

1985

New Video Technologies in the United States: Regulatory and Intellectual Property Considerations

Michael Botein
New York Law School

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters



Part of the [Antitrust and Trade Regulation Commons](#), [Communications Law Commons](#), and the [Consumer Protection Law Commons](#)

Recommended Citation

125 *Revue Internationale du Droit D'Auteur* 66 (1985)

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at DigitalCommons@NYLS. It has been accepted for inclusion in Articles & Chapters by an authorized administrator of DigitalCommons@NYLS.

WIRTON COLLEGE OF LAW LIBRARY
American University

SEP 10 1985

SERIALS

ntew
43

125

JUILLET 1985

TRIMESTRIELLE

REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR

(TRIMESTRIELLE)

Revue éditée par l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International (A.F.D.A.)

Roger FERNAY †, Rédacteur en chef (1967-1983)

ADMINISTRATION : Association Française pour la diffusion du Droit
d'Auteur National et International (A.F.D.A.)

225, avenue Charles-de-Gaulle, 92200 NEUILLY-S./SEINE ☎ 747.56.50

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION : Paul-Alain LEONARD

REDACTEUR EN CHEF : Emile LE BRIS

COMITÉ D'HONNEUR

Jacques DUCOUX

Président de la Commission
de la Propriété Intellectuelle

André KEREVER

Conseiller d'Etat

André FRANÇON

Professeur à l'Université de Droit
d'Economie et de Sciences Sociales
de Paris

Comité de Rédaction

Marc ALBINOLA

Raoul CASTELAIN

Thierry DESURMONT

Wladimir DUCHEMIN

Michel GAUTREAU

Pierre-André HURET

Claude JOUBERT

Emile LE BRIS

Paul-Alain LEONARD

Marc SEGRETIN

Jean-Loup TOURNIER

Jean-Alexis ZIEGLER

Le numéro :

— France : 100 F

— Etranger : 130 F

Abonnement annuel :

— France : 300 F

— Etranger : 400 F

Table de Jurisprudence 1953-1979 (n° 1 à 102) : 30 F

© Revue internationale du droit d'auteur 1985

TOUS DROITS DE REPRODUCTION ET DE TRADUCTION RESERVES

SOMMAIRE

★	Pages
Le Professeur Henri DESBOIS, par André FRANÇON	5
L'U.R.S.S. et la Convention uni- verselle : œuvres protégées et droit accordés à leurs au- teurs, par Marie-Claude HUMBERT- DAYEN	15
New Video Technologies in the United States: Regulatory and Intellectual Property Consid- erations, by Michael BOTEIN	67
JURISPRUDENCE	144
INFORMATIONS	194
LEGISLATION	199
BIBLIOGRAPHIE	235

auteur
43

Nouvelles technologies
vidéo aux Etats-Unis :
reflexions sur la législation
et la propriété intellectuelle

Nuevas tecnologías
video en Estados Unidos :
reflexiones sobre la legisla-
ción y la propiedad intelectual

INTRODUCTION

Au cours de ces dernières années, on a de plus en plus parlé, à la fois en Europe et aux Etats-Unis de la « dérégulation ». Le concept n'a cependant pas la même signification d'un système juridique à l'autre. Dans le contexte européen, dérégulation signifie généralement rupture d'un monopole gouvernemental : il s'agit de l'ouverture au secteur privé sans abandon du contrôle public. Aux Etats-Unis, en revanche, la dérégulation signifie désormais la fin de tout contrôle gouvernemental (sauf dans les cas où existent des monopoles naturels), et le règne du « marché économique privé ». Les résultats de la régulation par la « loi du marché », que ce soit la mort, la famine, ou une programmation médiocre pour les enfants, ne sont pas pris en considération dans la célèbre théorie de Adam Smith.

La Commission Fédérale des Communications (*Federal Communications Commission/FCC*) a été l'une des agences administratives américaines les plus enclines à adopter les objectifs de la dérégulation. Le postulat qu'elle pose est qu'une concurrence efficace rend la réglementation des télécommunications inutile. Elle estime au contraire que la concurrence entre des entreprises dont l'objectif est la maximisation rationnelle du profit aura comme conséquence la satisfaction du consommateur. Cette conclusion conduit elle-même à affirmer la nécessité d'une réglementation pour

INTRODUCCION

En estos últimos años se ha hablado con mucha frecuencia, en Europa y Estados Unidos, de la « desreglamentación ». El concepto no tiene sin embargo, el mismo significado en los diferentes sistemas jurídicos. En el contexto europeo, eso significa generalmente ruptura de un monopolio gubernamental : se trata de la apertura al sector privado sin abandonar el control público. En Estados Unidos, por el contrario, la desreglamentación significa en lo sucesivo el término de todo control gubernamental (salvo en el caso en que existen monopolios naturales), y el reino del « mercado económico privado ». Los resultados de la regulación por la « ley del mercado », sean muerte, hambre o una programación mediocre para los niños, no son tomados en cuenta en la célebre teoría de Adam Smith.

La Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission / FCC*) ha sido una de las agencias administrativas americanas mejor dispuestas a adoptar los objetivos de la desreglamentación. El postulado que hace es que una competencia eficaz hace que sea inútil la reglamentación de las telecomunicaciones. Estima por el contrario que la competencia entre empresas cuyo objetivo es aumentar racionalmente el beneficio acarreará como consecuencia la satisfacción del consumidor. Esta conclusión lleva a su vez a afirmar la necesidad

New Video Technologies in the United States : Regulatory and Intellectual Property Considerations

by Michael BOTEIN *

INTRODUCTION

During the last few years, an increasingly shrill litany of "deregulation" has been heard in both Europe and the United States. Unfortunately, however, the phrase loses something in translation from one legal system to another. In the European context, deregulation generally means breaking up a governmental monopoly; it contemplates entry from the private sector, not abdication of public control. In the United States, however, deregulation has come to mean terminating all government control (except where natural monopolies exist), and allowing the private economic "marketplace" to govern. The results of marketplace control — whether death, famine or shoddy children's television programming — are irrelevant in the great Adam Smithian scheme of things.

The Federal Communications Commission (FCC) has been one of the most active U.S. administrative agencies in embracing deregulatory goals. Its basic assumption is that effective competition makes regulation of telecommunications unnecessary. Instead, it believes competition among rational profit-maximizing entrepreneurs will produce consumer satisfaction. This conclusion in turn leads to the regulatory imperative

(*) Visiting Professor and Co-Director, Research Program on Telecommunications Policy, Columbia University Graduate Business School; of counsel Verner, Lipfert, Bernhard, McPherson and Hand, Washington, D.C.; B.A., 1966, Wesleyan University; J.D., 1969, Cornell University; LL.M., 1972, Columbia University; J.S.D., 1979, Columbia University.

The author wishes to thank Messrs Erwin G. Krasnow, Eli T. Noam, David M. Rice and Bruno Ryterband for critiquing a prior version of this article.

créer, ou au moins pour encourager, la plus grande concurrence possible au sein des diverses industries de télécommunications. On considère ainsi que le rôle de l'intervention gouvernementale consiste à créer « le cadre d'une concurrence équilibrée » dans lequel s'affrontent les entreprises.

Qu'une politique de réglementation soit susceptible de produire ces conditions sur le marché est loin d'être évident. Comme le déclarait avec ironie le député Tim Wirth, président d'une sous-commission de la Chambre des Représentants sur les télécommunications « équilibre rime aussi peu avec concurrence que bon repas avec compagnie aérienne » (1). Une partie du problème, tient bien sûr au fait que le gouvernement américain a traditionnellement adopté deux procédés différents et fondamentalement incompatibles pour promouvoir la concurrence.

La première approche consiste simplement à imposer des conditions identiques à tous les concurrents potentiels. Ce raisonnement est particulièrement équitable si tous les concurrents potentiels ont des capacités raisonnablement comparables. Si tel n'est pas le cas, cette approche soulève des problèmes à la fois politiques et moraux. Il est après tout choquant pour le public et ses représentants de voir un joueur professionnel de football américain pesant 120 kg plaquer un joueur lycéen en pesant 70. On est donc tenté de modifier les règles d'un jeu quel qu'il soit pour que tous puissent y participer.

Precisément en raison de ce penchant très humain, une seconde méthode dont l'efficacité a été prouvée consiste, pour instaurer une concurrence équilibrée, à affecter les meilleurs joueurs d'un handicap,

(1) Déclaration du député Timothy E. Wirth à New York le 10 janvier 1983.

de una reglamentación para crear, o por lo menos para estimular, la mayor competencia posible en el seno de las diversas industrias de telecomunicación. Se considera así que el papel de la intervención gubernamental consiste en crear « el marco de una competencia equilibrada » en el que las empresas se enfrentarán.

Dista mucho de ser evidente que una política de reglamentación sea susceptible de crear esas condiciones en el mercado. Como declaraba irónicamente el Diputado Tim Wirth, Presidente de una subcomisión de la Cámara de Representantes sobre las telecomunicaciones, « equilibrio rima tan mal con competencia como buena comida con compañía aérea » (1). Una parte del problema reside seguramente en el hecho de que el gobierno americano ha adoptado tradicionalmente dos procedimientos diferentes y fundamentalmente incompatibles para promover la competencia.

El primer enfoque consiste simplemente en imponer condiciones idénticas a todos los competidores potenciales. Este razonamiento es especialmente justo si todos los competidores potenciales tienen capacidades razonablemente comparables. Si no es así, este enfoque plantea problemas políticos y morales al mismo tiempo. A fin de cuentas, resulta chocante para el público y sus representantes ver que un jugador profesional de fútbol americano que pesa 120 kg aplasta a un jugador de un equipo estudiantil que pesa 70 kg. Aparece pues la tentación de modificar las reglas de un juego, cualquiera que sea, para que todos puedan participar.

Precisamente a causa de esa tendencia muy humana, un segundo método de probada eficacia consiste, para instaurar una competencia equilibrada, en imponer un handicap a los mejores jugadores, como es el

(1) Declaraciones del Diputado Timothy E. Wirth en Nueva York el 10 de enero de 1983.

of creating — or at least encouraging — maximum feasible competition within the various telecommunications industries. The role of governmental intervention thus is seen to be creating a “level playing field” on which firms can compete.

Whether regulation can produce these market conditions is far from clear. As Representative Tim Wirth, Chairman of the House Subcommittee on Telecommunications, once quipped, “there’s no such thing as a level playing field or airline food” (1). Part of the problem, of course, is that the U.S. government traditionally has had two distinct — and basically inconsistent — ways of promoting competition.

The first approach is simply to impose identical restrictions upon all potential players. This rationale is eminently fair, if all potential players have reasonably comparable abilities. If they do not, however, this approach runs into both political and moral problems. After all, the public and its representatives get a bit upset at the sight of a 240 pound professional football player tackling a 140 pound high school athlete. It thus is tempting to adjust any game’s rules so that everyone can play.

Precisely because of this very human tendency, a second and time-honored method of creating a level playing field is to rein in the most effective players. Common examples are handicaps for golfers, weights

(1) Remarks of Representative Timothy E. Wirth, in New York City, January 10, 1983.

c'est le cas par exemple des handicaps des joueurs de golf, du poids des jockeys, et de la discrimination pratiquée entre athlètes professionnels et amateurs. En réalité, une part importante de la philosophie parfois obscure du New Deal dérive de ce principe. Aux Etats-Unis, cette approche est naturellement une hérésie pour tout farouche partisan de la dérégulation dans la mesure où elle implique l'intervention du gouvernement sur le marché. Elle est pourtant régulièrement retenue par souci d'équité lorsqu'il s'agit de prendre une décision administrative. Parmi les exemples classiques de la politique américaine en matière de télécommunication, il faut citer les règles « anti-détournement », maintenant abrogées, (qui empêchaient le câble ou la télévision payante de se trouver en compétition avec la télévision hertzienne en matière d'achat de films ou de reportages sur des événements sportifs) (2) et les règles encore en vigueur concernant le *Multipoint Distribution Services (MDS)* (qui interdisent à un opérateur de MDS de contrôler plus de la moitié de sa programmation) (3).

La FCC d'aujourd'hui en créant un cadre de concurrence équilibrée pour les nouvelles technologies vidéos prétend avoir adopté seulement la première de ces approches. A plusieurs égards cela a probablement été le cas. Il peut néanmoins s'avérer intéressant de mettre à l'épreuve les théories de la commission et du Congrès en analysant le contenu de la réglementation actuelle et les schémas législatifs.

Cet article commence par une revue de la politique de la FCC en ce qui concerne les nouvelles technologies vidéos et ce dans différents domaines : les conditions d'entrée sur le marché, les restrictions à la propriété, les attributions de compétence, le degré de la compétence

caso por ejemplo con los handicaps de los jugadores de golf, del peso de los jockeys, y de la discriminación practicada entre atletas profesionales y aficionados. En realidad una parte importante de la filosofía a veces oscura del New Deal se deriva de ese principio. En Estados Unidos este enfoque es naturalmente herético para cualquier partidario a ultranza de la desreglamentación, en la medida en que implica la intervención del gobierno en el mercado. Se adopta sin embargo en aras de la justicia cuando se trata de tomar una decisión administrativa. Entre los ejemplos clásicos de la política americana en materia de telecomunicación, hay que citar las reglas « antidesviación », actualmente abrogadas (que impedían al cable o a la televisión de pago entrar en competición con la televisión hertziana en materia de compra de filmes o de reportajes sobre acontecimientos deportivos) (2) y las reglas todavía vigentes sobre Multipoint Distribution Services (M.D.S.) (que prohíben a un operador de M.D.S. controlar más de la mitad de su programación) (3).

La FCC actual, al crear un marco de competencia equilibrada para las nuevas tecnologías vídeo pretende haber adoptado sólo el primero de estos dos enfoques. Así ha sido probablemente en varios aspectos. Puede resultar sin embargo interesante poner a prueba las teorías de la Comisión y del Congreso analizando el contenido de la reglamentación actual y los esquemas legislativos.

Este artículo comienza pasando revista a la política de la FCC en lo relativo a las nuevas tecnologías vídeo en diferentes campos : las condiciones para entrar en el mercado, las restricciones a la propiedad, las atribuciones de competen-

(2) Par ex., *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F2d 9 (D.C. Cir.), cert., denied 434 U.S. 829 (1977).

(3) 47 C.F.R. § 21.900 (1984).

for jockeys, and separation of professional from amateur athletes. Indeed, much of the New Deal's sometimes murky philosophy derived from this principle. This approach naturally is heresy to any ideologically pure deregulator in the U.S., since it injects government into the marketplace. Nevertheless, it routinely creeps into administrative decisionmaking, because of demands for equity. Classic examples in U.S. telecommunications policy include the now declassified anti-siphoning rules (which prevented cable or subscription television from competing with broadcast television to buy motion pictures or sporting events) (2) and the still operational multipoint distribution service (MDS) rules (which prohibit an MDS operator from controlling more than half of its programming) (3).

The current FCC purports to have used only the first approach in bulldozing a level playing field for the new video technologies. In most respects, this probably has been the case. Nevertheless, it may be useful to test the Commission's and the Congress' premises, by analyzing the consistency of their current regulatory and legislative schemes.

This piece thus begins by reviewing the FCC's policies as to the new video technologies in several different areas: ease of entry; ownership restrictions; jurisdictional bases; degree of federal preemption; and

(2) E.g., *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F2d 9 (D.C. Cir.), cert., denied 434 U.S. 829 (1977).

(3) 47 C.F.R. § 21.900 (1984).

fédérale, et la réglementation du contenu des programmes. Ces questions méritent une attention particulière en raison de leur incidence importante sur la capacité de chaque médium à se placer efficacement par rapport aux autres. Ce schéma de classification reste cependant plus empirique que scientifique car aucune donnée relative aux coûts des différentes obligations réglementaires pour ces médias n'est disponible. De fait, certains de ces médias n'existent même pas et l'abrogation par la commission de la plupart des obligations examinées ici ne facilitera pas la production ultérieure de données exactes.

Cet article analyse également les différences existant entre les médias quant à la protection des droits de propriété intellectuelle établie par les lois sur le droit d'auteur et sur la piraterie des « signaux ». (A cet égard les lois antipiraterie reproduisent sans doute avec une certaine redondance, les lois sur le droit d'auteur. Cependant, comme cela est exposé dans la section III, ces lois antipiraterie prévoient souvent des sanctions plus graves que la loi sur le droit d'auteur). A cause de cette disparité dans leurs fondements, ces lois affectent les médias de façon inégale. Cet article n'étudiera que la télévision hertzienne classique, la télévision par câble, les « services hertziens multichaines à relais multiples » (MMDS), la télévision hertzienne payante (STV), la télévision à faible puissance (LPTV) et enfin les satellites de diffusion directe (DBS).

Dans une brève description, on peut dire que le MMDS utilise des signaux micro-ondes à hautes fréquences pour offrir une douzaine de chaînes ou plus aux abonnés d'où son surnom de « câble sans fil ». Les STV et LPTV fonctionnent sur des fréquences de diffusion classique, généralement en U.H.F. ; les stations

cia, el grado de competencia federal, y la reglamentación del contenido de los programas. Estas cuestiones merecen especial atención a causa de su influencia importante en la capacidad de cada medio de comunicación para situarse eficazmente con respecto a los demás. Ese esquema de clasificación es sin embargo más empírico que científico ya que no se dispone de ningún dato relativo a los costes de las diferentes obligaciones reglamentarias para esos medios. De hecho, algunos de esos medios ni siquiera existen y la abrogación por la comisión de la mayoría de las obligaciones examinadas aquí no facilitará que se suministren posteriormente datos exactos.

Este artículo analiza también las diferencias que existen entre los medios de comunicación en cuanto a la protección de los derechos de propiedad intelectual establecida por las leyes sobre el derecho de autor y sobre la piratería de las « señales ». (A este respecto las leyes antipiratería reproducen sin duda con cierta redundancia las leyes sobre el derecho de autor. Sin embargo, como se expone en la sección III, esas leyes antipiratería prevén a menudo sanciones más graves que la ley sobre el derecho de autor. A causa de esta disparidad de sus fundamentos, esas leyes afectan a los medios de comunicación de modo desigual. Este artículo no estudiará más que la televisión hertziana clásica, la televisión por cable, los « servicios hertzianos multicanal a repetidores múltiples » (MMDS), la televisión hertziana de pago (STV), la televisión de baja potencia (LPTV) y finalmente los satélites de difusión directa (DBS).

En una breve descripción, puede decirse que el MMDS utiliza señales microondas de alta frecuencia para ofrecer una docena de cadenas o más a sus abonados, por lo que se le da el nombre de « cable sin hilo ». Las STV y LPTV funcionan a frecuencias de difusión clásica, generalmente en U.H.F. ; las emisoras de

content regulation. These areas merit consideration because they impact heavily upon each medium's ability to compete effectively. This classification scheme is suggestive rather than scientific, however, since no data are available as to the cost of different regulatory burdens for these media. Indeed, some of these media do not even exist, and the Commission's abolition of most reporting requirements will make it difficult to create accurate data bases in the future.

This article also considers differences among the media in protection of intellectual property rights, through the copyright and "anti-signal-piracy" statutes. (In this respect, the anti-piracy laws are duplicative of and perhaps redundant to the copyright statutes. As noted in Section III, however, the anti-piracy laws often provide more severe remedies than the Copyright Act.). Because of these laws' disparate statutory bases, they affect the new media in haphazard ways. This review considers only conventional broadcast television, cable television, multi-channel MDS (MMDS), subscription television (STV), low power television (LPTV), and direct broadcast satellites (DBS).

By way of brief description, MMDS uses high-frequency microwave signals to provide a dozen or more channels of programming to subscribers — hence its nickname of "wireless cable". Both STV and LPTV operate on conventional broadcast frequencies, usually in the UHF band;

de STV transmettent des signaux codés afin d'offrir un programme « payant » tandis que les stations de LPTV diffusent, soit des programmes payants, soit des programmes financés par la publicité.

La discussion sur ces médias exclut à l'évidence plusieurs autres systèmes de distribution électronique. Les magnétoscopes et les platines vidéodisques offrent une programmation similaire, identique même à celle qui est fournie par les autres médias vidéos, et particulièrement par la télévision payante. La FCC ne peut — le Congrès a choisi de ne pas pouvoir — réglementer les magnétoscopes ou les platines vidéodisques sauf dans le but d'empêcher une interférence électrique avec les stations hertziennes. Ces médias ne font pas l'objet d'un texte particulier, sauf en ce qui concerne la non application, au moins partielle, par les tribunaux des lois sur le droit d'auteur aux magnétoscopes. Ils présentent donc peu de points de comparaison avec les autres médias. Néanmoins, il devient de plus en plus manifeste — surtout dans des pays où le taux de pénétration des magnétoscopes est important comme en Angleterre — que les magnétoscopes sont en concurrence en ce qui concerne leur audience, avec les nouveaux et les anciens médias vidéo.

Cet article ne traite pas de la transmission de textes ou de graphiques — comme le vidéotexte et les jeux électroniques — mais est plutôt consacré à l'étude des images vidéo traditionnelles. Bien qu'il ne semble y avoir aucune donnée en la matière, les services de vidéotexte ou les jeux électroniques détournent probablement des spectateurs des programmes de vidéo traditionnels. Il faut bien admettre que lorsqu'un spectateur joue à un jeu vidéo ou utilise une banque de données, il le fait vraisemblablement au détriment du service vidéo classique. Il est vrai que tous les nouveaux médias vidéo peuvent offrir des services de

STV transmiten señales codificadas para ofrecer un programa « de pago » mientras que las emisoras de LPTV difunden programas de pago o bien programas financiados por la publicidad.

La discusión sobre esos medios de comunicación excluye evidentemente varios otros sistemas de distribución electrónica. Los magnetoscopios y las platinas para videodiscos ofrecen una programación semejante, idéntica incluso a la que suministran los demás medios video, y en particular la televisión de pago. La FCC no puede — el Congreso ha escogido no poder — reglamentar los magnetoscopios o las platinas de videodiscos salvo con objeto de impedir una interferencia eléctrica con las emisoras hertzianas. Esos medios no son objeto de un texto particular, salvo en lo relativo a la no aplicación, al menos parcial, por los tribunales de las leyes sobre el derecho de autor a los magnetoscopios. Presentan pues puntos de comparación con los demás medios de comunicación. Sin embargo, es cada vez más patente — sobre todo en los países en que el porcentaje de penetración de los magnetoscopios es grande como ocurre en Inglaterra — que los magnetoscopios hacen la competencia en lo que concierne a su auditorio, a los nuevos y a los antiguos medios video.

