

LE JUGEMENT
DAS URTEIL

Les photos sur la vie privée des personnes publiques sans fonctions officielles sont illicites

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 18 mai 2004, affaire von Hannover c. Allemagne (requête n° 59320/00)

Les photos et articles sur des personnalités n'exerçant pas de fonctions officielles et qui ont pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de leur vie privée bénéficient d'une moins grande liberté d'expression que les reportages relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique. Cela vaut spécialement aussi en raison du harcèlement dont ces personnes font l'objet dans leur vie quotidienne.

Fotos und Artikel über Personen ohne öffentliche Funktionen, die mit der Absicht erscheinen, die Öffentlichkeit über deren Privatleben zu orientieren, genießen einen weniger weitgehenden Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit als Beiträge mit - auch kontroversen - Tatsachen, die eine Debatte in einer demokratischen Gesellschaft untermauern. Dies gilt insbesondere auch, weil diese Personen einer ständigen Belästigung im täglichen Leben ausgesetzt sind.

En fait (résumé):

Fille aînée du prince Rainier de Monaco, Caroline von Hannover, née en 1957, essaie souvent, depuis le début des années nonante, dans différents pays européens, de faire interdire la publication de photos sur sa vie privée dans la presse à sensation. Les quelque 40 photos qui font l'objet des présentes procédures ont été publiées par la maison d'édition Burda dans les magazines allemands Bunte et Freizeit Revue, et par la maison d'édition Heinrich Bauer dans le magazine allemand Neue Post. Certaines montrent la princesse en compagnie de l'acteur Vincent Lindon au fond de la cour d'un restaurant en Provence ou faisant son marché avec un garde du corps; d'autres la montrent à cheval ou à bicyclette, ou en train de faire du canoë ou du ski; sur une autre, elle est en compagnie de ses enfants; une autre encore la montre au «Beach Club» de Monte-Carlo, vêtue d'un maillot de bain et enroulée dans une serviette de bain, alors qu'elle trébuche sur un obstacle, etc. Les titres sont évocateurs: «Ces photos sont la preuve de la plus tendre idylle de notre temps», «Sa vie est un roman avec une succession de malheurs», «Je ne pense pas que je pourrais être la femme idéale pour un homme», etc. Un premier arrêt du Tribunal régional de Hambourg, de 1993, refusa d'interdire les photos en question, estimant que la princesse est une personnalité «absolue» de l'histoire contemporaine (eine «absolute» Person der Zeitgeschichte). En 1995, la Cour fédérale de justice estima que les personnalités de ce type doivent tolérer les photos prises dans un lieu public, seules les photos prises à la dérobée ou dans un lieu retiré étant illicites. Le 15 décembre 1999, la Cour constitutionnelle confirma ce jugement, seules les photos prises

avec les enfants lui paraissant éventuellement sujettes à caution. Elle estima que la garantie de la liberté de la presse vaut aussi pour le divertissement, et qu'on ne saurait dénier à celui-ci tout rapport avec la formation de l'opinion. Elle souligna également que la personnalisation est un moyen journalistique licite.

En droit:

«43. La requérante soutient que les décisions des juridictions allemandes ont porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale (...)

50. La Cour rappelle que la notion de vie privée comprend des éléments se rapportant à l'identité d'une personne tels que le nom d'une personne (Burghartz c. Suisse, arrêt du 22 février 1994, série A no 280-B, p. 28, § 24) ou son droit à l'image (Schüssel c. Autriche (déc.), no 42409/98, 21.02.2002).

De plus, la sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables (voir, mutatis mutandis, Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, série A no 251-B, p. 33, § 29, et Botta c. Italie, arrêt du 24 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, p. 422, § 32). Il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la «vie privée» (voir, mutatis mutandis, P.G.

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

et J.H. c. Royaume-Uni, no 44787/98, § 56, CEDH 2000-IX, et Peck c. Royaume-Uni, no 44647/98, § 57, CEDH 2003-I).

51. La Cour a également indiqué que, dans certaines circonstances, une personne disposait d'une «espérance légitime» de protection et de respect de sa vie privée. Ainsi, elle a estimé, dans une affaire ayant trait à l'interception de communications téléphoniques émanant de locaux professionnels, que la requérante «pouvait légitimement croire au caractère privé de ce type d'appels» (Halford c. Royaume-Uni, arrêt du 25 juin 1997, Recueil 1997-III, p. 1016, § 45).

