou encore à la licence de dépendance pour création nouvelle qu'on peut voir aussi dans le brevet.

En réfléchissant à ce mouvement, je me disais qu'en droit des marques, la jurisprudence de la Cour de justice a fait une petite révolution lorsqu'elle a commencé à dire que la contrefaçon par reproduction devait se limiter au terme même et que tout ajout allait engendrer un autre régime qui est la contrefaçon par imitation laquelle suppose la preuve d'un risque de confusion. Il en est résulté une modification fondamentale du périmètre de la protection avec une déperdition corrélative du monopole. Si on transpose ce raisonnement en droit d'auteur, que l'on est moins dogmatique sur l'appréciation de la contrefaçon, en regardant davantage les dissemblances que les ressemblances, on ouvre, là encore, un champ possible pour une création nouvelle élargie.

**Prof. Reto M. Hilty**

Das Plenum soll jetzt eine Gelegenheit zur kurzen Stellungnahme haben, vielleicht zu den wichtigsten Punkten.

**Dr. Kamiel Koelman**

First of all, I would like to say that if people start in a room like this proclaiming poems of dead authors as Christophe (Geiger) did, I tend to get the feeling that I'm at a funeral. I wonder what we are burying here today: will it be the old view on copyright? It could be. To Christophe I want to say that, and it has been said before on this conference, that you could indeed argue that the copyright balance is upset, and that this is wrong. But it implies that everything was better before, that the former balance is the only right one and how do you know that? Yours may be quite a nostalgic view of how things should be. To Mrs. Davies and Mr. Vivant I'd like to say that there may be some misunderstanding on what I mean with information law which may be caused by the fact that we all speak different languages. I have a very broad understanding of what information law is. It implies also all information policy and it implies also economic policy, cultural policy etc.

Mr. Stowel I have to compliment with this very interesting 10 commandments. He even managed to argue in a speech build up on 10 commandments that we should not become too religious, which seems somewhat paradoxal. For time's sake I will leave the other comments that I had to him. With Mr. Metzger and with some people in the audience, I have to agree that, of course, economic theory can not provide all the answers. It can merely help here and there. Provide certain insights. Someone said that economic theory does not have any normative value. It may, however, have such value if you feel that indeed maximum social welfare is the goal that a legislator should pursue.

### **Dr. Christophe Geiger**

There have been lots of comments and remarks about my presentation. I will start with Prof. Alain Stowel. He said that my approach is not really practice-oriented: well, I didn't mean at all to be practice-oriented; the topic of this session was "dogmatische Wildwüchse" and not "practice-oriented Wildwüchse". I just tried to build a balanced system, which nevertheless has lots of practical implications. Actually, in my speech I have summarized the introduction of my thesis, which has 500 pages. This was the first 31 pages. In the following, I detail all the practical implications of my position and at the end, I think, I have made some very practical propositions. I also didn't really enjoy being called "the backward approach". If you remember my speech, my approach goes back to the Enlightenment while Prof. Stowel goes back to the Bible. So who has the "backward-approach"? Who is the religious one? Don't forget that the enlightenment lead to French revolution. Just to leave this religious aspect, I would like to comment about what Mr. Metzger said.