Este artículo no trata de la transmisión de textos o de gráficos — como el videotexto o los juegos electrónicos — sino que se consagra más bien al estudio de las imágenes video tradicionales. Aunque aparentemente no haya ningún dato al respecto, los servicios de videotexto o los juegos electrónicos desvían probablemente espectadores de los programas de video tradicionales. Bien hay que admitir que cuando un espectador juega a un juego video o utiliza una base de datos, lo hace probablemente en detrimento del servicio video clásico. Es cierto que todos los nuevos medios video pueden ofrecer servicios de datos o de

STV stations scramble their signals to offer "pay" programming, while LPTV stations broadcast either pay or advertiser-supported programming. DBS apparently will use high-powered transmitters on geosynchronous satellites to provide a mix of pay and advertiser-supported service.

The focus on these media obviously excludes several other electronic distribution systems. Videocassette recorders (VCRs) and videodisc (VDP) players offer programming similar or even identical to that available from the other new video media — particularly in terms of pay programming. The FCC cannot — and the Congress has chosen not to — regulate VCRs or VDPs except to prevent electrical interference with broadcast stations; and these media do not receive any special legal treatment, except for the courts' limited immunization of VCRs from the copyright laws. There thus is little basis for comparing them to the other media. Nevertheless, it is increasingly apparent — particularly in nations with high VCR penetration, such as England — that VCRs compete for audiences with both new and conventional media.

Similarly, this analysis does not consider distribution of text or graphics — such as videotex and electronic games — rather than traditional video images. Although no data seem to exist, these services also probably draw some viewers away from traditional video programming. After all, if a viewer plays a videogame or accesses a data base, he or she presumably is lost to conventional video programming. Moreover, all of the new video media can offer data or graphics

données ou de graphiques et la plupart d'entre eux le feront probablement dans un futur proche, rendant la comparaison plus difficile. L'expérience actuelle indique cependant que ces services ne seront pas des concurrents sérieux pour les nouveaux médias vidéo. On peut considérer finalement et dans une analyse extrême que toutes les formes de communication, y compris les médias écrits ou audio, se stimulent mutuellement.

Enfin, certains systèmes de distribution sont tout simplement trop récents pour faire l'objet d'une évaluation. Le Service Fixe Opérationnel (Operational Fixed Service/OFS) pourrait par exemple devenir un medium soit utilisé de façon limitée soit par le grand public, et son développement affecterait son statut sur le plan du droit d'auteur. La FCC ne paraît pas avoir d'idées précises quant au développement futur de cet OFS (4).

Ces considérations étant faites, il peut être utile d'analyser les réalisations réglementaires de la FCC et la manière dont le Congrès aborde sur le plan législatif, les questions de droit de propriété intellectuelle en matière de nouveaux médias vidéo. Sur de nombreux points, les observations les plus pertinentes portent non pas sur ce que la FCC et le Congrès ont dit, mais sur ce qu'ils n'ont pas dit.

II LA POLITIQUE REGLEMENTAIRE DE LA FCC

Bien qu'elle soit souhaitable en pure logique, une réglementation complètement uniforme est souvent soit politiquement, soit pratiquement irréalisable. Après tout, la plupart des concurrents potentiels ne sont pas comparables en terme de performance sur le marché. Un objectif réaliste de réglementation, dans beaucoup de cas, consiste à

(4) First Report and Order, 86 FCC 2d 299, 308 (1981).

gráficos y la mayoría de ellos lo harán probablemente en un futuro próximo, lo que hace que la comparación sea más difícil. La experiencia actual indica sin embargo que esos servicios no serán competidores de cuidado para los nuevos medios video. Puede considerarse finalmente y analizando al extremo que todas las formas de comunicación, incluyendo los medios escritos o audio, se estimulan mutuamente.

En fin, algunos sistemas de distribución son sencillamente demasiado recientes para ser objeto de una evaluación. El Servicio Fijo Operativo (Operational Fixed Service / O.F.S.) podría por ejemplo llegar a ser un medio utilizado de modo limitado o por el gran público, y su desarrollo influiría sobre su estatuto en el plano del derecho de autor. La FCC no parece tener ideas precisas sobre el desarrollo futuro de este OFS (4).

Una vez hechas estas consideraciones, puede resultar útil analizar las realizaciones reglamentarias de la FCC y la manera en que el Congreso aborda en el plano legislativo las cuestiones de derecho de propiedad intelectual en materia de nuevos medios de comunicación video. En numerosos puntos, las observaciones más pertinentes se refieren no a lo que la FCC y el Congreso han dicho, sino a lo que no han dicho.

II LA POLITICA REGLEMENTARIA DE LA FCC

Aunque en pura lógica sea de desear, una reglamentación totalmente uniforme es con frecuencia irrealizable política o prácticamente. A fin de cuentas, la mayoría de los competidores potenciales no pueden compararse en términos de resultados en el mercado. En muchos casos, un objetivo realista de la reglamentación consiste en hacer de modo

(4) First Report and Order, 86 FCC 2d 299, 308 (1981).

services, and most probably will do so in the near future, thus complicating any comparison. Nevertheless, at least the present experience indicates that these services will not compete substantially with any of the new video media. After all, at the extremes all forms of communication — including print or audio media — have some competitive impact on each other.

Finally, some delivery systems simply are too new to evaluate. For example, the Operational Fixed Service (OFS) might evolve into either a private or a mass medium, and its development might affect its copyright status; the FCC seems quite unclear about the ways in which OFS will develop (4).

With these considerations in mind, it may be useful to analyze the FCC's regulatory approaches to — and the Congress' legislative treatment of the intellectual property rights of — the new video media. On many points, the most relevant observations focus not on what the FCC and the Congress have stated, but rather on what they have failed to say.

II THE FCC'S REGULATORY POLICIES

Although perhaps desirable from a logical point of view, completely uniform regulation often is either politically or pragmatically infeasible. After all, most potential competitors are not comparable in terms of market performance. A realistic regulatory goal in many cases is to

(4) First Report and Order, 86 FCC 2d 299, 308 (1981).

faire en sorte que les effets de la réglementation soient identiques pour tous les concurrents. Il est ainsi loin d'être surprenant que la dérégulation par la FCC des nouvelles technologies vidéo présente des incohérences.

A. — OBSTACLES PROCEDURAUX A L'ENTREE SUR LE MARCHÉ

Dans la mesure où la plupart des nouvelles technologies vidéo en sont à leur début, il y a très peu de restrictions absolues à leur entrée sur le marché. Parmi tous les services hertziens considérés ici, une part importante du spectre est disponible pour les premières autorisations d'utilisation par la FCC même s'il n'y a pas assez de fréquences pour tous les utilisateurs potentiels. De plus, il n'existe actuellement que quelques interdictions légales absolues, telles que l'interdiction de l'appropriation d'un médium par un étranger ou du cumul de propriétés, et la commission essaie d'en abolir la plupart.

Mais une série de conditions d'ordre procédural peut gêner ou retarder l'accès au marché. Et ces obstacles procéduraux varient beaucoup d'un médium à un autre. Dans une certaine mesure, bien sûr, cette situation résulte des différences dans les textes et la jurisprudence. Par exemple, la télévision hertzienne classique, la LPTV, la STV et autres moyens de diffusion font l'objet d'une grande variété d'interprétation légale et jurisprudentielle qui évoluèrent dans les années 50 et 60, à une époque où la FCC consacrait la plupart de son activité réglementaire à la télévision hertzienne. D'ailleurs, l'effet de cette circonstance historique accidentelle est sans doute accentué par les errements du programme actuel de réglementation de la Commission. A cause d'une opposition politique et judiciaire, la Commission a trouvé qu'il était plus difficile de supprimer les règles en place que de limiter la promulgation de nouvelles.

que los efectos de la reglamentación sean idénticos para todos los competidores. No es por eso sorprendente que la desreglamentación por la FCC de las nuevas tecnologías vídeo presente incoherencias.

A. — OBSTACULOS DE PROCEDIMIENTO PARA ENTRAR EN EL MERCADO

En la medida en que la mayoría de las nuevas tecnologías vídeo están en sus comienzos, hay muy pocas restricciones absolutas a su entrada en el mercado. Entre todos los servicios hertziños considerados aquí, una parte importante del espectro electromagnético está disponible para las primeras autorizaciones de utilización por la FCC, aunque no hay bastantes frecuencias para todos los usuarios potenciales. Además, sólo existen actualmente algunas prohibiciones legales absolutas, tales como la prohibición de la apropiación de un medio de comunicación por un extranjero o de la acumulación de propiedades, y la Comisión trata de abolir la mayoría de ellas.

Pero una serie de condiciones de procedimiento pueden dificultar o retrasar el acceso al mercado. Y esos obstáculos de procedimiento varían mucho de un medio a otro. En cierto grado, claro está, esta situación resulta de las diferencias en los textos y la jurisprudencia. Por ejemplo, la televisión hertziana clásica, la LPTV, la STV y otros medios de difusión son objeto de una gran variedad de interpretaciones legales y de jurisprudencia que evolucionaron en los años 50 y 60, en una época en que la FCC consagraba la mayor parte de su actividad reglamentaria a la televisión hertziana. Por otra parte, el efecto de esta circunstancia histórica está acentuado sin duda por los yerros del programa actual de reglamentación de la Comisión. A causa de una oposición política y judicial, la Comisión ha encontrado que era más difícil suprimir las reglas existentes que evitar que se promulguen nuevas reglas.

equalize the effects of regulation on competitors. It thus is less than surprising that the FCC's deregulatory treatment of the new video technologies shows inconsistencies.

A. — PROCEDURAL INHIBITIONS ON ENTRY

Since most of the new video technologies are infant industries, there are few absolute barriers to entry. In all of the over-the-air services considered here, a substantial amount of spectrum is available for initial FCC licensing, even if there is not enough for every potential user. Moreover, only a few absolute legal bans — such as prohibitions on alien ownership or cross-ownership — currently exist, and the Commission is attempting to abolish most of these.

But a variety of procedural requirements may inhibit or delay entry. And these procedural snares vary significantly from one medium to another. To a certain extent, of course, this situation results from differences in the underlying statutory and case law. For example, conventional broadcast television, LPTV, STV and any other broadcast uses are subject to a wide variety of statutory and judicial doctrines which evolved during the 1950's and 1960's, when the FCC was focusing most of its regulatory attention on broadcasting. Moreover, the effect of this historical accident may be exaggerated somewhat by the vagaries of the Commission's current regulatory program. Because of both political and judicial opposition, the Commission has found it harder to repeal existing rules than to limit new ones.

Trois règles de procédure méritent une attention particulière.

En premier lieu, la procédure actuelle de la FCC pour une demande d'autorisation de diffusion impose plus d'étapes à certains candidats qu'à d'autres selon le type de service envisagé. Par exemple, la Commission a proposé de dispenser les candidats à la création d'une station de MMDS de l'obligation classique d'obtenir un permis de construire, c'est-à-dire de l'autorisation préalable de construire une station (5). Cependant les candidats aux services de diffusion hertzienne traditionnelle, aux services de STV, ou aux services de LPTV, ont encore apparemment l'obligation d'obtenir un permis de construire préalablement au dépôt de leur demande d'autorisation de diffusion. Les candidats aux services de DBS doivent, quant à eux, obtenir un permis de construire, une autorisation de lancement de satellites et une autorisation de diffusion.

Des raisons légales et historiques justifient sans nul doute les nombreuses différences de régimes. Le *Communication Act* exige des diffuseurs hertziens qu'ils obtiennent un permis de construire avant de faire une demande d'autorisation de diffusion (6) et la Commission a appliqué cette loi pendant cinquante ans. De plus, il est nécessaire pour la mise en œuvre d'un service de DBS, que les autorités américaines contrôlant les installations de lancement de satellites agissent de concert. Par ailleurs, on pourrait dire pour justifier l'attitude de la Commission que l'impact national du MMDS sera limité alors que celui du DBS pourrait se révéler considérable. Etant donné l'échec, jusqu'à présent, de toutes les entreprises de DBS, cette explication serait très contestable. On peut dire néanmoins, que l'obligation faite au DBS et non

(5) Notice of Proposed Rule Making, 54 FR2d 381, 389 (1983).
(6) 47 U.S.C. § 319 (1976).

Tres reglas de procedimiento merecen particular atención.

En primer lugar, el trámite actual de la FCC para una petición de autorización de difusión impone más etapas a unos candidatos que a otros según el tipo de servicio que se proyecte. Por ejemplo, la Comisión ha propuesto dispensar a los candidatos a la creación de una emisora de MMDS de la obligación clásica de obtener un permiso de construcción, es decir de la autorización previa para construir una emisora (5). Sin embargo, los candidatos a los servicios de difusión hertziana tradicional, a los servicios de STV, o a los servicios de LPTV, tienen aún la obligación de obtener un permiso de construcción previamente al depósito de su solicitud de autorización de difusión. Los candidatos a los servicios de DBS deben, por su lado, obtener un permiso para construir, una autorización de lanzamiento de satélites y una autorización de difusión.

Sin duda alguna las diferencias de régimen están justificadas por razones legales e históricas. La *Communication Act* exige de los difusores hertzianos que obtengan un permiso de construcción antes de presentar la solicitud de autorización de difusión (6) y la Comisión ha aplicado esta ley durante cincuenta años. Además, para poder poner en marcha un servicio de DBS es necesario que las autoridades americanas que controlan las instalaciones de lanzamiento de satélites actúen de modo concertado. Por otro lado, podría decirse, para justificar la actitud de la Comisión, que el impacto nacional del MMDS será limitado mientras que el de la DBS podría resultar considerable. Teniendo en cuenta el fracaso, hasta ahora, de todas las tentativas de DBS, esta explicación sería muy discutible. Puede decirse sin embargo,

(5) Notice of Proposed Rule Making, 54 FR2d 381, 389 (1983).
(6) 47 U.S.C. § 319 (1976).

Three procedural rules seem particularly noteworthy.

First, the Commission's current license application processes require applicants for some services to undergo substantially more steps than applicants for other services. For example, the Commission has proposed eliminating the traditional requirement of a "construction permit" — i.e., a preliminary authorization to build a station — in processing applications for MMDS stations (5). Applicants for conventional broadcast, STV facilities or LPTV stations, however, apparently still must secure a construction permit before applying for a license. Applicants for DBS facilities must obtain a construction permit, launch authority, and a license.

To be sure, legal and historical reasons explain many of these procedural differences. The *Communications Act* requires broadcasters to secure a construction permit before applying for a license (6), and the Commission has operated this way for fifty years. Moreover, implementation of DBS service requires coordination with other government authorities, which control the U.S.'s satellite launch facilities. Alternatively, the Commission's action might flow from an assumption that MMDS' impact on a national scale will be minimal, while DBS's might be substantial. Given the failure of all U.S. DBS entrepreneurs to date, this assumption would be highly questionable. Nevertheless, the requirement of construction permits for DBS but not for MMDS arguably

(5) Notice of Proposed Rule Making, 54 FR2d 381, 389 (1983).
(6) 47 U.S.C. § 319 (1976).

au MMDS d'avoir un permis de construire peut permettre à une station de MMDS de démarrer bien avant une opération de DBS concurrente.

On peut faire la même réflexion en ce qui concerne les oppositions au renouvellement d'une autorisation ou lorsque se présentent plusieurs candidatures pour une même fréquence. (Une opposition au renouvellement est présentée par une partie qui prétend que l'autre ne présente pas les qualités requises pour gérer une installation hertziennne; on est dans le cas de candidatures concurrentes quand deux candidats ou plus sollicitent le droit d'occuper la même fréquence.)

Conformément à la doctrine de *Carroll* (7), la Commission doit autoriser un diffuseur en place à s'opposer à une nouvelle candidature s'il établit que l'attribution d'une autre autorisation serait un obstacle à la rentabilité de la gestion des deux stations. La doctrine de *Carroll* n'est sans doute pas très judicieuse dans la mesure où elle repose seulement sur les prévisions économiques. Mais en attendant que les tribunaux la rejettent, elle continuera vraisemblablement à être appliquée aux candidatures pour les services de télévisions hertziennes classiques. Dans le même temps, la Commission a décidé de ne pas appliquer la doctrine de *Carroll* aux candidatures pour les services de LPTV (8) et de DBS (9). Le raisonnement de la Commission consiste sans doute à dire que ni les LPTV, ni les DBS ne sont susceptibles d'avoir une réelle incidence sur la télévision hertziennne classique. On peut cependant se demander, s'il est loisible à la Commission, pour éviter de statuer au cas par cas de définir une politique d'ensemble (10). La Cour

(7) *Carroll Broadcasting Co. v. FCC*, 258 F.2d 440 (D.C. Cir. 1958).

(8) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 507 (1982).

(9) *Report and Order*, 51 RR2d 1341, 1352-53 (1982).

(10) Par ex., *United States v. Storer Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192 (1956); *FPC v. Texaco, Inc.*, 377 U.S. 33 (1964).

que la obligación impuesta a la DBS y al MMDS de tener un permiso de construcción puede permitir a una emisora de MMDS empezar mucho antes que una operación de DBS.

Puede hacerse la misma reflexión en lo que concierne a las oposiciones a la renovación de una autorización o cuando se presentan varias candidaturas para una misma frecuencia. (Una oposición a la renovación se presenta por una parte que pretende que la otra no tiene las cualidades necesarias para administrar una instalación hertziana; se está ante candidaturas en competición cuando dos o más candidatos solicitan a ocupar la misma frecuencia).

Según la doctrina *Carroll* (7), la Comisión debe autorizar a un difusor ya instalado a que se oponga a una nueva candidatura si establece que la atribución de otra autorización constituiría un obstáculo para la rentabilidad de la explotación de las dos emisoras. La doctrina *Carroll* no es sin duda muy juiciosa en la medida en que se basa únicamente en previsiones económicas. Pero mientras se espera que los tribunales la recusen, continuará aplicándose probablemente a las candidaturas para los servicios de televisión hertziana clásicos. Al mismo tiempo, la Comisión decidió no aplicar la doctrina *Carroll* a las candidaturas para los servicios de LPTV (8) y de DBS (9). El razonamiento de la Comisión consiste sin duda en decir que ni la LPTV ni la DBS son susceptibles de tener una influencia real sobre la televisión hertziana clásica. Puede preguntarse sin embargo si es lícito para la Comisión definir una política de conjunto para evitar el tener que decidir en cada caso (10). El Tribunal de Ape-

(7) *Carroll Broadcasting Co. v. FCC*, 258 F.2d 440 (D.C. Cir. 1958).

(8) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 507 (1982).

(9) *Report and Order*, 51 RR2d 1341, 1352-53 (1982).

(10) Por ejemplo, *United States v. Storer Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192 (1956); *FPC v. Texaco, Inc.*, 377 U.S. 33 (1964).

might allow an MMDS station to go on the air substantially before a competing DBS operation.

A similar phenomenon may exist as to petitions to deny an existing license or competing applications for the same frequency. (Petitions to deny represent situations in which one party claims that another is unqualified to operate an over-the-air facility; competing applications involve situations in which two or more applicants claim the right to operate the same broadcast facility.)

Under the *Carroll* doctrine (7), the Commission must allow an existing broadcaster to oppose a new license application by showing that grant of another license would make operation of both stations unprofitable. The *Carroll* rule may be unwise, since it relies solely upon economic projections. But until the courts disavow the doctrine, it presumably would apply to conventional broadcast television applications. At the same time, the Commission has indicated that it will not apply *Carroll* to LPTV (8) and DBS (9) applications. The Commission's reasoning may be that neither LPTV nor DBS is likely to have a significant impact upon conventional television broadcasting. But it may be questionable whether the Commission may use a general policy statement to avoid case-by-case adjudication (10). The District of

(7) *Carroll Broadcasting Co. v. FCC*, 258 F.2d 440 (D.C. Cir. 1958).

(8) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 507 (1982).

(9) *Report and Order*, 51 RR2d 1341, 1352-53 (1982).

(10) E.g., *United States v. Storer Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192 (1956); *FPC v. Texaco, Inc.*, 377 U.S. 33 (1964).

d'Appel du District de Columbia a confirmé une décision de la FCC qui refusait d'appliquer la doctrine de *Carroll* à la compétition entre le DBS et la télévision par voie hertzienne classique (11). Demeure irrésolu le problème de savoir si on pourrait tenir un raisonnement similaire s'agissant d'une compétition entre deux systèmes de DBS.

La Commission a sans doute de bonnes raisons pour ne pas appliquer la doctrine de *Carroll* aux nouvelles technologies vidéo. Mais elle n'en a pas moins enjoint aux opérateurs de LPTV de ne pas provoquer d'interférences électriques avec les MDS ou avec la télévision par câble (12). Après tout la doctrine de *Carroll* n'a sans doute jamais eu la véritable raison d'être étant donné ses conséquences clairement anticompetitives, et elle a vraisemblablement encore moins de raisons d'être dans la mesure où sont disponibles de nombreuses sources de programmation. Continuer à appliquer la doctrine de *Carroll* à la télévision hertzienne et en exclure les nouvelles technologies vidéo, n'en reste pas moins quelque peu anormal, sauf à considérer que la Commission a implicitement déclaré qu'elle n'appliquera plus la doctrine à la télévision hertzienne, ce qui constitue également une position dont la validité juridique est discutable.

La troisième différence tient à la procédure mise en place lorsque des candidats concourent pour la même fréquence.

La jurisprudence traditionnelle impose à la Commission de procéder à des audiences comparatives pour trouver le candidat le plus qualifié (13), audiences qui sont malheureusement célèbres en raison de leurs longueurs à la Dickens et de leur coût. Cependant, grâce à un amendement récent au *Communications Act*, la Commission peut rem-

(11) *National Ass'n of Broadcasters v. FCC*, — F.2d — (D.C. Cir. 1984).

(12) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 497-499 (1982).