52. Dans le cas de photos, la Commission, en vue de délimiter la portée de la protection accordée par l'article 8 contre une ingérence arbitraire des autorités publiques, a examiné si elles se rapportaient à un domaine privé ou à des incidents publics, et si les éléments ainsi obtenus étaient destinés à un usage limité ou susceptibles d'être rendus accessibles au public en général (voir, mutatis mutandis, Friedl c. Autriche, arrêt du 31 janvier 1995, série A no 305-B, règlement amiable, avis de la Commission, p. 21, §§ 49-52, P.G. et J.H. précité, § 58, et Peck précité, § 61).

53. En l'espèce, il ne fait pas de doute que la publication par différents magazines allemands de photos représentant la requérante seule ou avec d'autres personnes dans sa vie quotidienne relevait de sa vie privée. (...)

b. Les principes généraux relatifs à la protection de la vie privée et à la liberté d'expression

56. En l'espèce, la requérante ne se plaint pas d'un acte de l'Etat, mais d'une absence de protection suffisante de sa vie privée et de sa propre image de la part de celui-ci.

57. Or la Cour réitère que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (voir, mutatis mutandis, X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A no 91, p. 11, § 23, et Stjerna c. Finlande, arrêt du 25 novembre 1994, série A no 299-B, p. 61, § 38, et Verliere c. Suisse (déc.), no 41953/98, 28.06.2001). Cela vaut également pour la protection du droit à l'image contre des abus de la part de tiers (voir Schüssell précitée). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation

(voir, parmi de nombreux précédents, Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994, série A no 290, p. 19, § 49, et Botta précité, p. 427, § 33).

58. Cette protection de la vie privée doit être mise en balance avec la liberté d'expression garantie à l'article 10 de la Convention. Dans ce contexte, la Cour rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique» (Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49). A cet égard, la presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique: si elle ne doit pas franchir certaines limites, s'agissant notamment de la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général (voir, parmi de nombreux précédents, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216, pp. 29-30, § 59, et Blådet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], no 21980/93, § 59, CEDH 1999-III). La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation (Prager et Oberschlick c. Autriche, arrêt du 26 avril 1995, série A no 313, p. 19, § 38, Tammer c. Estonie, 6 février 2001, no 41205/98, §§ 59-63, et Prisma Presse c. France (déc.), nos 66910/01 et 71612/01, 01.07.03).

59. Si la liberté d'expression s'étend également à la publication de photos, il s'agit là néanmoins d'un domaine où la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière. En l'occurrence, il s'agit de la diffusion non pas «d'idées», mais d'images contenant des «informations» très personnelles, voire intimes, sur un individu. De plus, les photos paraissant dans la presse à sensation sont souvent réalisées dans un climat de harcèlement continu, entraînant pour la personne concernée un très fort sentiment d'intrusion dans sa vie privée et même de persécution.

60. Dans les affaires relatives à mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression dont la Cour a eu à connaître, elle a toujours mis l'accent sur la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apportait au débat d'intérêt général (voir, récemment, Tammer précité, §§ 59 et s., News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche, no 31457/96, §§ 52 et s., CEDH 2000-I, et Krone Verlags GmbH & CoKG c. Autriche, no 34315/96, §§ 33 et s., 26.02.2002). Ainsi la Cour a estimé, dans une affaire, que l'emploi de certains termes pour qualifier la vie privée d'une personne n'était pas «justifié par l'intérêt du public» et que ces expressions «n'avaient pas porté sur

une question d'importance générale» (Tammer précité, § 68), avant de conclure à l'absence de violation de l'article 10. Dans une autre affaire, au contraire, la Cour a attaché une importance particulière au fait que la matière traitée constituait un sujet d'actualité présentant un «extrême intérêt pour le public» et que les photos publiées «ne portaient pas sur des détails de la vie privée» de la personne en question (Krone Verlag précité), avant de conclure à une violation de l'article 10. De même, dans une affaire récente portant sur la publication par l'ancien médecin personnel du Président Mitterrand d'un livre comportant des révélations sur l'état de santé de ce dernier, la Cour a considéré que «plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical» (Plon (Société) c. France, no 58148/00, § 53, 18 mai 2004), avant de conclure à une violation de l'article 10.

c. L'application de ces principes généraux par la Cour

61. La Cour relève tout d'abord qu'en l'espèce les photos de la requérante parues dans les différents magazines allemands la représentent dans des scènes de sa vie quotidienne, donc dans des activités de nature purement privée, alors qu'elle fait du sport, qu'elle se promène, qu'elle sort au restaurant ou qu'elle se trouve en vacances. Ces photos, où la requérante apparaît tantôt seule, tantôt accompagnée, illustrent une série d'articles aux titres anodins comme «Du bonheur simple», «Caroline...une femme retourne à la vie», «Avec la princesse Caroline à Paris» ou «Le baiser. Ou: maintenant ils ne se cachent plus...» (...).