Herr Dr. Metzger hat Zweifel, ob die Grundrechte die Antwort bieten. Diese Zweifel wurden geteilt von Annette Kur und vielen anderen auch. Es wird nach mehr Empirie gefragt. In diesem Punkt bin ich mit Frau Buydens einig. Ich meine, wir müssen gewisse Grundwerte einfach festlegen und uns an diesen orientieren. Mehr Empirie, das heißt im Endeffekt wieder die Entscheidung auf später vertagen: irgendwann in ungefähr 50 Jahren, wenn wir mehr empirische Studien vorliegen haben, mehr darüber nachgedacht, mehr Philosophen angehört und auch mehr ökonomische Analysen durchgeführt haben, irgendwann wissen wir einmal, welche Werte wir verteidigen wollen. Nun heute ist aber Konkretes, jetzt ist einmal eine konkrete Wertentscheidung gefragt. Ich meine, das System, das ich vorschlage, hat natürlich seine Defizite; aber auf der anderen Seite, finden diese Werte internationale Anerkennung. Sie sind interkulturell konsensfähig. Es ist wenigstens eine Entscheidung und ich glaube, es ist keine schlechte. Jetzt kann man natürlich andere Entscheidungen vorschlagen. Zu Herrn Rigamonti: es erscheint mir schwierig, abstrakt auf „interests“ zurückzugreifen, um konkrete Lösungen vorzuschlagen. Denn um welche „interest“ soll es sich handeln? Es sind wahrscheinlich sehr viele sehr verschiedene „interests“ im Spiel, über die man sich auf internationaler Basis und in den internationalen Konventionen erst einmal einigen müsste. Wenn man nämlich einmal die „interests“ diskutiert mit Amerikanern und Europäern, seien es Franzosen, Deutschen oder Italienern, sind die Konzeptionen sehr unterschiedlich und da kommt man nicht unbedingt viel weiter. Wie gesagt, ich schlage eine Lektüre vor, welche schon einen gewissen Konsens erreicht hat.

Das waren meine zwei wichtigsten Anmerkungen.

Dann natürlich auch noch zu Bernt Hugenholtz: das Problem ist, wenn man Thesen aufstellt, will man ein bisschen provozieren, das ist auch so gemeint und man kann daher nicht nuancieren. Natürlich ist das Urhebervertragsrecht ein ganz wichtiger

Punkt, in dem „Droit d’auteur“- und „Copyright“-Länder sich unterscheiden. There are of course still some differences between the two systems, but what I intended to say was the following: in the country I come from (France), if you come with a new solution, they always say: this is not within our tradition, this belongs to a copyright tradition, and we don’t want to hear about that. So I think it is just time that we brake up a bit with this so called copyright/droits d’auteur antagonisms and try to think about common principles (without avoiding of course the differences) we can build upon.

**Prof. Alain Strowel**

I will speak in French, because there was at least one question in French raised by Prof. Buydens. Mireille Buydens a distingué l’approche empirique de l’approche idéaliste, me reprochant d’avoir adopté une simple approche empiriste. Je suis philosophe comme elle et j’ai déjà débattu des mérites de l’empirisme dans d’autres cénacles - cela dépasse le cadre de notre rencontre.

Dans ma présentation, j’ai simplement essayé de montrer que l’on doit davantage tenir compte d’autres règles, en dehors du droit d’auteur. Par ex. les règles contractuelles qui protègent les informations ou les secrets commerciaux ou en matière de concurrence déloyale. Je crois qu’il faut davantage tenir compte de ces règles dans notre réflexion sur l’équilibre du droit d’auteur. Voilà mon approche empirique qui, je pense, ouvre un tout petit peu le débat. On doit tenir compte des grands équilibres : il y a les équilibres dans le droit d’auteur, mais je pense qu’il y a des grands équilibres en dehors du droit d’auteur, et au-delà simplement de l’équilibre avec les droits fondamentaux.

I think I can agree with the position of Christophe (Geiger): neither copyright nor any intellectual property right should in principle trump fundamental rights. At the same time, fundamental right should not prevail by definition, because you have different types of fundamental rights as well, and their importance and weight might vary a lot. So there are various forms of balancing which are very complex and that’s just my message: for instance, to adequately balance copyright with free speech or freedom of expression, two different types of copyright rules should be distinguished. We have content-related rules like on adaptations; in those cases, freedom of expression should more often prevail on the copyright interest because a content-related rule is involved (the exercise of the adaptation right allows to prohibit new forms of content or expression). When you have content-neutral rules in copyright law, like rules prohibiting some form of access to a work otherwise available, then the balance should be made a bit differently and more weight must be associated with the copyright interests. I don’t think that freedom of expression should allow to have a free access to everything - this is a misconception of freedom of expression. Freedom of expression should allow you to express yourself differently, therefore transformative uses should be exempted, and parodies should be allowed broadly.