(13) *Ashbacker Radio Corp. v. FCC*, 326 U.S. 327 (1945).

lación del Distrito de Columbia confirmó una decisión de la FCC que se negaba a aplicar la doctrina *Carroll* a la competencia entre la DBS y la televisión por vía hertziana clásica (11). Igualmente se no resuelve el problema de saber si se podría hacer un razonamiento análogo cuando se trata de una competencia entre dos sistemas de DBS.

La comisión tiene seguramente excelentes razones para no aplicar la doctrina *Carroll* a las nuevas tecnologías video. Pero no por eso ha dejado de ordenar a los operadores de LPTV que no provoquen interferencias eléctricas con los MDS o con la televisión por cable (12). A fin de cuentas la doctrina *Carroll* no ha tenido nunca verdadera razón de ser, considerando sus consecuencias claramente anticompetitivas, y tiene todavía menos razón de ser probablemente en la medida en que numerosas fuentes de programación están disponibles. Continuar aplicando la doctrina *Carroll* a la televisión hertziana y excluir de ella las nuevas tecnologías video no deja de ser algo anormal, salvo que se considere que la Comisión haya declarado implícitamente que no aplicará más la doctrina *Carroll* a la televisión hertziana, lo que constituye también una posición cuya validez jurídica es discutible.

La tercera diferencia de procedimiento reside en el trámite de la comisión creada cuando se presentan varios candidatos que concurren para la misma frecuencia. La jurisprudencia tradicional impone que la comisión celebre audiencias comparativas para encontrar el candidato mejor calificado (13); esas audiencias son desgraciadamente célebres a causa de su duración digna de Dickens y de su costo. Sin embargo, gracias a una enmienda reciente de la *Communications Act*, la comisión

(11) *National Ass'n of Broadcasters v. FCC*, — F.2d — (D.C. Cir. 1984).

(12) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 497-499 (1982).

(13) *Ashbacker Radio Corp. v. FCC*, 326 U.S. 327 (1945).

Columbia Court of Appeals upheld the FCC's refusal to apply *Carroll* to competition between DBS and conventional broadcasting (11). Whether the same result would hold as to two competing DBS systems, though, is not clear.

The Commission may have good reasons for not applying *Carroll* to the new video technologies. But the Commission has cautioned LPTV operators against causing electrical interference to either MDS or cable operations (12). After all, *Carroll* never may have made much sense because of its clearly anti-competitive consequences, and it presumably makes even less sense when many program sources are available. The continued applicability of *Carroll* to broadcasting but not to the new video technologies seems a bit anomalous, however, unless the Commission implicitly is stating that it will not enforce the doctrine as to broadcasting either — a position also with questionable legal validity.

A third procedural difference arises from the Commission's procedure for resolving competing applications for the same frequency. Traditional case law required the Commission to hold "comparative hearings" (13), which are infamous for their Dickensian length and cost, to pick the best qualified applicant. Under a recent amendment to the *Communications Act*, however, the Commission can resolve comparative

(11) *National Ass'n of Broadcasters v. FCC*, F2d (D.C. Cir. 1984).

(12) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 497-499 (1982).

(13) *Ashbacker Radio Corp. v. FCC*, 326 U.S. 327 (1945).

placer les audiences comparatives par des tirages au sort où le bénéficiaire de l'autorisation est tiré au hasard. Bien que la Commission ait proposé une procédure de tirage au sort pour les candidatures aux services de télévision hertzienne classique, elle ne l'a pas encore appliquée (14). En revanche, elle a appliqué cette procédure aux candidatures aux services de LPTV et de MMDS (15). Par conséquent, le candidat à une station de télévision hertzienne classique doit supporter les nombreux obstacles d'une procédure longue et coûteuse tandis que l'opérateur de LPTV ou de MMDS suivra une procédure par comparaison plus rapide et certainement moins onéreuse.

Une fois encore, il existe sans doute des raisons valables pour expliquer cette situation. Malgré sa philosophie favorable à la dérégulation, la Commission doit avoir quelque peine à se départir de presque quarante ans d'expérience, même insatisfaisante, des audiences de sélection des stations hertziennes de diffusion. De plus, il est peut-être moins nécessaire de se préoccuper de trouver le « bon candidat » pour les LPTV et MMDS puisqu'initialement le public fait un usage limité de ces services. En outre, la Commission souffre sans doute d'un retard dans sa réglementation tenant au fait qu'elle a tendance à appliquer de vieux textes plutôt que d'en édicter de nouveaux.

A l'évidence, cette analyse ne prend pas en considération la télévision par câble dans la mesure où les réseaux de câble ne requièrent pas l'obtention d'une autorisation de la FCC. Le câblo-opérateur doit seulement déposer une « déclaration d'inscription » quant il commence réellement à fonctionner (16). (Cependant les câblo-opérateurs peuvent obtenir des autorisations pour gérer

puede reemplazar las audiencias comparativas por sorteos en que el beneficiario de la autorización se designa al azar. Aunque la Comisión haya propuesto un procedimiento de sorteo para las candidaturas a los servicios de televisión hertziana clásica, todavía no lo ha aplicado (14). Por el contrario, ha aplicado ese procedimiento a las candidaturas a los servicios de LPTV y de MMDS (15). Por consiguiente, el candidato a una emisora de televisión hertziana clásica debe soportar los numerosos obstáculos de un trámite largo y costoso mientras que el operador de LPTV o de MMDS seguirá un trámite relativamente más rápido y con seguridad menos costoso.

Una vez más, existen sin duda razones válidas para explicar esta situación. A pesar de su filosofía favorable a la desreglamentación, la Comisión debe encontrar algo difícil apartarse de casi cuarenta años de experiencia, aunque no sea satisfactoria, de las audiencias de selección de las emisoras hertzianas de difusión. Además, es quizás menos necesario preocuparse de encontrar el « buen candidato » para las LPTV y MMDS ya que inicialmente el público hace un uso limitado de esos servicios. Además la Comisión sufre sin duda un retraso en su reglamentación que resulta de su tendencia a aplicar viejos textos más bien que a promulgar nuevos.

Evidentemente, este análisis no toma en consideración la televisión por cable en la medida en que las redes de cable no requieren la obtención de una autorización de la FCC. El operador de cable debe simplemente presentar una « declaración de inscripción » cuando empieza a funcionar realmente (16). (Sin embargo, los operadores de cable pueden obtener autorizaciones para administrar estaciones repetidoras de

(14) *Memorandum Opinion & Order*, 53 RR2d 1270 (1983).

(15) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 145 (1983).

(16) 47 C.F.R. § 76.12 (1983).

(14) *Memorandum Opinion & Order*, 53 RR2d 1270 (1983).

(15) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 145 (1983).

(16) 47 C.F.R. § 76.12 (1983).

proceedings by holding lotteries to pick a licensee by chance. Although the Commission has proposed a lottery procedure for conventional broadcast television licenses, it has not implemented it (14). But it has applied the lottery procedure to applications for LPTV and MMDS (15). As a result, an applicant for a conventional broadcast television station must wade through years of litigation and thousands of dollars in legal expenses, while an LPTV or MMDS operator would receive comparatively speedy and certainly inexpensive processing.

Once again, there may be sound reasons for this situation. Regardless of its deregulatory philosophy, the Commission may find it difficult to depart from almost forty years of experience — albeit rather unsatisfactory experience — with comparative hearings for broadcast stations. Moreover, there simply may be less need for concern about picking the “right” licensee for LPTV and MMDS, because of the public's initially limited use of these services. In addition, the Commission may be the victim of a regulatory lag inherent in disposing of old rules rather than in fashioning new ones.

As is obvious, this analysis omits any consideration of cable television, since cable systems need not obtain a license from the FCC. Instead, a cable operator must file only a “registration statement” when it actually begins operations (16). (Cable operators must obtain licenses

(14) *Memorandum Opinion & Order*, 53 RR2d 1270 (1983).

(15) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 145 (1983).

(16) 47 C.F.R. § 76.12 (1983).

des stations de relais de micro-ondes (17), qui sont indispensables à tout réseau important). Au moins en théorie, un câblo-opérateur peut commencer à fonctionner beaucoup plus rapidement que tout autre nouveau média hertzien. En réalité, bien sûr, la plupart des câblo-opérateurs auront dû mener une rude bataille pour obtenir les concessions intéressantes économiquement. Ainsi, la ville de New York a accordé des concessions en 1970 pour Manhattan mais pas avant 1983 pour les quatre autres districts de la ville, et la construction n'en sera pas terminée avant les années 1990. Selon la rapidité des procédures locales de concessions un câblo-opérateur peut ainsi être confronté à des délais aussi longs, ou même plus longs, que ceux applicables aux autres technologies vidéo.

Les nouveaux médias vidéos sont ainsi sujets, pour obtenir les autorisations de fonctionnement, à des schémas procéduraux différents. Ces différences se ressentent en temps et en argent. Par exemple, si un opérateur de STV doit se soumettre à une longue audience de sélection alors que ce n'est pas le cas de l'opérateur de LPTV, ce dernier engagera des frais moins importants et sera opérationnel plus rapidement que le premier. Dans l'hypothèse où un marché ne peut supporter qu'une seule station de télévision payante par voie hertzienne, un groupe d'opérateurs de LPTV pourra entraver l'entrée sur le marché d'un opérateur potentiel de STV ou de MMDS.

B. — RESTRICTIONS TENANT AUX STRUCTURES ET A LA PROPRIÉTÉ

Restreindre la propriété peut non seulement entraîner l'interdiction pour une entreprise d'accéder à un marché, mais aussi compliquer la formation de capital par fusions ou par d'autres opérations du même

(17) 47 C.F.R. § 78.11 (1983).

microondas (17), que son indispensables para cualquier red importante). Por los menos en teoría, un operador de cable puede empezar a funcionar mucho más rápidamente que cualquier otro medio de comunicación hertziana. En realidad, claro está, la mayoría de los operadores de cable habrán debido entablar una dura lucha para obtener las concesiones económicamente interesantes. Así, la ciudad de Nueva York otorgó concesiones en 1970 para Manhattan, pero ninguna para los otros cuatro distritos de la ciudad hasta 1983, y la construcción no estará terminada antes de los años 1990. Según la rapidez de los trámites locales para la concesión, un operador de cable puede estar sometido a plazos tan largos, e incluso más, que los que se aplican a las demás tecnologías video.

Los nuevos medios video están pues sujetos a esquemas de trámite diferentes para obtener las autorizaciones de funcionamiento. Esas diferencias se traducen en términos de tiempo y de dinero. Por ejemplo, si un operador de STV debe someterse a una larga audiencia de selección mientras que no ocurre así en el caso de un operador de LPTV, este último tendrá gastos menos importantes y podrá entrar en operación más rápidamente que el primero. En la hipótesis en que un mercado no puede soportar más que una sola emisora de televisión de pago por vía hertziana, un grupo de operadores de LPTV podrá poner trabas a la entrada en el mercado de un operador potencial de STV o de MMDS.

B. — RESTRICCIONES RELATIVAS A LAS ESTRUCTURAS Y A LA PROPIEDAD

Limitar la propiedad puede no sólo acarrear la prohibición para una empresa de tener acceso al mercado, sino también complicar la formación de capital por fusiones o por otras

(17) 47 C.F.R. § 78.11 (1983).

to operate microwave relay stations (17), however, which are essential for any large system). At least in theory, a cable operator can begin operations considerably more expeditiously than any of the over-the-air new video media. In reality, of course, most large cable operators have had to wage costly "franchise wars" in order to obtain desirable franchises. For example, New York City granted franchises for Manhattan in 1970, but not for the City's other four boroughs until 1983 — and construction will not be completed until the 1990's. Depending upon the speed of a local franchising procedures, a cable operator thus may face delays as great as, or even greater than those applicable to the other new video technologies.

The new video media thus are subject to different procedural translate into time and money. For example, if an STV operator must go through a lengthy comparative hearing while an LPTV operator need not, the latter will incur fewer expenses than — and be operational before — the former. If a market can support only one over-the-air pay television operation, a group of LPTV operators might foreclose future entry by a potential STV or MMDS operator.

B. — STRUCTURAL AND OWNERSHIP LIMITATIONS

An ownership restriction not only may bar a firm from a market, but also may complicate capital formation through joint ventures and the like. For example, the Congress's abolition of prohibitions on alien

(17) 47 C.F.R. § 78.11 (1983).

genre. Par exemple, l'abolition en 1974 (18) par le Congrès des dispositions interdisant à un étranger d'être propriétaire de réseaux de télévision par câble américain d'importants capitaux canadiens (cependant, les limitations à la propriété ont par comparaison peu d'impact sur l'acquisition de programme qui est essentiellement une transaction séparée. Les programmeurs britanniques, malgré l'interdiction qui leur est faite de posséder plus de 25 % du capital d'une station de diffusion américaine ont développé des relations commerciales intenses avec les Etats-Unis).

La Commission n'a pas imposé de nouvelles restrictions à l'accession à la propriété des nouvelles technologies vidéo et a tenté d'éviter l'application de la plupart de celles en vigueur. Cependant, peut-être à cause des problèmes inhérents à son retard réglementaire, la politique actuelle de la FCC en matière de propriété est loin d'être cohérente.

La FCC continue d'interdire à une station de télévision hertzienne d'être propriétaire d'une station de radio, d'un journal ou d'un réseau de câble situé dans le même marché (19). Mais elle n'a pas imposé aux MMDS, DBS ou LPTV de limitations similaires au cumul de propriété.

A la place, la FCC a simplement déclaré une nouvelle fois que les interdictions de cumul de propriété ne sont pas nécessaires dans la mesure où sont disponibles de nombreuses sources vidéo (20). Cet approche contraste fortement avec les interdictions classiques de cumul de propriété. D'une part, une station de télévision classique ne peut acquérir une station de radio dans son marché sans une dérogation de la

operaciones del mismo tipo. Por ejemplo, la abolición por el Congreso en 1974 (18) de las disposiciones que prohíben a un extranjero ser propietario de redes de televisión por cable permitió la introducción en la industria del cable americana de importantes capitales canadienses (sin embargo, las limitaciones de la propiedad tienen relativamente poco impacto sobre la compra de programas que es esencialmente una transacción separada. Los programadores británicos, a pesar de la prohibición que tienen de poseer más del 25 % del capital de una emisora de difusión americana han desarrollado relaciones comerciales intensas con Estados Unidos).

La Comisión no ha impuesto nuevas restricciones al acceso a la propiedad de las nuevas tecnologías video y ha tratado de evitar la aplicación de la mayoría de las que están vigentes. Sin embargo, quizás a causa de los problemas inherentes a su retraso reglamentario, la política actual de la FCC en materia de propiedad dista mucho de ser coherente.

La FCC sigue prohibiendo a una emisora de televisión hertziana ser propietaria de una emisora de radio, de un periódico o de una red de cable situados en el mismo mercado (19). Pero no ha impuesto limitaciones semejantes de acumulación de propiedad a los MMDS, DBS o LPTV. En lugar de ello, la FCC declaró simplemente una vez más que las prohibiciones de acumulación de propiedad no son necesarias en la medida en que puede disponerse de numerosas fuentes video (20). Este punto de vista hace un fuerte contraste con las prohibiciones clásicas de acumulación de propiedad. Por un lado, una emisora de televisión clásica no puede comprar una emisora de radio en su mercado sin una

(18) Notice of Proposed Rule Making, 56 FCC 2d 159, 160 n. 7 (1975).

(19) 47 C.F.R. § 73.636 (1983).

(20) Par ex., Report and Order, 51 RR2d 476, 486 (1982).

ownership of cable television systems in 1974 (18), brought a significant amount of Canadian capital into the U.S. cable industry. (Ownership limitations have comparatively little impact on acquisition of programming, however, which essentially is a separate transaction. Even though they may not own more than twenty-five percent of a U.S. broadcast station, British programmers have done a brisk trade in the United States.)

The Commission has imposed no new ownership restrictions on the new video technologies and has attempted to avoid most existing ones. Perhaps because of the inherent problems of regulatory lag, however, the Commission's present ownership policies are less than consistent.

The FCC has retained its traditional ban on cross-ownership of a radio station, newspaper, or cable system by a broadcast television station in the same market (19). But it has not imposed similar cross-ownership requirements upon MMDS, DBS, or LPTV. Instead, the FCC merely has reiterated that cross-ownership prohibitions are unnecessary where multiple video sources exist (20). This approach contrasts sharply with traditional cross-ownership prohibitions. On the one hand, a conventional television station may not acquire a radio station in its

(18) Notice of Proposed Rule Making, 56 FCC 2d 159, 160 n. 7 (1975).

(19) 47 C.F.R. § 73.636 (1983).

(20) E.g., Report and Order, 51 RR2d 476, 486 (1982).

FCC (21). D'autre part, posséder une ou plusieurs installations de MMDS, DBS ou LPTV dans un même marché, est tout à fait autorisé, bien que ces trois installations puissent en fin de compte attirer une part plus importante de l'audience qu'une seule station de radio.

A court terme, il y a sans doute un argument en faveur de l'autorisation du cumul de propriété s'agissant des MMDS, DBS, LPTV et de la télévision par câble ; on peut invoquer le fait que l'ensemble de ces médias peut servir de contrepoids aux pouvoirs des stations locales de télévision hertzienne et des journaux. Mais apparemment, la FCC n'a pas adopté cette approche puisqu'elle autorise les stations de télévision classique à être propriétaires de stations de MMDS et de DBS fonctionnant dans leurs marchés — mais pas d'une télévision par câble (22). On peut justifier de la même manière le cumul de propriété d'une télévision par câble et d'une compagnie de téléphone (23).

Par ailleurs, les stratégies de la Commission ne tiennent pas compte de l'évolution possible des nouvelles technologies vidéos. Par exemple, il est probable que le câble et le MMDS fourniront une grande partie du programme payant. En autorisant le cumul de propriété des services de MMDS, de DBS, de LPTV et de télévision par câble, la Commission suscite sans doute le risque d'avoir plus tard à démêler l'écheveau réglementaire, travail qu'elle a trouvé particulièrement déplaisant quant il s'est agi de résoudre les problèmes posés par le cumul de propriété des journaux locaux, télévisions hertziennes ou télévisions par câble.

Dans le même ordre d'idées, la FCC a traditionnellement limité le nombre de stations hertziennes

(21) Report and Order 52 RR2d 401 (1982).

(22) 47 C.F.R. § 76.501 (1983).

(23) Voir Notice of Proposed Rule-making, 84 FCC 2d 335 (1981).

derogación de la FCC (21). Por el otro, poseer una o varias instalaciones de MMDS, DBS o LPTV en un mismo mercado está perfectamente autorizado, aunque esas tres instalaciones puedan a fin de cuentas atraer una parte de la audiencia más importante que una sola emisora de radio.

A corto plazo, existe sin duda un argumento a favor de la autorización de la acumulación de propiedad cuando se trata de MMDS, DBS, LPTV y de televisión por cable ; se puede invocar el hecho de que el conjunto de esos medios puede servir como contrapeso de los poderes de las emisoras locales de televisión hertziana y de los periódicos. Pero en apariencia la FCC no ha adoptado este punto de vista puesto que autoriza a las emisoras de televisión clásica a ser propietarias de emisoras de MMDS y de DBS que funcionan en sus mercados — pero no de televisión por cable (22). Puede justificarse del mismo modo la acumulación de propiedad de una televisión por cable y de una compañía telefónica (23). Por otro lado, las estrategias de la Comisión no tienen en cuenta la evolución posible de las nuevas tecnologías vídeo. Por ejemplo, es probable que el cable y el MMDS suministren gran parte de los programas de pago. Autorizando la acumulación de propiedad de los servicios de MMDS, de DBS, de LPTV y de televisión por cable, la Comisión corre sin duda el riesgo de tener que deshacer después el embrollo reglamentario, trabajo que encontró especialmente desagradable cuando se trató de resolver los problemas planteados por la acumulación de propiedad de los periódicos locales, televisiones hertzianas o televisiones por cable.

En el mismo orden de ideas, la FCC ha limitado tradicionalmente el número de emisoras hertzianas que

(21) Report and Order 52 RR2d 401 (1982).

(22) 47 C.F.R. § 76.501 (1983).

(23) Ver Notice of Proposed Rule-making, 84 FCC 2d 335 (1981).

market without an FCC waiver (21). On the other hand, it is perfectly free to own one or more MMDS, DBS and LPTV operations in the same area — even though the latter three operations ultimately may attract a larger share of the audience than one radio station.

There may be an argument in favor of allowing local cross-ownership of MMDS, DBS, LPTV and cable operations in the short run; aggregation of these media arguably may create countervailing power to local broadcast television stations and newspapers. But the FCC apparently has not taken this approach, because it allows conventional television stations to own MMDS and DBS — but not cable (22) — operations in their markets. Similar arguments exist for allowing cable/telephone cross-ownership (23).

Conversely, the Commission's policies do not anticipate future growth by the new video technologies. For example, cable and MMDS eventually may supply the vast majority of pay programming. By permitting cross-ownership of MMDS, DBS, LPTV and cable operations, the Commission may be creating the risk that it will need to unscramble this omelet at some point in the future — a job which it has found singularly distasteful with local newspaper cross-ownership of broadcast or cable operations.

Along similar lines, the FCC traditionally has limited the number

(21) Report and Order 52 RR2d 401 (1982).

(22) 47 C.F.R. § 76.501 (1983).

(23) See Notice of Proposed Rule-making, 84 FCC 2d 335 (1981).

qu'une seule entité peut posséder (24). Cependant, la Commission s'est refusée à appliquer les restrictions au cumul de propriété à l'encontre des services de MMDS, de LPTV, de DBS ou de télévisions par câble (25). En théorie, une entité pourrait ainsi posséder tous les services de MMDS, DBS et réseaux de câbles des Etats-Unis. Bien que ceci ne puisse sans doute pas arriver, il est probable que la propriété des nouveaux médias vidéos aura un caractère oligopolistique. La position de « laisser faire » de la Commission en ce qui concerne la simple propriété et le cumul de propriété aura sans doute des conséquences importantes dans le futur.

Le contraste aigu entre les restrictions strictes de la FCC s'agissant des stations de radio ou de télévision classiques et son attitude laxiste à l'égard des nouveaux médias vidéos semblent être largement le fruit d'une évolution historique. Quand il s'est agi en partie de répondre aux arguments invoquant l'inutilité d'appliquer des règles strictes aux nouveaux médias vidéos, la Commission a assoupli les restrictions au cumul de propriété s'appliquant à la radio et à la télévision (26).