62. La Cour note ensuite que la requérante, en tant que membre de la famille princière monégasque, joue un rôle de représentation lors de certaines manifestations culturelles ou de bienfaisance. Cependant, elle n'exerce aucune fonction au sein ou pour le compte de l'Etat monégasque ou de l'une de ses institutions (...).

63. Or la Cour considère qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions. Si dans le premier cas la presse joue son rôle essentiel de «chien de garde» dans une démocratie en contribuant à «communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public» (Observer et Guardian précité, ibidem), il en va autrement dans le second cas.

64. De même, s'il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur

des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques (Plon (Société) précité, ibidem), cela n'est pas le cas en l'espèce: en effet, celui-ci se situe en dehors de la sphère de tout débat politique ou public, car les photos publiées et les commentaires les accompagnant se rapportent exclusivement à des détails de la vie privée de la requérante.

65. Comme dans d'autres affaires similaires dont elle a eu à connaître, la Cour estime dès lors qu'en l'espèce la publication des photos et des articles litigieux, ayant eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante (voir, mutatis mutandis, Jaime Campmany y Diez de Revenga et Juan Luís Lopez-Galiacho Perona c. Espagne, (déc), no 54224/00, 12.12.2000, Julio Bou Gibert et El Hagar Y La Moda J.A. c. Espagne, (déc), no 14929/02, 13.05.2003, et Prisma Presse précitées).

66. Dans ces conditions, la liberté d'expression appelle une interprétation moins large (voir Prisma Presse précité, et, a contrario, Krone Verlag précité).

67. A cet égard, la Cour tient également compte de la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection du droit à la vie privée, qui souligne «l'interprétation unilatérale du droit à la liberté d'expression» par certains médias, dans la mesure où ils cherchent à justifier les atteintes au droit inscrit à l'article 8 de la Convention en considérant que «leurs lecteurs auraient le droit de tout savoir sur les personnes publiques» (...) (N.d.l.r. Résolution 1165 (1998)).

68. Par ailleurs, un autre point paraît important aux yeux de la Cour: même si la présente requête ne porte stricto sensu que sur la publication des photos et des articles litigieux par différents magazines allemands, on ne saurait néanmoins faire totalement abstraction du contexte dans lequel ces photos ont été prises – à l'insu de la requérante et sans son consentement – et du harcèlement dont font l'objet nombre de personnes publiques dans leur vie quotidienne (paragraphe 59 ci-dessus). En l'espèce, ce point est illustré de manière particulièrement frappante par les photos prises au «Beach Club» de Monte-Carlo, alors que la requérante trébuche sur un obstacle et tombe par terre (...). Il apparaît en effet que ces photos avaient été prises de manière clandestine, à une distance de plusieurs centaines de mètres, probablement d'une maison avoisinante, alors que l'accès des journalistes et photographes à ce club était strictement réglementé (...).

69. Or la Cour rappelle l'importance fondamentale que revêt la protection de la vie privée pour l'épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui – comme elle l'a dit plus haut – va au-delà du cercle familial intime et

comporte également une dimension sociale. Elle estime que toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une «espérance légitime» de protection et de respect de sa vie privée (paragraphe 51 ci-dessus, et, mutatis mutandis, Halford précité, § 45).

70. De plus, une vigilance accrue quant à la protection de la vie privée s'impose face aux progrès techniques d'enregistrement et de reproduction de données personnelles d'un individu (voir le point 5 de la résolution de l'Assemblée parlementaire sur la protection du droit à la vie privée - paragraphe 42 ci-dessus - et, mutatis mutandis, Amann c. Suisse [GC], no 27798/95, §§ 65-67, CEDH 2000-II, Rotaru c. Roumanie [GC], no 28341/95, §§ 43-44, CEDH 2000-V, P.G. et J. H. précité, §§ 57-60, et Peck précité, §§ 59-63, et § 78). Cela vaut également pour la réalisation systématique de photos déterminés et leur diffusion auprès d'un large public.

71. Enfin, la Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (voir, mutatis mutandis, Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, série A no 37, pp. 15-16, § 33).