So they are different types of balancing depending on the (copyright) rules which are in play.

There was a difficult question of Bernt Hugenholtz on the proliferation issue. First of all, what do we mean by the proliferation of rights? Do we refer to the new rights outside copyright or to the new sui-generis rights growing within copyright? In certain cases, the new rights are fully justified, for instance the quasi-intellectual property right referred to as the publicity right. The invention of this right was justified because of the evolution of the market, because the press and photography ap-

peared and developed at the end of the 19th century. We have to review all those rights to see whether they are all justified. Concerning the database right, I agree, I don't feel fully at ease - was it justified to introduce it? - but we will see how the European Court of Justice will interpret the scope of this right.

The proliferation of rights is at least very bad for legal certainty and that is a real problem for consumers and for the justification of intellectual property: because of the new rights, users do not know exactly what they can do, how far the protection goes. The IP system should take this issue more seriously.

#### **Dr. Axel Metzger**

Zur Frage der Rolle der ökonomischen Analyse des Rechts möchte ich, in Antwort an Herrn Seip, klar stellen, dass ich das hier natürlich etwas überzeichnet habe. Mir ist klar, dass der Forschungsansatz „law and economics“ heute weiter ist als in den 70er Jahren. Nur, der Ansatz geht auch noch heute von der Grundannahme des „homo oeconomicus“ aus und zieht zur Korrektur, zur Erklärung der „Rationalitätsdefizite“, psychologische Elemente heran. Ich glaube, dass dieser Ansatz im Urheberrecht oftmals Sinn macht, denn es ja häufig darum, Geld zu verdienen. Gleichwohl gibt es aber auch eine Reihe von Phänomenen im Urheberrecht, wo die Grundannahme vom „homo oeconomicus“ nicht zutrifft. In diesen Fällen muss ich andere empirischen Wissenschaften heranziehen.

Wenn ich noch einen zweiten Punkt hinzufügen darf. Die Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen, legitimen Interessen ist nicht alleine mit Empirie und Verfassungsrecht zu bewerkstelligen. Es scheint hier vielmehr einen dritten Weg zu geben, den der „general principles of law“ oder „principes généraux du droit“. Man sollte nach den Grundentscheidungen im Privatrecht suchen. Wenn ich bei Professor Vivant lese, dass das Recht letztendlich eine Kunst des Ausgleiches ist, an Art of Equilibrium, dann kann ich dem nur zustimmen.

#### **Prof. Michel Vivant**

Un mot très bref pour rebondir sur cette dernière idée, je ne pense pas qu'il faille opposer les 2 équilibres, il y a effectivement des équilibres à l'intérieur du droit d'auteur pourquoi serait-ce l'un contre l'autre et je crois que effectivement ce que j'ai dit et qui me paraît une idée très simple, le droit d'auteur est un droit parmi d'autres nous oblige à considérer l'ensemble, donc il y a des équilibres internes et que nous le voulions ou non, il y aura aussi des équilibres externes qui s'imposeront à nous même si nous le refusons. Mais j'ajouterais simplement une chose pour réagir à ce qu'a dit Mme Buydens, je crois qu'elle a raison de dire que l'empirisme c'est aussi une manière systématique de concevoir les choses, cela dit il n'y a pas forcément d'opposition et je crois qu'il faut essayer de construire quelque chose, ça veut dire un système, mais peut-être peut on le construire à partir des pratiques que nous souhaitons voir se développer et entre lesquels nous voulons arbitrer. On prend dans nos pays dix romano germanique comme exemple pour le droit roumain d'une construction idéale parfaite etc. faut pas oublier que le préteur roumain a construit ses solutions sur des cas particuliers mais quand on fait de telles constructions, on élimine, on choisit et on systématise. Donc moi je plaide pour effectivement une construction aussi élaborée que possible ce qui n'est pas contradictoire avec une prise en compte des réalités puisque on parlait de philosophie à l'instant, c'est le principe de réalité.