S'agissant de la propriété d'un système par un étranger, la Commission est confrontée à des problèmes légaux sensiblement plus complexes. La Section 310 (a) de la loi, interdit à une entreprise étrangère de posséder plus de 25 % des parts d'une station de diffusion américaine ou d'un *common carrier* (27) (*). Ainsi, conformément à ces dispositions, la

una entidad puede poseer (24). Sin embargo, la Comisión se negó a aplicar las restricciones de la acumulación de propiedad en contra de los servicios de MMDS, de LPTV, de DBS o de televisión por cable (25). Teóricamente, una entidad podría poseer todos los servicios de MMDS, DBS y redes de cables de Estados Unidos. Aunque esto no pueda sin duda producirse, es probable que la propiedad de los nuevos medios video tenga un carácter oligopolístico. La posición de « dejar hacer » de la Comisión en lo que concierne a la simple propiedad y a la acumulación de propiedad tendrá sin duda consecuencias importantes en el futuro.

El agudo contraste entre las severas restricciones de la FCC cuando se trata de emisoras de radio o de televisión clásicas y su actitud laxa respecto a los nuevos medios de comunicación video parece ser en buen grado fruto de una evolución histórica. Cuando se trató en parte de responder a los argumentos que invocaban la inutilidad de aplicar reglas estrictas a los nuevos medios video, la Comisión atenuó las restricciones a la acumulación de propiedad que se aplican a la radio y a la televisión (26). Cuando se trató de la propiedad de un sistema por un extranjero, la Comisión se enfrentó a problemas legales sensiblemente más complejos. La Sección 310 (a) de la ley prohíbe a una empresa extranjera la posesión de más del 25 % de las acciones de una emisora de difusión americana o de un common carrier (27) (). Así, según esas*

(24) 47 C.F.R. § 73.636 (1983).

(25) Par ex., *Report and Order*, 52 RR2d 257 (1982).

(26) *Notice of Proposed Rulemaking*, — RR2d — (1983).

(27) 47 U.S.C. § 310 (a) (1976).

(*) NDT : Un *common carrier* est une personne morale ou physique fournissant des services de communication par câble ou par voie hertzienne moyennant rémunération. Il faut préciser que les *common carriers* n'ont pas droit de regard sur le programme qu'ils transportent et que leur tarification est réglementée.

(24) 47 C.F.R. § 73.636 (1983).

(25) Par ejemplo, *Report and Order*, 52 RR2d 257 (1982).

(26) *Notice of Proposed Rulemaking*, — RR2d — (1983).

(27) 47 U.S.C. § 310 (a) (1976).

(*) NDT : Un *common carrier* es una persona moral o física que suministra servicios de comunicación por cable o por vía hertziana contra remuneración. Hay que precisar que los *common carriers* no tienen derecho a controlar el programa que transportan y que su tarificación está reglamentada.

of broadcast stations which a single entity may own (24). Yet the Commission has disavowed multiple ownership restrictions for MMDS, LPTV, DBS or cable (25). In theory, one entity thus could own all MMDS, DBS and cable systems in the United States. Although this may not occur, oligopoly may characterize ownership of the new video media. The Commission's laissez-faire postures on both common and cross-ownership may have significant implications for the future, depending upon how the new video technologies develop.

The sharp contrast between the FCC's strict restrictions on conventional radio or television stations and its relaxed attitude towards the new video media seems to be largely a result of history. After all, the Commission has liberalized its multiple ownership restrictions for radio and television, partially in response to arguments that the new video media make strict multiple ownership rules unnecessary (26).

In terms of alien ownership, the Commission faces a somewhat more complicated legal problem. Section 310 (a) of the Act prohibits a foreign firm from owning more than twenty-five percent of the stock in a U.S. broadcast station or common carrier (27). By its terms, the

(24) 47 C.F.R. § 73.636 (1983).

(25) E.g., *Report and Order*, 52 RR2d 257 (1982).

(26) *Notice of Proposed Rulemaking*, RR2d (1983).

(27) 47 U.S.C. § 310 (a) (1976).

loi ne s'applique pas aux MMDS, DBS, ou à la télévision par câble. (Si ces médias choisissaient d'être considérés comme des télévisions hertziennes ou comme des *Common Carriers* la section 310 (a) s'appliquerait bien sûr).

Si l'objectif de la section 310 (a) est de restreindre le contrôle par des étrangers des mass médias américains, l'exonération actuelle dont bénéficie le câble, le MMDS et le DBS, provoque des situations étranges. Par exemple, une entité étrangère pourrait être propriétaire d'une installation de MMDS louant des chaînes à vocation éducative fonctionnant sur micro-ondes, parce que cet équipement n'est ni un équipement hertzien ni un *Common Carrier*. Cependant la même société ne pourrait pas acquérir plus de 25 % d'une installation classique de MDS à chaîne unique, qui pourrait entrer par ailleurs dans la catégorie des MMDS, parce qu'une installation de MDS à chaîne unique est considérée comme un *Common Carrier*. Dans la mesure où la plupart des systèmes de MMDS cumuleront probablement des chaînes louées à vocation éducative et des stations de MDS à chaîne unique, la situation actuelle porte le germe de discussions interminables. La Commission pourrait résoudre ces difficultés en choisissant d'adopter des restrictions à la propriété par des étrangers qu'elle appliquerait de manière discrétionnaire, ce qu'elle a autrefois proposé pour la télévision par câble (28). Mais elle ne s'est pas montrée disposée à agir en ce sens.

De fait, la Commission a traditionnellement réservé des fréquences de radio et de télévision à des usages éducatifs et non commerciaux (29). Cependant, elle a refusé d'en faire autant pour le DBS (30) ou pour le câble (31). (Il est probable

disposiciones, la ley no se aplica a los MMDS, DBS o a la televisión por cable. (Si esos medios escogieran ser considerados como televisiones hertzianas o como common carriers la Sección 310 (a) se aplicaría evidentemente).

Si el objetivo de la Sección 310 (a) es limitar el control por extranjeros de los medios de comunicación de masa americanos, la exención actual que beneficia al cable, al MMDS y al DBS, provoca situaciones extrañas. Por ejemplo una entidad extranjera podría ser propietaria de una instalación de MMDS que alquila a cadenas de vocación educativa que funcionan en microondas, porque este equipo no es ni un equipo hertziano ni un common carrier. Sin embargo la misma sociedad no podría comprar más del 25 % de una instalación clásica de MDS de cadena única, que por otro lado podría entrar en la categoría de las MMDS, porque una instalación de MDS de cadena única está considerada como common carrier. En la medida en que la mayoría de los sistemas de MMDS acumularán probablemente cadenas alquiladas de vocación educativa y emisoras de MDS de cadena única, la situación actual entraña el germen de discusiones interminables. La Comisión podría resolver esas dificultades escogiendo adoptar restricciones a la propiedad por los extranjeros, que aplicaría de modo discrecional, como propuso en tiempos para la televisión por cable (28). Pero no se ha mostrado dispuesta a actuar en ese sentido.

De hecho la Comisión ha reservado tradicionalmente frecuencias de radio y de televisión para utilizaciones educativas y no comerciales (29). Sin embargo, se negó a hacer lo mismo para el DBS (30) o para el cable (31). (Es probable que las ins-

(28) Notice of Proposed Rule Making, 56 FCC 2d 159 (1975).

(29) 47 C.F.R. § 73.606 (1983).

(30) Report and Order, 51 RR2d 1341, 1347-1348 (1982).

(31) Memorandum Opinion & Order, 49 RR2d 1696 (1981).

(28) Notice of Proposed Rule Making, 56 FCC 2d 159 (1975).

(29) 47 C.F.R. § 73.606 (1983).

(30) Report and Order, 51 RR2d 1341, 1347-1348 (1982).

(31) Memorandum Opinion & Order, 49 RR2d 1696 (1981).

statute thus does not govern MMDS, DBS, or cable. (If these media elected to operate as broadcasters or carriers, of course, Section 310 (a) would apply.)

If Section 310 (a)'s goal is to restrict foreign control of the U.S. mass media, the current exemption of cable, MMDS, and DBS creates some strange situations. For example, a foreign entity could own an MMDS operation with leased educational microwave channels, because these facilities are neither broadcasters nor carriers. On the other hand, the same company could not acquire more than twenty-five percent of a traditional single-channel MDS operation — which might be folded into an MMDS operation — because the single-channel MDS operation is a common carrier. Since most MMDS systems probably will combine leased educational channels with existing single-channel MDS stations, the present situation has the potential for endless mischief. The Commission could resolve these anomalies by adopting alien ownership restrictions as a matter of discretion — which it once proposed to do for cable television (28) — but has shown no inclination to act.

Finally, the Commission traditionally has reserved both radio and television frequencies for educational and non-commercial uses (29). It has declined to do so, however, for DBS (30) or cable (31). (MMDS

(28) Notice of Proposed Rule Making, 56 FCC 2d 159 (1975).

(29) 47 C.F.R. § 73.606 (1983).

(30) Report and Order, 51 RR2d 1341, 1347-1348 (1982).

(31) Memorandum Opinion & Order, 49 RR2d 1696 (1981).

que les installations de MMDS loueront des chaînes micro-ondes à vocation éducative, y apportant ainsi une composante éducative; comme la Commission impose d'ores et déjà à des chaînes de télévision hertzienne de se consacrer à des usages non commerciaux, il est logique que cette obligation s'applique aux LPTV (32).

Apparemment, la Commission estime que les stations de télévision publique en place fournissent suffisamment de programmes éducatifs. Bien que ce raisonnement ne prenne pas en considération le fait que de nombreuses stations de télévision publique disposent d'équipements de diffusion de faible qualité et couvrent de petits territoires, il présente une valeur théorique. Il ignore cependant le fait que le financement de la télévision publique décroît de façon régulière. La seule réponse de la Commission à ce problème semble être que les MMDS fourniront un financement aux stations éducatives à micro-ondes en leur louant des canaux (33). Cependant, le montant d'un tel financement est vraisemblablement insuffisant à moins que l'industrie du MMDS ne s'accroisse de manière significative.

Bien plus, à cause du refus de la FCC, l'obligation de réserver des chaînes à des usages non commerciaux est supportée de manière inégale. La politique de la FCC réduit le nombre de canaux commerciaux accessibles aux télévisions classiques, aux LPTV et STV et en augmente le nombre pour les DBS et les câblo-opérateurs. Dans la mesure où cette politique ne réduit pas le nombre actuel de stations publiques, il n'y a sans doute aucun avantage ni inconvénient à ne pas imposer aux DBS et aux câblo-opérateurs d'offrir des canaux non commerciaux. Mais il est probable que les diffuseurs commerciaux souffriront de ne pas pouvoir utiliser certains canaux de la télévision classique, des STV ou

(32) Report and Order 51 RR2d 476, 490 (1982).

(33) Notice of Proposed Rule Making, 54 RR2d 381, 383 (1983).

talaciones de MMDS alquilarán cadenas microondas de vocación educativa, aportando de ese modo un componente educativo; como la Comisión impone ya a cadenas de televisión hertziana consagrarse a usos no comerciales, es lógico que esta obligación se aplique a las LPTV (32).

Aparentemente, la Comisión estima que las emisoras de televisión pública que funcionan ya suministran suficientes programas educativos. Aunque ese razonamiento no tenga en cuenta que numerosas emisoras de televisión pública disponen de equipos de difusión de poca calidad y cubren pequeños territorios, presenta un valor teórico. Ignora sin embargo el hecho de que la financiación de la televisión pública disminuye constantemente. La única respuesta de la Comisión a ese problema parece ser que los MMDS ofrecerán un financiamiento a las emisoras educativas a microondas alquilándoles canales (33). Sin embargo, el alcance de tal financiamiento es probablemente insuficiente a menos que la industria del MMDS aumente de modo sensible.

Además, a causa de la negación de la FCC, la obligación de reservar cadenas para usos no comerciales se aplica de modo desigual. La política de la FCC reduce el número de canales comerciales accesibles a las televisiones clásicas, a las LPTV y STV y aumenta su número para los DBS y los operadores de cable. En la medida en que esta política no reduce el número actual de emisoras públicas, no hay sin duda ventaja alguna, ni inconveniente, en no imponer a los DBS y a los operadores de cable que ofrezcan canales no comerciales. Pero es probable que los difusores comerciales sufrirán por no poder utilizar determinados canales de la televisión clásica, de STV o LPTV para difundir programas

(32) Report and Order 51 RR2d 476, 490 (1982).

(33) Notice of Proposed Rule Making, 54 RR2d 381, 383 (1983).

operations presumably will lease educational microwave channels, thus building in an educational component; and since a number of television broadcast channels already are assigned to non-commercial uses, the present reservation of non-commercial frequencies is inherent in LPTV (32).

The Commission's reasoning seems to be that existing public television stations provide enough educational programming. Although this rationale does not consider the fact that many public stations have poor transmission facilities and small coverage areas, it has some abstract validity. Unfortunately, however, it ignores the fact that public television funding is declining steadily. The Commission's only response to this problem seems to be that MMDS will provide funding for educational microwave stations, by leasing channels from them (33). The amount of such funds is likely to be quite insubstantial, however, unless the MMDS industry grows significantly.

Moreover, the Commission's refusal to reserve non-commercial allocations distributes unequally the burden of providing non-commercial television channels. The Commission's policy reduces the number of commercial channels available to conventional, LPTV or STV broadcasters, and increases the number available to DBS and cable operators. Since this does not reduce the present number of public stations, there may be no advantages or disadvantages in relieving DBS and cable operators from offering non-commercial channels. But some potential commercial broadcasters might suffer by not being able to use conventional, STV or LPTV channels for advertiser-supported and pay programming. The FCC thus has not been consistent in its ownership

(32) Report and Order 51 RR2d 476, 490 (1982).
(33) Notice of Proposed Rule Making, 54 RR2d 381, 383 (1983).

des LPTV pour diffuser des programmes financés par la publicité ou des programmes payants. Ainsi, s'agissant de la propriété des nouvelles technologies vidéos, la FCC n'a pas eu une politique cohérente. Les raisons tiennent d'une part à des problèmes juridiques et d'autre part à l'histoire. Si la Commission devait au moins procéder à quelques changements majeurs, concernant par exemple la propriété par des étrangers, il lui faudrait proposer une réforme de la loi.

C. — COMPETENCE DE LA COMMISSION

Selon le *Communications Act*, la FCC dispose d'au moins cinq types de compétence réglementaire. En premier lieu, le titre II de la loi confère à la Commission le pouvoir de réglementer tout *common carrier*, notion définie de façon sibylline comme un *common carrier* offrant un service de communications rémunéré pour les liaisons entre Etats ou vers l'étranger (34). La notion de base de *common carriage* est relativement plus simple. Elle tient à la distinction faite selon que le fonctionnement de l'entreprise repose sur des choix commerciaux ou que la loi lui impose l'obligation de fournir un service à tout client dès lors qu'il remplit des conditions déterminées. Les types les plus courants de *common carrier* sont les compagnies de téléphone.

Deuxièmement, la Commission régit, selon le titre III de la loi, l'usage de « tout appareil servant à la transmission d'énergie, de communications, ou de signaux par radio... » (35). Cette compétence se divise en trois sous-catégories distinctes.

La plus connue bien sûr est la réglementation des stations de diffusions hertziennes et certaines dispositions du titre III s'appliquent seulement aux diffuseurs hertziens, comme la *Fairness Doctrine* qui

(34) 47 U.S.C. § 153 (h) (1976).
(35) 47 U.S.C. § 301 (1976).

financiados por la publicidad o programas de pago. Así pues, en lo relativo a la propiedad de las nuevas tecnologías video, la FCC no ha tenido una política coherente. Las causas se deben por un lado a problemas jurídicos y por el otro a la historia. Si la Comisión tuviera que proceder a algunos cambios importantes, como por ejemplo sobre la propiedad por extranjeros, tendría que proponer una reforma de la ley.

C. — COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

Según la *Communications Act*, la FCC dispone de al menos cinco tipos de competencia reglamentaria. En primer lugar, el título II de la ley confiere a la Comisión el poder de reglamentar todo *common carrier*, noción definida de forma sibyllina como un *common carrier* que ofrece un servicio de comunicaciones remunerado para enlaces entre Estados o hacia el extranjero » (34). La noción básica de *common carriage* es relativamente más sencilla. Reside en la distinción que se hace según que el funcionamiento de la empresa se base en consideraciones comerciales o que la ley le imponga la obligación de prestar un servicio a cualquier cliente si cumple determinadas condiciones. Los tipos de *common carriers* más corrientes son las compañías telefónicas.

En segundo lugar, la Comisión rige, según el título III de la ley, el uso de « cualquier aparato que sirva para la transmisión de energía, de comunicaciones, o de señales por radio... » (35). Esta competencia se divide en tres subcategorías distintas. La más conocida es, claro está, la reglamentación de las emisoras de difusión hertziana y determinadas disposiciones del título III se aplican solamente a los difusores hertziños, como la doctrina de imparcialidad (*fairness doctrine*) que im-

(34) 47 U.S.C. § 153 (h) (1976).
(35) 47 U.S.C. § 301 (1976).

policies for the new video technologies. The reasons lie partially with statutory problems and partially with history. If the Commission were to make at least some major changes — e.g., as to alien ownership — it would need to seek amendments to the Act.

C. — JURISDICTIONAL BASES

Under the *Communications Act*, the FCC has at least five different types of regulatory jurisdiction. First, Title II of the Act gives the Commission power over any "common carrier" — a term which is defined rather circularly as "a common carrier for hire in interstate or foreign communication..." (34). The basic notion of common carriage is comparatively simple, focusing on whether a firm either holds itself out by its business practices or is required by law to provide transmission services to any properly qualified customer. The most common types of communications common carriers are telephone companies.

Second, the Commission also has jurisdiction under Title III of the Act over the use of "any apparatus for the transmission of energy or communications or signals by radio..." (35). This jurisdiction in turn breaks down into three distinct subcategories. The most well-known is regulation of broadcast stations, of course, and some Title III provisions apply only to broadcasters — such as the *fairness doctrine's* requirement

(34) 47 U.S.C. § 153 (h) (1976).
(35) 47 U.S.C. § 301 (1976).

impose un droit de réponse en cas d'attaques personnelles ou quand il y a confrontation entre des points de vue opposés, ou des discussions sur des problèmes controversés. D'autre part, le titre III impose une autorisation pour tout usage du spectre prévu au titre II comme *common carrier*. Enfin, le titre III donne à la Commission pouvoir de réglementer les utilisations du spectre qui ne constituent ni une diffusion de programmes ni du *common carriage*, à savoir les téléphones mobiles, les circuits institutionnels à micro-ondes, sous l'appellation générale de « radios privées ».

La FCC enfin a un type de pouvoir très imprécis, implicite ou résiduel sur les activités qui ne sont expressément prévues ni dans le titre II ni dans le titre III. L'exemple le plus représentatif de ce type de pouvoir est la compétence de la Commission « raisonnablement subsidiaire » sur la télévision par câble. Bien que l'étendue de cette compétence ne soit pas claire, elle apparaît totalement distincte, bien qu'en découlant des autres compétences de la Commission (36). (Comme on le verra plus loin (37), on peut s'interroger sur les conséquences de la nouvelle législation du câble sur la compétence résiduelle de la FCC).

La classification choisie par la FCC a un impact significatif sur le statut légal d'un médium. Si un médium est considéré comme un diffuseur hertzien, il est soumis à une grande variété d'obligations réglementaires qui vont du droit de réponse prévu par la *Fairness Doctrine* jusqu'à l'identification du sponsor (38). Par ailleurs, la classification de *common carrier* impose à l'opérateur de soumettre sa tarification, et le rend en tout cas susceptible d'être justiciable d'une réglementation de ses bénéfices (39).

(36) *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968).

(37) Voir développements *infra* note (60).

(38) 47 U.S.C. §§ 315, 317 (1976).

(39) 47 U.S.C. § 214 (1976).

pone un derecho de réplica en caso de ataques personales o cuando hay confrontación entre puntos de vista opuestos, o discusiones sobre problemas controvertidos. Por otro lado, el título III impone una autorización para cualquier uso del espectro electromagnético previsto en el título II como common carrier. Finalmente, el título III da a la Comisión poder para reglamentar las utilidades del espectro que no constituyen ni una difusión de programas ni common carriage, a saber los teléfonos móviles, los circuitos institucionales a microondas, bajo la denominación general de « radios privadas ».

La FCC tiene en fin un tipo de poder muy impreciso, implícito o residual sobre las actividades que no están previstas expresamente ni en el título II ni en el título III. El ejemplo más representativo de ese tipo de poder es la competencia de la Comisión, « razonablemente subsidiaria », sobre la televisión por cable. Aunque la extensión de esta competencia no esté clara, aparece distintamente, si bien se deriva de las demás competencias de la Comisión (36). (Como se verá más adelante (37), cabe interrogarse sobre las consecuencias de la nueva legislación del cable sobre la competencia residual de la FCC).

La clasificación escogida por la FCC tiene gran impacto sobre el estatuto legal de un medio de comunicación. Si un medio es considerado como difusor hertziano, está sometido a una gran variedad de obligaciones reglamentarias que van del derecho de réplica previsto por la fairness doctrine hasta la identificación del que financia (38). Por otro lado, la clasificación como common carrier impone al operador someter la tarificación y éste es susceptible en cualquier caso de tener que justificar sus beneficios (39).

(36) *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968).

(37) Ver discusión en nota (60), *infra*.

(38) 47 U.S.C. §§ 315, 317 (1976).

(39) 47 U.S.C. § 214 (1976).

of reply time to personal attacks or opposing points or view on controversial issues. In addition, a license is necessary under Title III for any Title II common carrier spectrum use. Moreover, Title III gives the Commission jurisdiction over spectrum uses which are neither broadcasting nor common carriage — e.g., mobile telephones, institutional microwave circuits — under the general label of “private radio”.

Finally, the FCC has a very vague type of implied or residual power over activities which are not squarely within either Title II or Title III. The most significant example of this type of jurisdiction is the Commission's “reasonably ancillary” jurisdiction over cable television. Although the extent of this authority is unclear, it appears to be totally separate from — albeit implied by — the Commission's other jurisdiction (36). (As discussed later (37), the impact of the new cable television legislation on the FCC's residual jurisdiction is subject to question.)

The FCC's choice of a jurisdictional basis has a significant impact on a medium's legal status. If a medium is classified as broadcasting, it becomes subject to a wide variety of statutory requirements, ranging from reply time under the fairness doctrine to sponsorship identification (38). On the other hand, classification as a common carrier requires an operator to file tariffs, and at least potentially subjects it to rate-of-return regulation (39).

(36) *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968).

(37) See discussion in text at n. 60, *infra*.

(38) 47 U.S.C. §§ 315, 317 (1976).

(39) 47 U.S.C. § 214 (1976).

Le statut de radio privée est donc intéressant puisqu'il permet à un médium d'échapper aux obligations des *common carriers* et des diffuseurs hertziens.

Les distinctions entre *common carriers*, diffuseurs hertziens et services de radios privées, étaient traditionnellement claires. De fait, la diffusion hertzienne (comme la radio AM) et le *common carriage* (comme le téléphone et le télégraphe) existent depuis environ cinquante ans, époque à laquelle la loi a été rédigée. Quand la Commission a commencé à réglementer la télévision par câble au milieu des années 60, elle a été confrontée à des problèmes sensiblement plus complexes. Le câble n'était bien sûr pas prévu par les titres II ou III, puisqu'il n'était pas accessible à tous, et n'utilisait pas non plus le spectre électromagnétique. Néanmoins, la Commission éluda la question en traitant le câble comme un « hybride » (40).

Récemment la Cour d'Appel du District de Columbia a semblé limiter le pouvoir discrétionnaire de la FCC en ce qui concerne la classification des nouveaux médias vidéos. Dans *National Association of Broadcasters (NAB) c. FCC* (41), la Circuit Court du District de Columbia a décidé que la Commission ne pouvait pas refuser de considérer les opérateurs de DBS ou leurs clients comme des diffuseurs hertziens, les soumettant ainsi à l'ensemble des règles d'équité, d'égalité de temps d'antenne et aux obligations traditionnelles des diffuseurs hertziens. La Cour a estimé que puisque « les systèmes de DBS transmettent directement les signaux aux foyers pour que ces signaux soient reçus par le public, de telles transmissions rentrent ainsi clairement dans la définition de la diffusion hertzienne... » (42). Bien plus, la Cour a considéré

El estatuto de radio privada es pues interesante puesto que permite a un medio de comunicación escapar a las obligaciones de los common carriers y de los difusores hertzianos.

Las distinciones entre common carriers, difusores hertzianos y servicios de radio privados eran tradicionalmente claras. De hecho, la difusión hertziana (como la radio AM) y el common carriage (como el teléfono y el telegrafo), existen desde hace unos cincuenta años, época en la que se redactó la ley. Cuando la Comisión empezó a reglamentar la televisión por cable a mediados de los años 60, tuvo que afrontar problemas notablemente más complejos. El cable no estaba, claro está, previsto por los títulos II o III, ya que no era accesible a todos y tampoco utilizaba el espectro electromagnético. Sin embargo, la Comisión eludió la cuestión tratando el cable como « híbrido » (40).

Recientemente el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia parece haber limitado el poder discrecional de la FCC en lo referente a la clasificación de los nuevos medios de comunicación video. En el pleito National Association of Broadcasters (NAB) c. FCC (41), ese tribunal decidió que la Comisión no podía negarse a considerar a los operadores de DBS o a sus clientes como difusores hertzianos, sometiéndoles así al conjunto de las reglas de imparcialidad, de igualdad de tiempo en antena y a las obligaciones tradicionales de los difusores hertzianos. El Tribunal estimó que puesto que « los sistemas de DBS transmiten directamente las señales a los hogares para que esas señales sean recibidas por el público, tales transmisiones entran así claramente en la definición de la difusión hertziana... » (42). Además, el Tribunal consideró que

(40) *Cable Television Report and Order*, 36 FCC 2d 143 (1972).
(41) 740 F.2d 1190 (D.C. Cir. 1984).
(42) *Id.*

Private radio status therefore is attractive, since it insulates a medium from both common carriage and broadcasting requirements.

The distinctions between common carriers, broadcasters, and private radio services traditionally were clear. After all, both broadcasting (in the form of AM radio) and common carriage (in the form of telephone and telegraph) had existed for between one and five decades when the Act was passed. When the Commission embarked upon regulation of cable television in the mid-1960s, it faced a somewhat more complicated problem. Cable obviously did not fit into either Title II and III, since it neither held itself out to the public nor used the electromagnetic spectrum. Nevertheless, the Commission dodged the question by treating cable as a "hybrid" (40).

The District of Columbia Circuit Court of Appeals recently seemed to limit the FCC's discretion in choosing jurisdictional bases for the new video media. In *National Association of Broadcasters v. FCC* (41), the D.C. Circuit held that the Commission could not refuse to regulate either DBS operators or their customers as broadcasters — thus subjecting them to the full panoply of fairness, equal time, and other traditional broadcast regulations. The court reasoned that since "DBS systems transmit signals directly to homes with the intent that those signals be received by the public such transmissions rather clearly fit the definition of broadcasting..." (42). Moreover, it went on to note that "DBS does

(40) *Cable Television Report and Order*, 36 FCC 2d 143 (1972).
(41) 740 F.2d 1190 (D.C. Cir. 1984).
(42) *Id.*

que la « la Commission n'a pas toute latitude pour réglementer à sa convenance les DBS » (43). En même temps, la Cour a rejeté la tendance à considérer les MDS comme un *common carrier*, en suggérant que la classification initiale de MDS par la Commission était peut être inadéquate (44). En fait, l'affaire *NAB* suscite un doute considérable quant à la classification de la FCC, non seulement pour les DBS mais aussi pour les MMDS et les autres nouveaux médias vidéos.

Avant la décision *NAB*, la Commission avait adopté une position de neutralité à l'égard des nouveaux médias vidéos autres que le câble, en traitant la plupart d'entre eux comme des services de radios privées. Dans une très large mesure la Commission a sans doute réagi contre les problèmes qu'elle s'était créée à elle-même dans le passé en choisissant hâtivement des classifications réglementaires pour le MDS et le STV avant que l'on puisse prévoir leur développement futur (45).

Précisément en raison de ces décisions antérieures, la Commission se trouve confrontée à un ensemble réglementaire composite dans le domaine des nouveaux médias vidéos. La Cour Suprême ayant estimé que le câble n'était pas un *common carrier* elle lui reconnaît toujours un statut hybride.

D'autre part, le MDS chaîne unique est réglementé incomplètement comme un *common carrier*; bien que s'impose à lui l'obligation de soumettre sa tarification, il n'est pas soumis à la réglementation concernant ses bénéfices (46). Le fondement de la classification du MDS comme un *common carrier* est quelque peu difficile mais semble principalement dû au fait que les fréquences du MDS étaient auparavant

(43) 740 F.2d 1190 (D.C. Cir. 1984).

(44) *Id.*

(45) *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630 (D.C. Cir.), cert. denied, 425 U.S. 992 (1976).

(46) 47 C.F.R. § 21.900 (1983).

« la Comisión no tiene toda latitud para reglamentar los DBS a su conveniencia » (43). Al mismo tiempo, el Tribunal rechazó la tendencia a considerar los MDS como un *common carrier*, sugiriendo que la clasificación inicial de MDS por la Comisión era quizás inadecuada (44). De hecho, el pleito *NAB* suscita una duda considerable sobre la clasificación de la FCC, no sólo para los DBS sino también para los MMDS y los demás nuevos medios vídeo.

Antes del fallo *NAB*, la Comisión había adoptado una posición de neutralidad con respecto a los nuevos medios vídeo distintos del cable, tratando la mayoría de ellos como servicios de radios privadas. En gran medida la Comisión ha reaccionado sin duda contra los problemas que se había creado a sí misma en el pasado escogiendo precipitadamente clasificaciones reglamentarias para el MDS y el STV antes de que se pudiera prever su futuro desarrollo (45).

A causa precisamente de esas decisiones anteriores, la Comisión se encuentra frente a un conjunto reglamentario muy variado a causa del extenso campo de los nuevos medios de comunicación vídeo. Habiendo reconocido el Tribunal Supremo que el cable no era un *common carrier*, la FCC continúa reconociéndole un estatuto híbrido.

Por otra parte el MDS de cadena única está reglamentado de modo incompleto como *common carrier*; aunque se le imponga la obligación de someter su tarificación, no está supeditado a la reglamentación sobre los beneficios (46). El fundamento de la clasificación del MDS como *common carrier* es algo difícil pero parece debido principalmente al hecho de que las frecuencias del MDS

(43) 740 F.2d 1190 (D.C. Cir. 1984).

(44) *Id.*

(45) *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630 (D.C. Cir.), cert. denied, 425 U.S. 992 (1976).

(46) 47 C.F.R. § 21.900 (1983).

not give the Commission a blank check to regulate DBS in any way it 'deems fit' (43). At the same time, the court rejected analogies to regulation of MDS as a *common carrier*, suggesting that the Commission's initial classification of MDS may have been misconceived (44). As a result, the *NAB* decision casts considerable doubt on the FCC's treatment not only of DBS, but also of MMDS and the other new video media.

Before the *NAB* decision, the Commission had taken a hands-off position with the new video media other than cable, treating most of them as private radio services. To a very great extent, the Commission may have reacted to the problems which it created for itself in the past by hastily selecting regulatory classifications for MDS and STV before their development was clear (45).

Precisely because of its past decisions, however, the Commission faces a mixture of regulatory modes for the new video media. Since the Supreme Court has held cable not to be a *common carrier*, it retains its hybrid status. On the other hand, single-channel MDS is a loosely regulated *common carrier*; although it must file tariffs, it is not subject to rate of return regulation (46). The rationale behind MDS' classification as a *common carrier* is a bit murky, but it seems to be based solely upon the fact that MDS frequencies previously had been designated

(43) 740 F.2d 1190 (D.C. Cir. 1984).

(44) *Id.*

(45) *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630 (D.C. Cir.), cert. denied, 425 U.S. 992 (1976).

(46) 47 C.F.R. § 21.900 (1983).

utilisées par les *common carriers* (47). D'autre part, bien que les STV et les LPTV soient des diffuseurs hertziens, la LPTV n'est soumise qu'à un nombre restreint de règles classiques concernant la diffusion hertzienne, elle n'est pas astreinte à l'obligation de fournir un service aux municipalités, et peut échapper aux obligations qui découlent de la *Fairness Doctrine* et du principe d'égalité du temps d'antenne (48). Dans la mesure où toutes les chaînes de STV et de nombreuses LPTV diffusent le même programme payant — qui provient souvent du même réseau national — que la MMDS, la valeur de la distinction opérée ainsi est discutable. Comme on l'a dit pour le MDS la décision de la FCC relative à la détermination du régime réglementaire applicable a sans doute trouvé son premier fondement dans le fait que les STV et LPTV occupent des fréquences qui étaient auparavant attribuées à des chaînes de diffusion hertzienne classique.

A l'inverse s'agissant des services comme le DBS et le MMDS la commission n'avait pas l'obligation de suivre la ligne tracée par ses décisions antérieures et elle s'est abstenue d'imposer toute classification. Selon la nature de leurs activités, les opérateurs de DBS peuvent être par conséquent considérés comme des *common carriers* ou comme des services de radios privées (49). De même les opérateurs de MMDS seraient classés comme des services de radios privées et ce, bien qu'ils puissent être réglementés comme des diffuseurs hertziens ou comme des *common carriers* s'ils fonctionnaient en tant que tels, en fournissant, par exemple, un service de transmission de données (50). Bien que le statut de radios privées

eran antes utilizadas por los *common carriers* (47). Por otro lado, aunque las STV y las LPTV sean difusores hertzianos, la LPTV no está sometida más que a un limitado número de reglas clásicas relativas a la difusión hertziana, no está obligada a suministrar un servicio a las municipalidades, y puede eludir las obligaciones que se derivan de la doctrina de imparcialidad y del principio de igualdad de tiempo de antena (48). En la medida en que todas las cadenas de STV y de numerosas LPTV difunden el mismo programa de pago — procedente a menudo de la misma red nacional que el MMDS, la validez de la distinción que así se hace es discutible. Como quedó dicho para la MDS, la decisión de la FCC sobre la determinación del régimen reglamentario aplicable encontró sin duda su primer fundamento en el hecho de que las STV y LPTV ocupan frecuencias que estaban antes distribuidas a cadenas de difusión hertziana clásica.

Por el contrario, al tratar de los servicios como DBS y MMDS la Comisión no tenía la obligación de seguir la línea trazada por sus decisiones anteriores y se abstuvo de imponer cualquier clasificación. Según la índole de sus actividades los operadores de DBS pueden por consiguiente ser considerados como *common carriers* o como servicios de radios privadas (49). Del mismo modo los operadores de MMDS estarían clasificados como servicios de radios privadas, aunque puedan estar reglamentados como difusores hertzianos o como *common carriers* si funcionan como tales, prestando, por ejemplo, un servicio de transmisión de datos (50). Aunque el estatuto de radios privadas sea apropiado para

(47) Report and Order, 29 R.R.2d 382 (1974).

(48) Report and Order, 51 RR2d 476, 518-510 (1982).

(49) Report and Order, 51 RR2d 1341, 1366-1367 (1982).

(50) Report and Order, 54 RR2d 107, 140 (1983).

for common carrier purposes (47). On the other hand, STV and LPTV are broadcasters; but LPTV is subject to few conventional broadcasting rules, need not provide community service, and may be exempt from the fairness and equal opportunities doctrines (48). Since all STV stations and many LPTV stations provide the same pay programming as — and often from the same national networks as — MMDS, the basis for the distinction seems questionable. As with MMDS, the FCC's decision as to regulatory classification may have been based primarily upon the fact that STV and LPTV use frequencies previously allocated to conventional television broadcast stations.

With new services such as DBS and MMDS, however, the Commission was not constrained to follow its own prior decisions, and has refrained from imposing any regulatory classifications. Depending upon the nature of their activities, DBS operators thus may be broadcasters, common carriers, or private radio services (49). Similarly, MMDS operators would be classified as private radio services, although they might be regulated as either broadcasters or carriers if they operated as such — for example, by providing data transmission capability (50). Although private radio status may be appropriate for MMDS in

(47) Report and Order, 29 R.R.2d 382 (1974).

(48) Report and Order, 51 RR2d 476, 518-510 (1982).

(49) Report and Order, 51 RR2d 1341, 1366-1367 (1982).

(50) Report and Order, 54 RR2d 107, 140 (1983).

soit adéquat pour le MMDS à ses débuts, il est possible qu'il entraîne l'application aux opérateurs de MMDS à la fois du statut de radios privées et de *common carriers*. Le MMDS à chaîne unique conserve quant à lui son statut traditionnel de *common carrier* et il est probable que la plupart des opérateurs de MMDS cumuleront des stations de MDS à chaîne unique, des installations de MMDS ayant été récemment autorisées et des chaînes louées à vocation éducative.

Enfin, il est possible que de récents amendements apportés au *Communications Act* entraînent l'application du statut de *common carrier* à quelques-uns au moins des services que fournissent les nouvelles technologies vidéo. La section 331 (c) (1) de la loi définit comme radio terrestre mobile tout « service fourni par une radio terrestre spécialisée, système de répartition de signaux, radios faisant l'objet de plusieurs autorisations, et tout autre système de même nature » (51). Une nouvelle définition donnée par la loi du « Service mobile » s'applique à tout « service de communications radio existant entre des émetteurs ou récepteurs mobiles et des postes fixes d'une part, et d'autre part aux services radios fonctionnant soit dans un seul sens soit de façon interactive » (52). Ainsi que la Commission le reconnaît (53), cette terminologie inclurait des services comme la fourniture de textes ou de tout autre service offert sur des fréquences résiduelles par une station de télévision, de DBS, de MMDS, de LPTV ou encore de STV (cette nouvelle disposition de la loi est sans doute sans rapport avec la télévision par câble, qui n'est pas susceptible, en raison même de sa technologie, de fournir de tels services).

(51) 47 U.S.C. § 331 (c) (1) (Supp. 1984).

(52) 47 U.S.C. § 153 (n) (Supp. 1984).

(53) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 141-142 (1983).

el MMDS en sus comienzos, es posible que acarree la aplicación a los operadores de MMDS del estatuto de radios privadas y de common carriers a un tiempo. El MMDS de cadena única conserva por su parte su estatuto tradicional de common carrier y es probable que la mayoría de los operadores de MMDS acumularán emisoras de MDS de cadena única, instalaciones de MMDS recientemente autorizadas y cadenas locales de vocación educativa.

Finalmente, es posible que unas recientes enmiendas introducidas en la Communications Act provoquen la aplicación del estatuto de common carrier a por lo menos algunos de los servicios que facilitan las nuevas tecnologías video. La sección 331 (c) (1) de la ley define como radio terrestre móvil todo « servicio prestado por una radio móvil terrestre especializada, sistema de distribución de señales radio que sea objeto de varias autorizaciones y cualquier otro sistema de la misma índole » (51). Una nueva definición dada por la ley del « servicio móvil » se aplica a « cualquier servicio de comunicaciones radio existente entre emisoras o receptores móviles y puestos fijos por un lado, y por el otro a los servicios radio que funcionan sea en un sólo sentido, sea de modo interactivo » (52). Como lo reconoce la Comisión (53) esta terminología incluiría servicios como el suministro de textos o de cualquier otro servicio ofrecido sobre frecuencias residuales por una emisora de televisión, de DBS, de MMDS, de LPTV o hasta de STV (esta nueva disposición de la ley no tiene sin duda relación con la televisión por cable, que no es susceptible, por su propia tecnología, de prestar tales servicios).

(51) 47 U.S.C. § 331 (c) (1) (Supp. 1984).

(52) 47 U.S.C. § 153 (n) (Supp. 1984).

(53) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 141-142 (1983).

its formative years, it might subject MMDS operators to both private radio and common carrier regulation. Single-channel MDS retains its traditional common carrier status, and most MMDS operators are likely to combine existing single-channel MDS stations, newly authorized MMDS facilities, and leased educational channels.

Finally, recent amendments to the Communications Act may impose common carrier status on at least some of the new video technologies' activities. Section 331 (c) (1) of the Act classifies as land mobile radio any "service provided by specialized mobile radio, multiple licensed radio dispatch systems and all other radio dispatch systems" (51). A new statutory definition of "mobile service" includes any "radio communications services carried on between mobile stations or receivers and land stations... and... both one-way and two-way radio services" (52). As the Commission recognizes (53), the statutory language would include a paging or other service offered on a subcarrier by a television, DBS, MMDS, LPTV or STV station. (The new provision presumably is irrelevant to cable television, which is technologically incapable of offering the services).

(51) 47 U.S.C. § 331 (c) (1) (Supp. 1984).

(52) 47 U.S.C. § 153 (n) (Supp. 1984).

(53) *Report and Order*, 54 RR2d 107, 141-142 (1983).

La position attentiste de la Commission est compréhensible. Elle n'en manque pas moins de cohérence. Certaines des différences de régime n'ont pas une incidence importante dans la réalité. Par exemple, il est probable que la Commission n'appliquera jamais la *Fairness Doctrine* aux stations de LPTV bien que techniquement, il s'agisse de diffuseurs hertziens (54). D'autres éléments sont susceptibles en revanche d'avoir une incidence plus grande, notamment en matière d'investissements. Par exemple le risque d'avoir à se soumettre à une réglementation des bénéfices est de nature à dissuader les entrepreneurs de s'engager dans un service de *common carriers*.

Les problèmes essentiels sont d'ordre historique et législatif. Si la Commission avait l'intention de maintenir les STV et le LPTV dans la catégorie des diffuseurs et en même temps de leur accorder un statut réglementaire comparable aux DBS et MMDS, il lui faudrait demander l'abrogation de plusieurs dispositions de l'acte — notamment de la *Fairness Doctrine* et de la règle d'égalité de temps d'antenne. C'est si vrai que la Commission a d'ores et déjà proposé l'élimination de la *Fairness Doctrine*, proposition d'ailleurs accueillie assez froidement au Congrès (55). Pour l'instant, ni la *Fairness Doctrine* ni la règle d'égalité de temps d'antenne ne paraissent en danger essentiellement en raison du support dont elles disposent auprès des groupes de défense du public, et des élus — ces derniers ont bien entendu une tendance marquée à préserver leur droit à s'exprimer librement et à peu de frais sur les ondes.

En outre, l'abrogation de la section 331 (c) de l'acte serait probablement nécessaire pour éviter que les nouveaux médias vidéos ne tom-

(54) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(55) Par ex., J. Stern & E.G. Krasnow, *The New Video Marketplace and the Impending Identity Crisis* (1985).

La política de espera de la Comisión es comprensible. Pero no deja de faltarle coherencia. Algunas de las diferencias de régimen no tienen gran importancia en la realidad. Por ejemplo es probable que la Comisión no aplicará nunca la doctrina de imparcialidad a las emisoras de LPTV aunque se trate técnicamente de difusores hertzianos (54). Hay otros elementos que por el contrario son susceptibles de tener mayor influencia, en particular en materia de inversiones. Por ejemplo el riesgo de tener que someterse a una reglamentación de los beneficios es capaz de disuadir a los empresarios de invertir en un servicio de *common carriers*.

Los problemas esenciales son de orden histórico y legislativo. Si la Comisión tuviera intención de mantener a las STV y el LPTV en la categoría de los difusores e incluso de concederles un estatuto reglamentario comparable a los DBS y MMDS, tendría que pedir la abrogación de varias disposiciones de la ley — en particular de la doctrina de imparcialidad y de la regla de igualdad de tiempo de antena. Esto es tan cierto que la Comisión ha propuesto ya la eliminación de la doctrina de imparcialidad, lo que ha recibido una acogida bastante fría por parte del Congreso (55). Por el momento, ni la doctrina de imparcialidad ni la regla de igualdad de tiempo de antena parecen correr peligro, a causa esencialmente del apoyo de que disponen por parte de los grupos de defensa del público, y de los políticos elegidos — estos últimos tienen claro está una marcada tendencia a preservar su derecho a expresarse en las ondas libremente y con poco gasto.

Además, la abrogación de la sección 331 (c) de la ley sería probablemente necesaria para evitar que los nuevos medios video caigan bajo

(54) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(55) E.g., J. Stern & E.G. Krasnow, *The New Video Marketplace and the Impending Identity Crisis* (1985).

The Commission's wait-and-see approach seems to make sense, but not consistency. Some of the disparities may not be terribly significant in terms of their real world impacts. For example, the Commission is quite unlikely ever to apply the fairness doctrine to LPTV stations, even though they technically are broadcasters (54). Other factors may have far greater impacts, however, in terms of investment decisions. For example, the potential threat of rate-of-return regulation might deter entry into a common carrier service.

The basic problems are historical and statutory. If the Commission is to leave STV and LPTV as broadcasters and yet give them regulatory parity with DBS and MMDS, it presumably should seek repeal of several provisions in the Act — including the fairness and equal time doctrines. Indeed, the Commission already has proposed eliminating the fairness doctrine, but has encountered a chilly reception in Congress (55). Neither the fairness doctrine nor the equal opportunities doctrine seems vulnerable at present, because of their substantial backing from both public interest groups and elected officials — the latter of whom naturally have a strong incentive to preserve their right to free or inexpensive air time.

Moreover, repeal of Section 331 (c) of the Act presumably would be necessary in order to keep the new video media free from common

(54) *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(55) E.g., J. Stern & E.G. Krasnow, *The New Video Marketplace and the Impending Identity Crisis* (1985).

bent sous le coup de la réglementation à titre de *common carrier* des services de transmission de textes ou des services analogues; une telle abrogation se heurterait à une violente réaction des utilisateurs de radios terrestres mobiles. En conséquence, il est vraisemblable que dans un futur proche, la Commission sera dans l'incapacité de procéder à une nouvelle classification des médias existants.

Comme l'indique l'application restreinte faite par la Commission de la *Fairness Doctrine* aux LPTV, il est possible que la FCC n'applique pas ces dispositions légales de façon très rigoureuse. Le point de savoir si cette façon de réglementer relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission devra bien entendu être observé dans les suites jurisprudentielles de l'affaire *NAB*.

D. — DOMAINE DE LA COMPETENCE FEDERALE EXCLUSIVE

La question connexe qui se pose est la détermination de l'autorité — i.e. fédérale, étatique ou locale — qui a compétence pour édicter la réglementation. Du point de vue de l'entreprise, cette variété des sources réglementaires a une grande importance en raison notamment de l'existence de constructions réglementaires contradictoires, et d'une réglementation d'une intensité variable. Il faut bien admettre que six mille villes et cinquante états auront plus facilement tendance à mettre en œuvre de nouvelles pratiques réglementaires — et sont plus difficiles à contrôler — qu'une seule et unique agence fédérale (56). Dans un environnement déjà marqué par la dérégulation au niveau fédéral, l'absence de réglementation au plan étatique ou municipal se traduit en réalité par la disparition de toute réglementation, ce qui n'a pas échappé à l'attention des responsables de l'industrie du câble.

(56) Noam, "The Interaction of Federal Deregulation and State Regulation", 9 *Hofstra Law Review* 199 (1980). 57 *Id.* p. 199-206.

la *reglamentación a título de common carrier de los servicios de transmisión de textos o de los servicios análogos; tal abrogación provocaría una reacción violenta de los usuarios de radios terrestres móviles. Por consiguiente, es probable que en un futuro próximo la Comisión sea incapaz de proceder a una nueva clasificación de los medios de comunicación existentes.*

Como lo indica la limitada aplicación por la Comisión de la doctrina de imparcialidad a las LPTV, es posible que la FCC no aplique esas disposiciones legales de modo muy riguroso. El punto de saber si esta manera de reglamentar corresponde al poder discrecional de la Comisión tendrá que observarse evidentemente en las consecuencias que tenga el pleito NAB sobre la jurisprudencia.

D. — CAMPO DE LA COMPETENCIA FEDERAL EXCLUSIVA

La cuestión conexa que se plantea es la determinación de la autoridad — federal, estatal o local, por ejemplo — que tiene competencia para dictar la reglamentación. Desde el punto de vista de la empresa, esta variedad de fuentes reglamentarias tiene gran importancia en particular a causa de la existencia de construcciones reglamentarias contradictorias, y de una reglamentación de intensidad variable. Es forzoso admitir que seis mil ciudades y cincuenta estados tendrán tendencia con mayor facilidad a instaurar nuevas prácticas reglamentarias — y son más difíciles de controlar — que una sola agencia federal (56). En un contexto marcado ya por la desreglamentación a nivel federal, la falta de reglamentación a nivel de los estados o de los municipios se traduce en realidad por la desaparición de toda regla, lo que no ha pasado desapercibido de los responsables de la industria del cable.

(56) Noam, "The Interaction of Federal Deregulation and State Regulation", 9 *Hofstra Law Review* 199 (1980). 57 *Id.* p. 199-206.

carrier regulation of paging and similar services, but would meet stiff opposition from land mobile radio operators. As a result, the Commission probably will be unable to reclassify existing media in the near future.

As its limited application of the fairness doctrine to LPTV indicates, the Commission may not apply these statutory provisions very stringently. Whether this type of administrative law-making is within the Commission's discretion, of course, remains to be seen in the *NAB* case's wake.

D. — DEGREE OF FEDERAL PREEMPTION

A related issue is which level of government — i.e. federal, state, or local — should administer any regulatory scheme. The level of governmental regulation has a very substantial impact upon a firm in terms of inconsistent regulatory schemes and intensity of regulation. After all, six thousand cities and fifty states are considerably more likely to experiment with regulatory policies — and are much more difficult to control — than a single federal agency (56). In a deregulatory federal environment, the absence of state or local regulation effectively translates into no regulation at all — a fact which hardly has escaped the attention of the cable industry.

(56) Noam, "The Interaction of Federal Deregulation and State Regulation", 9 *Hofstra L. Rev.* 199 (1980). 57 *Id.* at 199-206.

A l'exception de la télévision par câble les nouveaux médias vidéo relèvent d'une réglementation fédérale quasiment exclusive. Dans la mesure où les services de STV, MMDS, LPTV et DBS utilisent des transmissions hertziennes entre états, le pouvoir réglementaire de la Commission primera largement sur toute réglementation étatique ou locale. La Commission pourrait vraisemblablement déléguer son pouvoir aux autorités locales ou aux états ; mais elle n'a pas envisagé cette approche, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de la préférence naturelle qu'ont les industries mentionnées ci-dessus pour la réglementation fédérale.

L'exception majeure dans ce courant a été la télévision par câble. Les autorités locales se sont traditionnellement prévaluées de leurs pouvoirs de police et de leur propriété du domaine public pour exiger des câblo-opérateurs qu'ils obtiennent des concessions ou autres types d'autorisations locales avant de construire leurs réseaux (57). Environ une douzaine d'états ont fait usage de leurs pouvoirs généraux de police pour réglementer le câble parfois en collaboration avec les villes, parfois dans le cadre d'une compétence exclusive (58).

Jusqu'à une période récente l'industrie du câble ne s'était pas activement opposée à la mise en œuvre d'une réglementation au niveau des états ou au niveau des villes, sans doute parce qu'elle craignait plus une réglementation fédérale rigoureuse qu'une réglementation locale anarchique. Mais la dérégulation fédérale massive a naturellement incité l'industrie à se prononcer en faveur d'une compétence fédérale exclusive et par conséquent en faveur d'une absence totale de réglementation.

(57) Par ex., New York, N.Y. Charter § 362 (1977).

(58) Cable Television Bureau, FCC, Cable Television Legislation 1982.

Con excepción de la industria del cable, los nuevos medios de comunicación video dependen de una reglamentación federal casi exclusiva. En la medida en que los servicios de STV, MMDS, LPTV y DBS utilizan transmisiones hertzianas entre estados, el poder reglamentario de la Comisión tendrá amplia prioridad sobre cualquier reglamentación estatal o local. La Comisión podría probablemente delegar su poder a las autoridades locales o a los estados ; pero no ha adoptado este enfoque, lo que no es de sorprender teniendo en cuenta la preferencia natural que tienen las mencionadas industrias por la reglamentación federal.

La excepción principal en ese sentido ha sido la televisión por cable. Las autoridades locales se han prevaletido de sus poderes de policía y de su propiedad del dominio público para exigir de los distribuidores por cable que obtengan concesiones u otro tipo de autorización local antes de construir sus redes (57). Una docena de estados aproximadamente ha utilizado sus poderes generales de policía para reglamentar el cable, unas veces en colaboración con las ciudades y otras veces en el marco de una competencia exclusiva (58).

Hasta un periodo reciente la industria del cable no se había opuesto activamente a la puesta en práctica de una reglamentación a nivel de los estados o a nivel de las ciudades, sin duda porque temía más una reglamentación federal rigurosa que una reglamentación local anárquica. Pero la desreglamentación federal masiva ha incitado naturalmente a la industria a pronunciarse en favor de una competencia federal exclusiva y por consiguiente en favor de una total ausencia de reglamentación.

(57) Por ejemplo, New York, N.Y. Charter § 362 (1977).

(58) Cable Television Bureau, FCC, Cable Television Legislation 1982.

With the exception of cable television, the new video media are subject to virtually exclusive federal regulation. Since STV, MMDS, LPTV and DBS use interstate, over-the-air transmissions, the Commission has ample statutory authority to preempt any state and local regulation. To be sure, the Commission presumably could delegate power to local and state authorities. But it has not considered this approach, which is hardly surprising in light of these industries' inherent preferences for federal regulation.

The major exception to this trend has been cable television. Local governments traditionally have used both their police powers and their ownership of the streets to require cable operators to secure franchises or other local authorizations before constructing systems (57). Roughly a dozen states have used their general police powers to regulate cable, sometimes by cooperating with cities and sometimes by preempting them (58).

The cable industry did not actively oppose state or local regulation until recently, apparently because it feared intensive federal regulation more than haphazard local jurisdiction. But massive federal deregulation naturally has provided an incentive for the industry to seek federal preemption — and thus effectively no regulation at all.

(57) E.G., New York, N.Y. Charter § 362 (1977).

(58) Cable Television Bureau, FCC, Cable Television Legislation (1982).

En octobre 1984, le Congrès a voté le *Cable Communications Policy Act* de 1984 qui est l'expression d'un compromis entre la *National Cable Television Association* et la *National League of Cities*. La loi limite le taux de concession à 5 % de la recette brute du câblo-opérateur, interdit la réglementation du prix de l'abonnement sauf dans les zones où il n'existe quasiment pas de possibilités de réception de télévisions hertziennes, garantit largement le renouvellement des concessions, restreint le nombre de canaux utilisables par le public que peuvent exiger les municipalités, et enfin offre aux câblo-opérateurs la possibilité de résilier unilatéralement les clauses des contrats de concession qui mettraient à leur charge des obligations trop lourdes (59).

Comme le *Cable Act* l'indique, la réglementation du câble est irrésistiblement engagée dans le sens d'une réglementation fédérale exclusive. Sans prendre parti sur le point de savoir laquelle des réglementations fédérale étatique ou locale est intrinsèquement plus efficace, force est bien d'admettre que les câblo-opérateurs ont, comme tout autre moyen de communication d'ampleur nationale, besoin d'une réglementation uniforme.

Bien que le fait de placer le câble sous la compétence exclusive fédérale le mette à égalité avec les autres médias vidéos, une différence importante, demeure. Tous les médias, sauf le câble, obtiennent leur autorisation de fonctionnement au niveau fédéral. Même dans un environnement déréglementé le procédé de la concession remplit une fonction importante en permettant à l'agence qui la délivre de contrôler les actes d'une industrie et d'en réglementer les abus. La FCC devrait sans doute envisager de réinstaurer le processus de certification pour le câble afin d'assurer son égalité avec les autres nouveaux médias vidéos. On peut se demander si

(59) 47 U.S.C. § 601 et. seq. (Supp. 1985).

En octubre de 1984, el Congreso votó la *Cable Communications Policy Act* de 1984 que es la expresión de un compromiso entre la *National Cable Television Association* y la *National League of Cities*. La ley limita el porcentaje de la concesión a 5 % de los ingresos brutos del operador de cable, prohíbe la reglamentación del precio de abono salvo en las zonas en que no existen casi posibilidades de recepción de televisiones hertzianas, garantiza ampliamente la renovación de las concesiones, limita el número de canales utilizables por el público que las municipalidades pueden exigir, y ofrece finalmente a los operadores de cable la posibilidad de rescindir unilateralmente obligaciones excesivamente pesadas (59).

Como indica la *Cable Act*, la reglamentación del cable está encauzada irresistiblemente en el camino de una reglamentación federal exclusiva. Sin pronunciarse sobre el extremo de cuál de las dos reglamentaciones, la federal o la estatal, es intrínsecamente más eficaz, es forzoso admitir que los operadores de cable tienen necesidad de una reglamentación uniforme, como cualquier otro medio de comunicación de extensión nacional.

Aunque el hecho de poner el cable bajo la competencia exclusiva federal lo ponga en igualdad de condiciones con los otros medio vídeo, sigue habiendo una diferencia importante, ya que todos los medios, salvo el cable, obtienen su autorización de funcionamiento a nivel federal. Incluso en un contexto desreglamentado, el trámite de la concesión cumple una función importante al permitir a la agencia que la otorga el control de los actos de una industria y la reglamentación de los abusos. La FCC debería sin duda considerar la reinstauración del proceso de certificación para el cable, con objeto de establecer su igualdad con los demás nuevos medios vídeo.

(59) 47 U.S.C. § 601 y ss. (Supp. 1985).

In October, 1984, the Congress passed the *Cable Communications Policy Act* of 1984, which reflected a compromise between the *National Cable Television Association* and the *National League of Cities*. The statute limits franchise fees to five percent of a system's gross revenues, prohibits rate regulation except in areas with virtually no over-the-air television reception, largely guarantees renewal of franchises, restricts the number of access channels required by local governments, and allows cable operators unilaterally to abrogate burdensome franchise terms (59).

As the *Cable Act* indicates, the inevitable trend in cable regulation is towards exclusive federal regulation. Regardless of whether federal, state, or local regulation intrinsically is most effective, cable operators need uniformity as much as any other national medium. Although preemption of state and local regulation puts cable in parity with the other new video media, it leaves one important difference: namely, all media except cable would be federally licensed. Even in a deregulatory environment, licensing serves an important function by allowing an agency to monitor an industry's performance and to police abuses. The FCC perhaps should consider re-instituting its certifying process for cable, in order to insure its parity with the other new video media.

(59) 47 U.S.C. § 601 et. seq. (Supp. 1985).

la Commission a réellement le pouvoir de délivrer des concessions aux réseaux de câble puisque les conditions d'obtention des autorisations telles qu'elles sont prévues au titre III concernant seulement les transmissions hertziennes que le câble n'utilise pas ; d'autre part le *Cable Act* n'étend apparemment pas la compétence de la FCC. La Commission devrait donc proposer une législation qui imposerait à tous les nouveaux médias vidéo l'obligation d'obtenir une autorisation.

E. — CONTROLE DU CONTENU DU PROGRAMME

Sans parler des questions soulevées par le Premier Amendement (libertés publiques) la réglementation de la programmation d'un médium a un certain nombre de conséquences pratiques. En dehors de toutes considérations économiques, les professionnels sont sensibles à la réglementation du contenu des programmes et celle-ci n'est pas sans incidence sur leur comportement. Les rédacteurs d'un journal accordent plus d'importance aux messages qu'au médium, alors que les cadres d'une compagnie de téléphone adoptent le raisonnement inverse. A un niveau économique, les limites apportées à l'expression affectent les décisions concernant le risque à courir. Par exemple, la chaîne *Playboy* n'aurait vraisemblablement jamais existé si la FCC avait interdit que l'on montre la nudité de face sur le câble.

Traditionnellement, la Commission s'est consacrée à la réglementation de la programmation des services de diffusion hertzienne puisque par définition un *common carrier* ne peut pas contrôler, donc être tenu responsable, du contenu des messages qu'il transmet. De son côté, la réglementation du contenu du programme diffusé a pris deux formes : Premièrement l'interdiction de montrer certaines œuvres choquantes (qu'il s'agisse de programmes obscènes,

Cabe preguntarse si la Comisión tiene realmente poder para otorgar concesiones a las redes de cable ya que las condiciones de obtención de las autorizaciones tal como están previstas en el título III se refieren solamente a las transmisiones hertzianas que el cable no utiliza ; por otro lado la Cable Act no amplía aparentemente la competencia de la FCC. La Comisión debería pues proponer una legislación que imponga a todos los nuevos medios de comunicación vídeo la obligación de obtener una autorización.

E. — CONTROL DEL CONTENIDO DEL PROGRAMA

Sin hablar de las cuestiones planteadas por la Primera Enmienda (libertades públicas) la reglamentación de la programación de un medio de comunicación conlleva cierto número de consecuencias prácticas. Aparte de todas las consideraciones económicas, los profesionales son sensibles a la reglamentación del contenido de los programas y ésta no deja de tener influencia sobre su comportamiento. Los redactores de un periódico dan más importancia al mensaje que al medio de comunicación, mientras que los cuadros de una compañía telefónica adoptan el razonamiento inverso. A nivel económico, los límites aportados a la expresión afectan las decisiones sobre el riesgo que hay que correr. Por ejemplo, la cadena Playboy no habría existido jamás si la FCC hubiera prohibido mostrar desnudeces por el cable.

Tradicionalmente, la Comisión se consagró a la reglamentación de la programación de los servicios de difusión hertziana puesto que por definición un common carrier no puede controlar, ni por tanto ser responsable del contenido de los mensajes que transmite. Por su lado, la reglamentación del contenido del programa difundido ha adoptado dos formas : En primer lugar la prohibición de presentar determinadas obras chocantes (trátese de programas obscenos, indecentes, o de

Questions may exist as to the Commission's power to license cable systems, however, since Title III's licensing requirements extend only to over-the-air transmissions — which cable does not use — and the Cable Act apparently creates no new FCC jurisdiction. The Commission thus would need to seek legislation, in order to impose a licensing requirement on all of the new video media.

E. — PROGRAM CONTENT CONTROL

Even aside from First Amendment considerations, regulation of any medium's programming has a number of practical consequences. On a purely non-economic level, the existence of content control affects managers' self-perceptions and behaviour. Newspaper editors place more emphasis upon the message than the medium, while telephone operating company executives reverse these priorities. On an economic level, restraints on speech affect decisions as to whether or not to take a particular risk. For example, the *Playboy* Channel presumably never would have come into existence had the FCC prohibited frontal nudity on cable.

The Commission traditionally has regulated programming only on broadcast services, since by definition a common carrier cannot control — and thus be responsible for — the content of the messages which it transmits. In turn, regulation of broadcast program content has taken two primary forms: first, prohibitions on certain types of

indécents, ou de publicité clandestine [*payola* et *plugola* *], ou des jeux de hasard). Deuxièmement, l'obligation d'instaurer un droit de réponse conforme aux doctrines d'équité ou d'égalité de temps d'antenne.

La Commission a indiqué qu'elle imposerait aux nouvelles technologies vidéo en matière de programmation, des obligations de faire et de ne pas faire uniquement si elles fonctionnent comme des diffuseurs hertziens. En réalité, la FCC semble quelque peu hésiter à réglementer le contenu du programme sauf quand elle en a l'obligation légale.

Comme nous l'avons indiqué, la Commission a dit qu'elle n'envisageait pas d'appliquer rigoureusement les dispositions légales comme la *Fairness Doctrine* (60). Enfin, s'ajoutant aux dispositions du *Communications Act*, la loi fédérale prévoit des sanctions pénales en cas de diffusion de certains types de programmes, plus particulièrement de programmes obscènes, indécents, de publicité clandestine (*) de jeux de hasard (61). Ces dispositions s'appliqueraient à tous les nouveaux médias vidéo excepté le câble puisqu'il n'utilise pas les transmissions hertziennes. (La loi s'applique à « tout moyen de communication radio » (62), et non pas uniquement à la diffusion hertzienne de télévision.) Le seul moyen de faire appliquer directement le Code criminel est d'engager des poursuites, acte qui relève du pouvoir discrétionnaire des procureurs régionaux. Bien que la Commission

(60) *Notice of Proposed Rule Making*, 82 FCC 2d 47, 65 (1980); *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(61) 18 U.S.C. § 1464 (1976).

(62) *Id.*

(*) NDT : *Payola* et *plugola* : Le *plugola* est une forme de publicité clandestine au profit d'un employé de la station. Le *payola* est une forme de publicité clandestine au profit d'une société qui a rémunéré de façon occulte la station de télévision diffusant la publicité clandestine.

publicidad clandestina [*payola* y *plugola* *], o juegos de azar). En segundo lugar, la obligación de instituir un derecho de respuesta en conformidad con los doctrinas de imparcialidad o de igualdad de tiempo de antena.

La Comisión indicó que impondría a las nuevas tecnologías vídeo en materia de programación, obligaciones de lo que hay y de lo que no hay que hacer únicamente si funcionan como difusores hertzianos. En realidad, la FCC parece dudar algo en reglamentar el contenido del programa salvo cuando tiene la obligación legal de hacerlo.

Como indicamos, la Comisión declaró que no proyectaba aplicar rigurosamente las disposiciones legales como la doctrina de imparcialidad (60). Finalmente, la ley federal prevé penas criminales en caso de difusión de determinados tipos de programas, especialmente de programas obscenos, indecentes, de publicidad clandestina (*), de juegos de azar, que vienen añadirse a las disposiciones de la *Communications Act*. Esas disposiciones se aplicarían a todos los nuevos de comunicación vídeo exceptuando el cable puesto que no utiliza las transmisiones hertzianas. (La ley se aplica a « cualquier medio de comunicación radio » (62) y no sólo a la difusión hertziana de televisión) El único medio de hacer aplicar directamente el Código Penal es entablar una acción judicial, lo cual depende del poder discrecional de los fiscales regionales.

(60) *Notice of Proposed Rule Making*, 82 FCC 2d 47, 65 (1980); *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(61) 18 U.S.C. § 1464 (1976).

(62) *Id.*

(*) NDT : *Payola* y *plugola* : *plugola* es una forma de publicidad clandestina en beneficio de un empleado de la emisora, y *payola* es una forma de publicidad clandestina en beneficio de una sociedad que ha remunerado de forma encubierta a la emisora de televisión que difunde la publicidad clandestina.

offensive material (such as obscenity, indecency, *payola*, *plugola*, and lotteries), and, second, affirmative reply time requirements under the fairness and equal time doctrines.

The Commission has indicated that it will impose both negative and affirmative programming requirements upon the new video technologies only to the extent that they function as broadcasters. Indeed, the FCC seems somewhat reluctant to regulate program content except as mandated by statute. As noted before, the Commission has indicated that it does not plan to enforce rigorously even statutory provisions such as the fairness doctrine (60). Finally, in addition to the *Communications Act*'s provisions, federal law provides criminal penalties for transmitting some types of material — most notably obscenity, indecency, *plugola*, *payola* and lotteries (61). These provisions would apply to all of the new video media except cable, since it does not use over-the-air transmissions. (The statute applies to any "means of radio communication" (62), rather than just to broadcasting.) The only means for direct enforcement of the Criminal Code is by prosecutions, which lie in the discretion of regional United States attorneys. Although the Commission

(60) *Notice of Proposed Rule Making*, 82 FCC 2d 47, 65 (1980); *Report and Order*, 51 RR2d 476, 519 (1982).

(61) 18 U.S.C. § 1464 (1976).

(62) *Id.*

ait le pouvoir de faire appliquer les dispositions du Code criminel grâce à des règles appropriées, elle n'en a pas l'obligation (63).

Le schéma réglementaire de chaque nouveau médium dépend donc largement de sa classification comme radio privée ou comme diffuseur hertzien. Bien que la télévision par câble ne soit ni l'un ni l'autre, la Commission lui a imposé depuis longtemps, l'ensemble classique des obligations de faire et de ne pas faire s'appliquant aux diffuseurs hertiens en matière d'œuvre « originale » (64). Bien que la signification de ce terme soit loin d'être claire il ne s'agit exclusivement que du programme produit par le câblo-opérateur par opposition au programme reçu des réseaux de satellites. En tout état de cause, la question restera sans doute controversée puisque la Commission n'a jamais appliqué les règles.

D'autre part, les STV et LPTV sont vraisemblablement soumises à toutes les réglementations de la Commission concernant la diffusion hertzienne puisque toutes les deux utilisent l'espace hertzien. La Commission a cependant déjà indiqué qu'elle n'appliquerait pas la *Fairness Doctrine* aux stations de LPTV ni vraisemblablement les autres réglementations de manière aussi rigoureuse que pour les stations de diffusion hertzienne (65). Cependant, le DBS et le MMDS ne devraient apparemment pas être soumis à d'autres réglementations que celles du Code criminel sauf si la décision NAB amène à considérer qu'ils n'ont pas le statut de services de radio privée.

Enfin, la FCC, apparemment, n'imposerait à aucun des nouveaux médias vidéo les obligations relatives à l'accès au marché. Un opérateur de DBS serait soumis aux obligations

Aunque la Comisión tenga el poder de hacer aplicar las disposiciones del Código Penal gracias a reglas apropiadas, no tiene la obligación de hacerlo (63).

El esquema reglamentario de cada nuevo medio depende pues en buena parte de su clasificación como radio privada o como difusor hertziano. Aunque la televisión por cable no sea ninguna de las dos cosas, la Comisión le impuso desde hace mucho tiempo el conjunto clásico de las obligaciones de lo que hay y de lo que no hay que hacer que se aplican a los difusores hertizianos en materia de obra « original » (64). Aunque el significado de este término diste mucho de estar claro, no se trata exclusivamente más que del programa producido por el operador de cable por oposición al programa recibido de las redes de satélites. En cualquier caso, la cuestión seguirá siendo discutida ya que la Comisión no ha aplicado nunca las reglas.

Por otro lado, las STV y LPTV están probablemente sometidas a todas las reglamentaciones de la Comisión relativas a la difusión hertziana ya que ambas utilizan el espacio hertziano. La Comisión indicó ya sin embargo que no aplicaría la doctrina de imparcialidad a las emisoras de LPTV, ni probablemente las demás reglamentaciones, de modo tan riguroso como para las emisoras de difusión hertziana (65). Sin embargo, aparentemente el DBS y el MMDS no deberían estar sometidos a otra reglamentación que la del Código Penal salvo si el fallo NAB lleva a considerar que no tienen el estatuto de servicios de radio privada.

Finalmente, la FCC no impondría, al parecer, a ninguno de los nuevos medios video las obligaciones relativas al acceso al mercado. Un operador de DBS estaría sometido a las

(63) *Illinois Citizens Committee for Broadcasting v. FCC*, 515 F.2d 397 (1975).

(64) 47 C.F.R. §§ 76.221 (1983).

(65) Voir note 60, *supra*.

(63) *Illinois Citizens Committee for Broadcasting v. FCC*, 515 F.2d 397 (1975).

(64) 47 C.F.R. §§ 76.221 (1983).

(65) Ver nota 60, *supra*.

has the authority to enforce the Criminal Code's policies through appropriate rules, it is not required to do so (63).

Each new medium's regulatory scheme therefore depends largely upon its classification as private radio or as broadcasting. Although cable television is neither, the Commission long ago imposed the traditional array of negative and positive broadcast regulations on "origination" material (64). While this term's meaning is less than clear, it may refer only to programming produced by a cable operator, rather than programming received from satellite networks. In any event, the question is probably moot; the Commission never has enforced the rules.

On the other hand, STV and LPTV presumably are subject to all of the Commission's broadcast regulations, since both are broadcast uses. But, the Commission already has indicated that it will not enforce the fairness doctrine — and presumably other regulations also — against LPTV stations as rigorously as against conventional broadcast stations (65). DBS and MMDS apparently would be subject to no regulation beyond the Criminal Code's provisions, however, unless the NAB case vitiates their status as private radio services.

Finally, the FCC apparently would subject none of the new video media to access requirements. A DBS operator would be subject to

(63) *Illinois Citizens Committee for Broadcasting v. FCC*, 515 F.2d 397 (1975).

(64) 47 C.F.R. §§ 76.221 (1983).

(65) See authorities cited in note 60, *supra*.

de *common carriage* s'il fonctionnait comme tel bien sûr, mais le titre II ne traite que de l'accès commercial. De la même manière, les opérateurs de MDS à chaîne unique sont théoriquement des *common carriers*, mais en réalité, leur programmation provient de networks de télévision payante établis. Et alors que la FCC n'a clairement pas le pouvoir d'imposer aux réseaux de télévision par câble les obligations concernant les chaînes à laisser accessibles au public (66) les gouvernements des états et des municipalités le font régulièrement. Par ailleurs, le *Cable Act* instaure un droit limité à l'accès ou « location » de chaînes à des fins commerciales (67).

Sauf en ce qui concerne l'accès aux chaînes, les règles de la Commission relatives au contenu de la programmation sont loin d'être cohérentes. Le problème semble résulter des facteurs déjà considérés à propos du statut réglementaire, à savoir, les obstacles historiques et réglementaires. Une rationalisation des problèmes relatifs au statut réglementaire permettrait ainsi de résoudre plusieurs questions à la fois.

III APPROCHE PARLEMENTAIRE DES PROBLEMES DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A l'instar de l'approche réglementaire de la FCC des nouvelles technologies vidéo, l'action du Congrès sur un ensemble de problèmes de propriété intellectuelle, y compris les mesures concernant les droits d'auteur et la piraterie des signaux, est loin d'être cohérente. La conséquence de cette anarchie législative actuelle est que l'étendue de la protection d'une œuvre sujette aux droits d'auteur, varie considérablement en fonction du médium sur lequel elle est présentée.

(66) FCC c. *Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689 (1979).

(67) 47 U.S.C. § 612 (Supp. 1985).

obligaciones de common carriage, pero el título II no trata más que del acceso comercial. Del mismo modo, los operadores de MDS de cadena única son teóricamente common carriers, pero en realidad, su programación proviene de redes de televisión de pago ya establecidas. Y mientras que la FCC no tiene claramente poder para imponer a las redes de televisión por cable las obligaciones relativas a las cadenas a las que el público puede acceder (66) los gobiernos de los estados y de los municipios lo hacen constantemente. Por otra parte, la Cable Act instaure un derecho limitado al acceso o « alquiler » de cadenas con fines comerciales (67).

Salvo en lo que concierne al acceso a las cadenas, las reglas de la Comisión relativas al contenido de la programación distan mucho de ser coherentes. El problema parece resultar de los factores ya considerados a propósito del estatuto reglamentario, a saber, los obstáculos históricos y jurídicos. Una racionalización de los problemas relativos al estatuto reglamentario permitiría así resolver varios problemas a un tiempo.

III ENFOQUE PARLAMENTARIO DE LOS PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como ocurre con el enfoque reglamentario que la FCC hace de las nuevas tecnologías video, la acción del Congreso sobre un conjunto de problemas de propiedad intelectual, incluyendo las medidas relativas a los derechos de autor y la piratería de las señales, dista mucho de ser coherente. La consecuencia de esta anarquía legislativa actual es que la extensión de la protección de una obra sujeta a los derechos de autor varía considerablemente en función del medio de comunicación por el que la obra es presentada.

(66) FCC c. *Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689 (1979).

(67) 47 U.S.C. § 612 (Supp. 1985).

common carriage requirements if it operated as a common carrier, of course, but Title II contemplates only commercial access. Along similar lines, single-channel MDS operators theoretically are common carriers, but realistically take the bulk of their programming from established pay television networks. And although the FCC clearly lacks jurisdiction to impose access channel requirements on cable television systems (66), state and local governments do so routinely. Moreover, the *Cable Act* creates a limited right of commercial or "leased" access (67).

Except on the access front, the Commission's content regulations are less than consistent. The problems appear to arise from the same factors already considered in the context of regulatory status: historical and statutory inhibitions. Rationalizing questions of regulatory status thus would solve a number of problems simultaneously.

III THE CONGRESS' INTELLECTUAL PROPERTY CONCERNS

Like the FCC's regulatory treatment of the new video technologies, the Congress' action on a variety of intellectual property fronts — including copyright and "anti-signal-piracy" measures — has been less than consistent. The result of the current legislative hodge-podge is that the extent of a copyrighted work's legal protection varies substantially, depending upon the medium on which it is presented.

(66) FCC v. *Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689 (1979).

(67) 47 U.S.C. § 612 (Supp. 1985).

Tout d'abord, il est sans doute utile de revoir brièvement les préliminaires à la mise en place d'une protection des droits d'auteur pour un programme. Pour être en droit d'être protégées par le droit d'auteur, selon le Copyright Act de 1976, les œuvres doivent « être fixées sous une forme tangible d'expression... à partir de laquelle elles peuvent être perçues, reproduites ou communiquées de toute autre manière, soit directement, soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif » (68). S'ils sont suffisamment fixés, les programmes sont considérés comme faisant partie « des films cinématographiques ou toute autre œuvre audiovisuelle... », ces dernières étant définies comme :

« des œuvres composées d'une série d'images associées qui sont par nature destinées à être montrées au moyen de machines ou de dispositifs tels que des projecteurs, des visionneuses ou des équipements électroniques, en même temps que les sons les accompagnant, s'il y a lieu, tels que les films et les bandes dans lesquels les œuvres sont incorporées » (69).

En réalité, bien sûr, cela signifie généralement que le programme doit exister sous la forme d'un film ou d'une bande. La loi considère plus spécifiquement, qu'un événement diffusé « en direct » est suffisamment fixé pour être protégé par les droits d'auteur, si une bande ou une copie de l'œuvre par tout autre moyen est réalisée pendant la transmission (70). La plupart des diffuseurs hertziens et des stations américaines en général, réalisent ainsi une bande audio ou vidéo de tous leurs programmes diffusés en direct. Cependant, en dehors de ces considérations générales, l'étendue de la protection par le droit d'auteur et de tout autre protection varie beaucoup d'un médium à un autre.

(68) 17 U.S.C. § 102 (1982).
(69) 17 U.S.C. § 101 (1982).
(70) 17 U.S.C. § 101 (1982).

En primer lugar, es sin duda conveniente revisar brevemente los aspectos preliminares de la instauración de una protección de los derechos de autor para un programa. Para tener el derecho de estar protegidas por el derecho de autor, en virtud del Copyright Act de 1967, las obras deben « estar fijadas en una forma de expresión tangible... a partir de la cual pueden ser percibidas, reproducidas o comunicadas de cualquier otra forma, bien directamente, bien con ayuda de una máquina o de un dispositivo » (68). Si están suficientemente fijados, se considera que los programas forman parte « de los filmes cinematográficos o de cualquier otra obra audiovisual... », estas últimas estando :

« obras compuestas por una serie de imágenes asociadas que están por su naturaleza destinadas a ser mostradas mediante máquinas o dispositivos tales como proyectores, visionadoras o equipos electrónicos, al mismo tiempo que los sonidos que las acompañan, si hace al caso, tales como los filmes y las cintas en las que las obras están incorporadas » (69).

En realidad, claro está, eso significa generalmente que el programa debe existir en forma de filme o de cinta. La ley considera especialmente que un acontecimiento difundido « en directo » está suficientemente fijado para estar protegido por el derecho de autor, si se realiza una cinta o una copia de la obra por cualquier otro medio durante la transmisión (70). La mayoría de los difusores hertizianos y de las emisoras americanas en general realizan así una cinta audio o video de todos sus programas difundidos en directo. Sin embargo, aparte de esas consideraciones generales, la extensión de la protección por el derecho de autor y de cualquier otra protección varía mucho de un medio de comunicación a otro.

(68) 17 U.S.C. § 102 (1982).
(69) 17 U.S.C. § 101 (1982).
(70) 17 U.S.C. § 101 (1982).

To begin with, it may be useful to review briefly the prerequisites to copyright protection for any type of programming material. In order for works to be copyrightable under the 1976 Copyright Revision Act, they must be "fixed in any tangible medium of expression... from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device" (68). If sufficiently fixed, programs would be classified as "motion pictures and other audiovisual works...", the latter of which are defined as:

works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, such as films or tapes, in which the works are embodied (69).

Realistically, of course, this usually means just that a film or tape of a program must exist. The Act specifically provides that a "live" event is sufficiently "fixed" to acquire copyright protection if a tape or other copy of it is made at the same time that it is transmitted (70). Most U.S. broadcast and other stations thus make an audio or video tape of all live programming. Beyond these general requirements, however, the extent of copyright and other protection varies dramatically from one medium to another.

(68) 17 U.S.C. § 102 (1982).
(69) 17 U.S.C. § 101 (1982).
(70) 17 U.S.C. § 101 (1982).

En ce qui concerne la télévision par câble, les problèmes des droits d'auteur ont commencé à se poser devant les tribunaux. La Cour Suprême a considéré de manière constante dans les affaires *Fortnightly* (71) et *Teleprompter* (72) que la transmission de signaux « éloignés », c'est-à-dire de programmes provenant de stations autrement irrecevables, par les réseaux de câble n'avait pas d'incidence sur les droits d'auteur. La Cour a considéré que le câble était un intermédiaire passif qui « transportait simplement, sans les modifier, tous les programmes qu'il recevait » (73). Les réseaux de câble pouvaient ainsi transporter des programmes hertziens sans être redevables de droits d'auteur. A la fin des années 60 et au début des années 70, la FCC a envisagé d'adopter des règles accordant aux programmes hertziens une protection similaire à celle du droit d'auteur, mais s'en est remise pour cela au Congrès (74). Pour résoudre le conflit entre les principes traditionnels du droit d'auteur et l'émergence d'une industrie du câble viable, le Copyright Act de 1976 a instauré un système de « licence obligatoire » selon lequel les réseaux de câble peuvent retransmettre les programmes hertziens à condition d'acquitter des redevances fixes. Quoi que le calcul en soit très difficile, ces redevances varient en fonction du nombre de signaux hertziens éloignés retransmis (75). La loi de 1976 a aussi instauré un nouvel organisme, le Copyright Royalty Tribunal, chargé d'ajuster les taux que les réseaux de câble paient et de déterminer comment les redevances

(71) *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*, 392 U.S. 390 (1968), RIDA LVIII, octobre 1968, p. 236.

(72) *Teleprompter Corp. v. CBS, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974).

(73) 392 U.S. at 400.

(74) *Report and Order* (Docket Nos. 20988 and 21284), 74 FCC 2d 663 (1980), *aff'd Malrite TV of N.Y. v. FCC*, 652 F.2d 1140 (2d Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1143 (1982).

(75) 17 U.S.C. § 111 (1982).

En lo referente a la televisión por cable, los problemas de los derechos de autor han empezado a plantearse ante los tribunales. El Tribunal Supremo ha considerado constantemente en los pleitos *Fortnightly* (71) y *Teleprompter* (72) que la transmisión de señales « alejadas », es decir de programas procedentes de emisoras que de otro modo no podrían ser recibidas, por las redes de cable no tenía incidencias sobre los derechos de autor. El Tribunal consideró que el cable era un intermediario pasivo que « transportaba simplemente, sin modificarlos, todos los programas que recibía » (73). Las redes de cable podían pues transportar programas hertzianos sin tener que pagar derechos de autor. A finales de los años 60 y principios de los 70, la FCC consideró la posibilidad de adoptar reglas que otorgasen a los programas hertzianos una protección semejante a la del derecho de autor, pero se remitió para eso al Congreso (74). Para resolver el conflicto entre los principios tradicionales del derecho de autor y la emergencia de una industria del cable que fuera viable, el Copyright Act de 1976 instauró un sistema de « licencia obligatoria » según el cual las redes de cable pueden retransmitir los programas hertzianos a condición de pagar regalías fijas. Aunque el cálculo sea muy difícil, esas regalías varían en función del número de señales hertzianas alejadas retransmitidas (75). La ley de 1976 instauró también un nuevo organismo, el Copyright Royalty Tribunal encargado de ajustar los porcentajes que pagan las redes de cable y de determinar cómo deben distri-

(71) *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*, 392 U.S. 390 (1968), RIDA LVIII, octubre de 1968, p. 236.

(72) *Teleprompter Corp. v. CBS, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974).

(73) 392 U.S. p. 400.

(74) *Report and Order* (Docket Nos. 20988 and 21284), 74 FCC 2d 663 (1980), *aff'd Malrite TV of N.Y. v. FCC*, 652 F.2d 1140 (2d Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1143 (1982).

(75) 17 U.S.C. § 111 (1982).

The copyright history of cable television began in the courts. The Supreme Court consistently held in the *Fortnightly* (71) and the *Teleprompter* (72) cases that transmission of "distant" signals — i.e., programming from otherwise unreceivable stations — by cable systems had no copyright significance. The Court viewed a cable system as a passive intermediary that "simply carr[ies], without editing whatever programs [it] receive[s]" (73). Cable systems thus could carry broadcast programming without incurring copyright liability. During the late 1960s and early 1970s, the FCC had considered adopting rules to give copyright-like protection to broadcast programming, but had deferred to Congress (74). To resolve the conflict between traditional copyright law principles and the emergence of a viable cable industry, the 1976 Copyright Act created a "compulsory license" scheme, under which cable television systems may retransmit broadcast programs in return for fixed royalty fees. Although fiendishly complex to compute, these fees are based upon the number of distant television broadcast signals transmitted (75). The 1976 Act also created a new agency, the Copyright Royalty Tribunal, to adjust the rates cable systems would pay, and to determine how the royalty fees should be distributed (76).

(71) *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*, 392 U.S. 390 (1968), RIDA LVIII, October 1968, p. 236.

(72) *Teleprompter Corp. v. CBS, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974).

(73) 392 U.S. at 400.

(74) *Report and Order* (Docket Nos. 20988 and 21284), 74 FCC 2d 663 (1980), *aff'd Malrite TV of N.Y. v. FCC*, 652 F.2d 1140 (2d Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1143 (1982).

(75) 17 U.S.C. § 111 (1982).

(76) 17 U.S.C. § 801 (1982).

doivent être distribuées (76). La qualité du bilan du Tribunal mérite d'être discutée puisque c'est une des rares institutions de l'histoire américaine qui recommande sa propre suppression.

Par ailleurs, le Congrès est venu récemment à la rescousse de l'industrie du câble, une fois encore dans le *Cable Communications Policy Act* de 1984, en promulguant de nouvelles dispositions sévères contre la piraterie des signaux (77). (Un certain nombre d'états et de municipalités avaient auparavant adopté des mesures contre le « vol de service », mais elles n'instauraient pas l'uniformité d'une législation fédérale que la plupart des câblo-opérateurs jugent essentielle.) La nouvelle loi instaure des peines civiles et criminelles non seulement en cas d'interception de programmes diffusés sur le câble, mais aussi en cas de fabrication ou de distribution d'équipement récepteur tel que, convertisseurs et assimilés. La loi prévoit des peines criminelles allant jusqu'à deux années de prison ou une amende de 50 000 dollars pour toute activité de piraterie entreprise en vue « d'un avantage commercial ou d'un gain pécuniaire individuel » (78). De plus, les câblo-opérateurs et autres personnes privées peuvent engager des poursuites pour obtenir des suspensions d'activité ou des dommages pécuniaires substantiels qui s'ajoutent aux dommages légaux perçus de plein droit pouvant s'élever à 10 000 dollars, à la compensation du manque à gagner et aux honoraires d'avocats. En bref, la nouvelle loi donne aux câblo-opérateurs un ensemble d'armes conséquentes contre les téléspectateurs non autorisés qui vont bien au-delà de celles prévues par les lois traditionnelles en matière de droit d'auteur.

Interprétant restrictivement le *Copyright Act*, la Cour d'appel du

buirse las regalías (76). La manera en que funcionó el Tribunal se presta sin duda a discusión puesto que es una de las raras autoridades de la historia americana que haya recomendado su propia supresión.

Por otro lado, el Congreso vino recientemente en ayuda de la industria del cable, una vez más en la *Cable Communications Policy Act* de 1984, promulgando nuevas disposiciones severas contra la piratería de las señales (77). Cierta número de estados y de municipalidades habían adoptado anteriormente medidas contra el « robo de servicio », pero no instituían la uniformidad de una legislación federal que la mayoría de los operadores de cable estiman esencial. La nueva ley instaure sanciones civiles y penales no sólo en caso de interceptación de programas difundidos por el cable, sino también en caso de fabricación o de distribución de equipo para la recepción tales como convertidores y similares. La ley prevé sanciones penales de hasta dos años de cárcel o una multa de 50.000 dólares por cualquier actividad de piratería realizada con vistas a obtener « una ventaja comercial o una ganancia económica individual » (78). Además, los operadores de cable y demás personas privadas pueden entablar acciones judiciales para obtener la suspensión de actividad o indemnizaciones por daños y perjuicios sustanciales que se añaden a las indemnizaciones legales a que tienen derecho y que pueden alcanzar 10.000 dólares, a la compensación de lo que se ha dejado de ganar y a los honorarios de abogados. En resumen, la nueva ley da a los distribuidores por cable un conjunto de armas considerables contra los telespectadores no autorizados, que van mucho más lejos que las previstas por las leyes tradicionales en materia de derecho de autor.

El Tribunal de Apelación del

(76) 17 U.S.C. § 801 (1982).

(77) 47 U.S.C. § 633 (Supp. 1985).

(78) 47 U.S.C. § 644 (b) (2) (Supp. 1985).

How well the Tribunal has worked out may be open to question, since it is one of the few authorities in U.S. history to recommend its own abolition.

Moreover, the Congress recently came to the aid of the cable industry yet again in the *Cable Communications Policy Act* of 1984, by enacting tough new "anti-signal piracy" provisions (77). (A number of state and local governments had passed similar "theft of services" measures previously, but they did not create the uniformity of federal legislation, which most large cable operators believe to be essential.) The new law creates civil and criminal penalties not only for intercepting cable programs, but also for manufacturing or distributing any receiving equipment — such as converters and the like. The Act provides criminal penalties of up to two years imprisonment or \$ 50,000 in fines for any piracy activities undertaken for "commercial advantage or private financial gain" (78). Moreover, cable operators and other private parties may sue for injunctions as well as for substantial money damages — including automatic "statutory" damages of up to \$ 10,000, lost profits and attorneys' fees. In short, the new law gives cable operators a set of substantial threats to use against unauthorized viewers, going far beyond the scope of the traditional copyright laws.

Reflecting a narrow construction of the Copyright Act, the Second Circuit Court of Appeals held that retransmission of baseball games by

(77) 47 U.S.C. § 633 (Supp. 1985).

(78) 47 U.S.C. § 644 (b) (2) (Supp. 1985).

deuxième circuit a jugé que la retransmission des matches de baseball par un *common carrier* qui distribue une télévision de New York à plus de six cents réseaux de câble, n'était pas couverte par les lois sur le droit d'auteur, en vertu de l'exonération qui s'applique au « transporteur passif » (79). Cette exonération s'applique aux transporteurs « sans contrôle direct ou indirect sur le contenu ou le choix de l'émission ou sur les destinataires particuliers de la transmission secondaire, et dont les activités concernant la transmission secondaire consistent seulement à fournir, pour l'usage d'autrui, les fils, câbles ou tout autre canal de communications » (80).

D'autre part, la Cour d'appel du septième circuit s'est montrée réticente à se servir de l'exonération dont bénéficie le transporteur passif, pour entraver la croissance d'une nouvelle technologie. Dans l'affaire *WGN*, elle a considéré que des services de télétexte diffusés sur la bande verticale inoccupée de la télévision, bénéficiaient de la protection des droits d'auteur en tant que partie du signal principal de la station (81). Dans cette affaire, une station de Chicago qui était distribuée par satellite à de nombreux réseaux de câble, avait intenté une action contre un *common carrier* de télécommunication parce qu'il avait supprimé le service de télétexte de la station et y avait substitué un service de télétexte de la société Dow Jones. La Cour a considéré que le transporteur ne bénéficiait pas de l'exonération des droits d'auteur s'appliquant au transporteur passif puisqu'il avait altéré l'œuvre protégée par le droit d'auteur en supprimant le service de télétexte. Bien que la Cour ait décidé que le droit d'auteur de la station sur ses programmes d'information

2º Circuito, interpretando de modo restrictivo la Copyright Act, falló que la retransmisión de los partidos de béisbol por un common carrier que distribuye una televisión de Nueva York a más de seiscientos redes de cable, no estaba cubierta por las leyes sobre el derecho de autor, en virtud de la exención que se aplica al « portador pasivo » (79). Esta exención se aplica a los portadores « sin control directo o indirecto del contenido o la elección de la emisión o sobre los destinatarios particulares de la transmisión secundaria, y cuyas actividades relativas a la transmisión secundaria consisten sólo en suministrar, para uso por otro, los hilos, cables o cualquier otro canal de comunicaciones » (80).

Por otra parte, el Tribunal de Apelación del 7º Circuito mostró reticencias para servir de la exención de que beneficia el portador pasivo para poner trabas al crecimiento de una nueva tecnología. En el pleito *WGN*, el tribunal consideró que los servicios de teletexto difundidos sobre la banda vertical no ocupada de la televisión beneficiaban de la protección del derecho de autor como parte de la señal principal de la emisora (81). En este pleito, una emisora de Chicago que era distribuida por satélite a numerosas redes de cable habían entablado una acción contra un common carrier de telecomunicación porque había suprimido el servicio de teletexto de la emisora sustituyéndolo por un servicio de teletexto de la sociedad Dow Jones. El tribunal consideró que el portador no beneficiaba de la exención de los derechos de autor que se aplica al portador pasivo ya que había alterado la obra protegida por el derecho de autor al suprimir el servicio de teletexto. Aunque el tribunal decidió que el dere-

(79) *Eastern Microwave, Inc. v. Doubleday Sports, Inc.*, 691 F.2d 125 (2d Cir. 1982).

(80) 17 U.S.C. § 111 (a) (3).

(81) *WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video*, 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982).

(78) *Eastern Microwave, Inc. v. Doubleday Sports, Inc.* 691 F.2d 125 (2d Cir. 1982).

(80) 17 U.S.C. § 111 (a) (3) (1982).

(81) *WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video*, 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982).

a common carrier, which distributes a New York television station to more than 600 cable systems, was exempt from the copyright laws under the "passive carrier" exemption (79). That exemption applies to carriers with "no direct or indirect control over the content or selection of the primary transmission or over the particular recipients of the secondary transmission, and whose activities with respect to the secondary transmission consist solely of providing wires, cables, or other communications channels for the use of other" (80).

On the other hand, the Seventh Circuit Court of Appeals has shown a reluctance to apply the passive carrier exemption to inhibit the growth of a new technology. In the *WGN* case, it held that teletext services transmitted over the television vertical blanking interval had copyright protection as part of the station's main signal (81). In that case, a Chicago station, which was distributed by satellite to many cable systems, brought a suit against a telecommunications common carrier, because of the carrier's deletion of the station's teletext service and substitution of the Dow Jones teletext service in its place. The court held that the carrier was not exempt from copyright liability as a passive carrier, since it had altered the copyrighted work by deleting the teletext service. Although the court stated that the station's copyright for its news program included the teletext transmission, it suggested that it might rule

(79) *Eastern Microwave, Inc. v. Doubleday Sports, Inc.* 691 F.2d 125 (2d Cir. 1982).

(80) 17 U.S.C. § 111 (a) (3).

(81) *WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video*, 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982).

couvrait la transmission du télétexte, elle a laissé entendre qu'elle pourrait statuer autrement si le télétexte n'avait pas de rapport avec le programme principal, s'il n'était pas destiné à être vu avec et, s'il n'était pas partie intégrante de ce programme.

Et dans la fameuse affaire *Betamax* (82), la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé que l'usage des magnétoscopes pour enregistrer des programmes de télévision hertzienne à domicile, à des fins privées et non commerciales ne constituait pas une violation des droits d'auteur et que par conséquent, la vente au public de magnétoscope était légale (83). La Cour, en insistant sur le fait « que leur constante référence au Congrès se justifie à la fois par des raisons politiques et historiques » et que « le Congrès est tout à fait en mesure, grâce à la Constitution et au jeu institutionnel, de s'adapter aux changements sur le marché qui sont l'inévitable fruit d'une technologie si récente », s'est montrée nettement réticente à étendre la protection des droits d'auteur sans textes légaux explicites.

En infirmant l'arrêt de la Cour du neuvième circuit et en confirmant le jugement de première instance, la Cour a jugé que l'aménagement individuel du temps d'écoute des émissions (c'est-à-dire le fait d'enregistrer une émission en vue d'une écoute différée à domicile) constituait un usage autorisé aux termes du Copyright Act. Elle conclut en disant que l'aménagement individuel du temps d'écoute à des fins privées ne constituait pas une activité commerciale (84), et que cet aménagement permettait simplement aux téléspectateurs de voir un programme qui leur est offert gratuitement (85). La Cour

(82) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S. Ct. 774 (1984).

(83) *Id.* p. 783.

(84) *Id.* p. 789.

(85) *Id.* p. 792-93.

cho de autor de la emisora sobre sus programas de información abarcaba la transmisión del teletexto, dió a entender que podría fallar de modo diferente si el teletexto no tuviera relación con el programa principal, si no estuviera destinado a ser visto con él y si no fuera parte integrante de ese programa.

En el famoso pleito *Betamax* (82), el Tribunal Supremo de Estados Unidos falló que el uso de magnetoscopios para grabar programas de televisión hertziana a domicilio, para fines privados y no comerciales no constituía una violación de los derechos de autor y que, por consiguiente, la venta al público de magnetoscopios era legal (83). El tribunal, insistiendo en el hecho de « que su referencia constante al Congreso se justifica al mismo tiempo por razones políticas e históricas » y que « el Congreso está perfectamente en condiciones, gracias a la Constitución y al juego institucional, de adaptarse a los cambios en el mercado que son el fruto inevitable de una tecnología tan reciente » (84), se mostró claramente reticente a extender la protección del derecho de autor sin textos legales explícitos.

Al anular el fallo del Tribunal del 9º Circuito y al confirmar el juicio de primera instancia, el Tribunal Supremo falló que el ajuste individual del tiempo de escucha de las emisiones (es decir el hecho de grabar una emisión con vistas a una utilización diferida a domicilio) constituía una utilización autorizada en virtud de la Copyright Act. Concluye diciendo que el ajuste individual del tiempo de escucha con fines privados no constituye una actividad comercial (84) y que esa disposición permitía simplemente a los telespectadores ver un programa que se les ofrece gratuitamente (85). El tribunal ob-

(82) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S. Ct. 774 (1984).

(83) *Id.* p. 783.

(84) *Id.* p. 789.

(85) *Id.* p. 792-93.

differently if the teletext were not related to the main program, not intended to be viewed with it, and not an integral part of that program.

And in the much-renowned "*Betamax*" case (82), the Supreme Court of the United States held that use of VCRs to tape broadcast television shows at home for private and noncommercial use purposes was not a copyright infringement, and thus that sale of VCRs to the general public was legal (83). Emphasizing that "sound policy, as well as history, supports our consistent deference to Congress", and that "Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate fully the varied permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology" (84), the Court clearly was reluctant to expand copyright protection without explicit legislative guidance.

In reversing the Ninth Circuit and affirming the trial court, the Supreme Court held that home "time-shifting" (i.e., recording a broadcast for later home playback) was a fair use under the Copyright Act. It concluded that time-shifting for private home use was a noncommercial activity (84), and that time-shifting merely enabled viewers to see a program which they had been invited to watch free of charge (85). The Court also noted that many copyright holders licensed their works for

(82) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S. Ct. 774 (1984).

(83) *Id.* at 783.

(84) *Id.* at 789.

(85) *Id.* at 792-93.

a aussi relevé que la plupart des titulaires de droits d'auteur cédaient gratuitement le droit de diffuser leurs œuvres et que peu leur importait que les téléspectateurs choisissent de les regarder à un moment ou à un autre. Selon la Cour, les demandeurs n'avaient pu démontrer que l'aménagement du temps d'écoute déséquilibrerait le marché potentiel ou causerait un préjudice aux œuvres protégées par le droit d'auteur.

Enfin, et c'est sans doute une autre partie intéressante de la législation, le nouveau *Cable Act* protège les signaux distribués par satellite contre la piraterie. Bien que ces programmes bénéficient aussi des lois sur les droits d'auteur, le *Cable Act* a ajouté de nouvelles peines sévères à celles existant déjà dans les lois anti-piraterie. Comme dans les dispositions examinées ci-dessus, les peines criminelles peuvent aller jusqu'à deux ans de prison ou 50 000 dollars d'amende et les dommages civils financiers susceptibles d'être perçus peuvent atteindre des sommes importantes (86). Néanmoins, cédant devant l'utilisation individuelle croissante d'antennes paraboliques permettant de recevoir les signaux distribués par satellite, la loi a mis en place une riposte efficace. Un spectateur de programmes transmis par satellite ne met pas en jeu sa responsabilité si le programmeur ne prévoit pas une alternative à la piraterie de ses programmes telle que la vente d'une licence similaire à celle existant en matière de droits d'auteur (87). Fondamentalement, cette disposition est destinée à empêcher les principaux programmeurs de programmes payants de refuser de vendre leurs programmes aux spectateurs de programmes transmis par satellite pour forcer ces derniers à s'abonner à des services plus chers — et souvent inaccessibles — de télévision par câble, de STV ou de MMDS.

(86) 47 U.S.C. § 553 (Supp. 1985).

(87) 47 U.S.C. § 605 (b) (Supp. 1985).

servó también que la mayoría de los titulares de derechos de autor cedían gratuitamente el derecho de difundir sus obras y que les importaba poco que los telespectadores decidieran mirarlos en un momento dado o en otro. Según el Tribunal, los demandantes no habían podido demostrar que el ajuste del tiempo de escucha desequilibraría el mercado potencial o causaría un perjuicio a las obras protegidas por el derecho de autor.

Finalmente, y es sin duda otra parte interesante de la legislación, la nueva Cable Act protege las señales distribuidas vía satélite contra la piratería. Aunque esos programas benefician también de las leyes sobre el derecho de autor, la Cable Act ha añadido nuevas penas severas a las que ya existían en las leyes contra la piratería. Como en las disposiciones antes examinadas, las sanciones penales pueden alcanzar dos años de cárcel o 50.000 dólares de multa y las indemnizaciones civiles financieras que es posible obtener pueden ser sumas importantes (86). Sin embargo, cediendo ante el aumento de la utilización individual de antenas parabólicas que permiten recibir las señales distribuidas vía satélite, la ley ha instaurado una respuesta eficaz. Un espectador de programas transmitidos vía satélite no pone en juego su responsabilidad si el programador no prevé una alternativa a la piratería de sus programas tal como la venta de una licencia semejante a la que existe en materia de derechos de autor (87). Esta disposición está fundamentalmente destinada a impedir que los principales productores de programas de pago se nieguen a vender sus programas a los espectadores de programas transmitidos vía satélite para obligar a estos últimos a abonarse a servicios más caros — y con frecuencia inaccesibles — de televisión por cable, de STV o de MMDS.

(86) 47 U.S.C. § 553 (Supp. 1985).

(87) 47 U.S.C. § 605 (b) (Supp. 1985).

free and did not object to having their broadcasts time-shifted by private viewers. In the Court's view, the plaintiffs had failed to demonstrate that time-shifting would cause any real harm to the potential market for, or the value of their copyrighted works.

Finally, as perhaps another piece of special interest legislation, the new *Cable Act* also provides anti-piracy protection for satellite distribution of programming. Although these programs naturally have the benefit of the copyright laws, the Act added new and severe penalties to the existing anti-piracy laws. As under the cable piracy provisions discussed above, criminal penalties may be as great as two years in prison or a \$ 50,000 fine, and potential civil money damages may be substantial (86). As a concession to the growing use of backyard satellite earthstations, however, the Act also established an affirmative defense. A satellite viewer is not liable if a programmer does not provide an alternative to piracy, by selling a copyright-style license for its programming (87). Essentially, this provision is designed to prevent major "pay" programmers from refusing to sell their programs to satellite viewers, in order to force them into taking more expensive — and often unavailable — cable, STV or MMDS service.

(86) 47 U.S.C. § 553 (Supp. 1985).

(87) 47 U.S.C. § 605 (b) (Supp. 1985).

Sur le plan législatif et réglementaire, le système légal américain semble avoir échoué à créer un cadre de concurrence équilibrée. Les câblo-opérateurs, par exemple, ont des licences obligatoires pour les programmes hertziens et en même temps, bénéficient de la nouvelle et stricte protection contre la piraterie instaurée par le *Cable Act*. En revanche, le MMDS ou « câble sans fils » doit négocier les droits pour tous ses programmes et ne bénéficie d'aucune protection contre la piraterie. Comme toujours, on peut sans doute avancer des explications pour justifier ces distinctions; antérieurement, c'était la menace d'une violation du droit d'auteur qui était invoquée pour justifier les tentatives d'élimination de l'industrie du câble et peu d'efforts étaient entrepris pour entraver l'action des pirates du câble. Il est possible que le MMDS ne rencontre aucun de ces problèmes. Cependant, puisque rien ne permet d'affirmer que le Congrès en soit arrivé à cette conclusion ou même ait eu accès à des données le confortant dans ce sens, on peut continuer à s'interroger sur son action ultérieure.

IV

CONCLUSION

Bien que la Commission et le Congrès aient l'obligation d'instaurer un cadre de concurrence équilibrée pour les nouvelles technologies vidéo, ils n'ont pas éliminé tous les obstacles. Toutes les questions examinées ci-dessus ont apporté la preuve qu'il existait d'importantes disparités et incohérences entre les nouveaux médias vidéo. La FCC et le Congrès ont également échoué à traiter tous les problèmes, notamment ceux relatifs aux obligations du MMDS en matière « d'équité » et de droits d'auteur.

A nivel legislativo y reglamentario, el sistema legal americano parece haber fracasado en crear un marco de competencia equilibrada. Los operadores de cables, por ejemplo, tienen licencias obligatorias para los programas hertzianos y, al mismo tiempo, benefician de la nueva y estricta protección contra la piratería instaurada por la Cable Act. Por el contrario, el MMDS o « cable sin hilo » debe negociar los derechos para todos sus programas y no beneficia de ninguna protección contra la piratería. Como siempre, pueden formularse explicaciones para justificar esas distinciones; antes, lo que se invocaba para justificar las tentativas de eliminación de la industria del cable era la amenaza de una violación del derecho de autor, y se hacían pocos esfuerzos para dificultar la acción de los piratas del cable. Es posible que el MMDS no se enfrente a ninguno de esos problemas. Sin embargo, como nada permite afirmar que el Congreso haya llegado a esta conclusión o ni siquiera que haya dispuesto de datos que le conforten en ese sentido, cabe continuar interrogándose sobre su acción futura.

IV

CONCLUSION

Aunque la Comisión y el Congreso tengan la obligación de instaurar un marco de competencia equilibrada para las nuevas tecnologías video, no han eliminado todos los obstáculos. Todas las cuestiones antes examinadas han aportado la prueba de que existen importantes disparidades e incoherencias entre los nuevos medios de comunicación video. La FCC y el Congreso han fracasado también porque no han tratado todos los problemas, en particular los relativos a las obligaciones del MMDS en materia de imparcialidad y de derechos de autor.

On the legislative as well as regulatory side, the U.S. legal regime seems to have been less than successful in creating anything resembling a level playing field. For example, cable operators have compulsory licenses for broadcast programming, while also enjoying the Cable Act's stiff new anti-piracy provisions. Conversely, MMDS or "wireless cable" must negotiate for all of its programming, and is not protected by strict anti-piracy provisions. As always, there may be some arguable policy reasons for these distinctions; historically, the threat of copyright infringement was used as an attempt to destroy the cable industry, while efforts to collect from cable pirates were difficult. It is at least possible that these problems do not plague MMDS. Since there is no indication that Congress reached this conclusion or even had any supporting data before it, however, its action is questionable.

IV

CONCLUSION

Although the Commission and Congress are committed to creating a level playing field for the new video technologies, they have left a number of potholes behind. On virtually all of the fronts examined above, significant disparities and inconsistencies exist among the new video media. Equally important, the FCC and the Congress have failed to consider a host of questions — e.g., MMDS's fairness obligations or copyright liabilities.

Actuellement, il est difficile, sinon impossible, d'estimer l'impact de ces problèmes sur les nouveaux médias vidéo. Evaluer le coût d'une réglementation en particulier relève de la spéculation au mieux, et au pire, de la témérité, deux des technologies abordées, le DBS et le MMDS n'existant même pas. Néanmoins, ces incohérences peuvent affecter l'évolution des nouveaux médias vidéo.

Le problème tient au fait que l'incohérence du régime légal américain ne résulte pas d'une volonté délibérée. Dans la majeure partie des cas, la Commission et le Congrès se sont heurtés à des obstacles dus à l'histoire, aux lacunes législatives et au retard dans la réglementation en résultant. Néanmoins, il ne semble pas injustifié de critiquer la FCC et le Congrès pour leur manque de prévoyance.

(Traduction française de Bruno Ryterband)

Es difícil actualmente, casi imposible, estimar el impacto de esos problemas sobre los nuevos medios de comunicación video. Evaluar el costo de una reglamentación particular es una especulación en el mejor de los casos y una temeridad en el peor de ellos, siendo que dos de las tecnologías tratadas, la DBS y la MMDS, ni siquiera existen. Sin embargo, esas incoherencias pueden afectar la evolución de los nuevos medios de comunicación video.

El problema reside en el hecho de que la incoherencia del régimen legal americano no es el resultado de una voluntad deliberada. En la mayoría de los casos, la Comisión y el Congreso han tenido que verse las caras con obstáculos debidos a la historia, a las lagunas legislativas y al retraso de la reglamentación que eso conlleva. No parece sin embargo injustificado criticar a la FCC y al Congreso por su falta de previsión.

(Traducción española de Antonio Muñoz.)

At the present, it is difficult, if not impossible to estimate these problems' impact on the new video media. Measuring the cost of a particular type of regulation is speculative at best and foolhardy at worst, when two of the industries in question — DBS and MMDS — do not even exist. Nevertheless, these inconsistencies may change the ways in which the new video media evolve.

The problem is not that the U.S. legal regime has created this lack of consistency deliberately. In almost every instance, the Commission and the Congress have been hampered by historical accidents, legislative lacunae, and inherent regulatory lag. Nevertheless, it seems fair to criticize the FCC and Congress for not considering these problems in advance.