72. Or la Cour éprouve des difficultés à suivre l'interprétation par les juridictions internes de l'article 23 § 1 de la loi sur les droits d'auteur dans le domaine artistique, qui consiste à qualifier une personne en tant que telle de personnalité «absolue» de l'histoire contemporaine. Impliquant une protection très limitée de la vie privée et du droit à l'image, une telle qualification peut se comprendre pour des personnalités de la vie politique occupant des fonctions officielles. Cependant, elle ne saurait se justifier pour une personne «privée» comme la requérante, pour qui l'intérêt du grand public et de la presse est basé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors qu'elle-même ne remplit pas de fonctions officielles. De toute façon, dans ces conditions, une interprétation restrictive de cette loi paraît s'imposer aux yeux de la Cour, afin que l'Etat remplisse son obligation positive de protection de la vie privée et du droit à l'image à l'égard de la Convention.

73. Enfin, la distinction opérée entre personnalités «absolues» et personnalités «relatives» de l'histoire contemporaine doit être claire et évidente, afin que, dans un Etat de droit, l'individu dispose d'indications précises quant au comportement à adopter; surtout, il faut qu'il sache exactement quand et où il se trouve dans une sphère protégée ou, au contraire, dans une sphère dans laquelle il doit s'attendre à une ingérence de la part d'autrui et surtout de la presse à sensation.

74. La Cour estime dès lors que les critères retenus en l'espèce par les juridictions internes n'étaient pas suffisants pour assurer une protection effective de la vie privée de la

requérante: en effet, en tant que personnalité «absolue» de l'histoire contemporaine, celle-ci ne peut – au nom de la liberté de la presse et de l'intérêt du public – se prévaloir d'une protection de sa vie privée que si elle se trouve dans un endroit isolé, à l'abri du public, et si, de surcroît, elle parvient à le prouver, ce qui peut s'avérer difficile. Si ces éléments font défaut, elle doit accepter d'être photographiée presque à tout moment, de manière systématique, et que ces photos soient ensuite très largement diffusées, même si, comme ce fut le cas en l'espèce, ces photos et les articles les accompagnant se rapportent exclusivement à des détails de sa vie privée.

75. D'après la Cour, le critère de l'isolement spatial, s'il peut paraître clair en théorie, apparaît en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée: en l'espèce, le seul fait de qualifier la requérante de personnalité «absolue» de l'histoire contemporaine ne suffit pas à justifier une telle intrusion dans la vie privée de celle-ci.

d. Conclusion

76. Comme elle l'a dit plus haut, la Cour considère que l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général. Or force est de constater qu'en l'espèce cette contribution fait défaut, la requérante ne remplissant pas de fonctions officielles et les photos et articles litigieux se rapportant exclusivement à des détails de sa vie privée.

77. De plus, la Cour estime que le public n'a pas un intérêt légitime de savoir où la requérante se trouve et comment elle se comporte d'une manière générale dans sa vie privée, même si elle apparaît dans des lieux qu'on ne saurait toujours qualifier d'isolés, et ce malgré sa notoriété.

Et même si cet intérêt du public existe, de même qu'un intérêt commercial des magazines publiant photos et articles, ces intérêts doivent, aux yeux de la Cour, s'effacer en l'espèce devant le droit de la requérante à la protection effective de sa vie privée.

78. Enfin, d'après la Cour, les critères définis par les juridictions internes n'étaient pas suffisants pour assurer une protection effective de la vie privée de la requérante, et cette dernière aurait dû bénéficier dans les circonstances de l'espèce d'une «espérance légitime» de protection de sa vie privée.

79. Eu égard à tous ces éléments, et malgré la marge d'appréciation dont l'Etat dispose en la matière, la Cour estime que les juridictions allemandes n'ont pas établi un juste équilibre entre les intérêts en présence. (...) ■

Un livre sur la santé d'un défunt chef d'Etat ne peut être interdit

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 18 mai 2004, affaire Plon (Société) c. France (requête n°58148/00)

Un livre écrit par un médecin et un journaliste révélant qu'un chef d'Etat a caché durant une dizaine d'années à ses électeurs le cancer qui l'affectait peut être interdit en procédure provisoire (ou de référé). Publiées peu de temps après la mort, ces révélations, faites en violation du secret médical, étaient de nature à aviver le chagrin de la famille et constituaient une atteinte particulièrement forte à la mémoire du défunt. En revanche, l'interdiction définitive d'un tel livre est disproportionnée et ne correspond pas à un «besoin social impérieux» lorsqu'elle est prononcée plus de neuf mois après le décès de l'homme politique et que le livre a déjà été diffusé à 40 000 exemplaires et sur internet.

Ein von einem Mediziner und einem Journalisten verfasstes Buch über einen Staatschef, der während einem Jahrzehnt seine Krebskrankheit seinen Wählern verschwiegen hat, kann in einem vorsorglichen Verfahren verboten werden. Diese Enthüllungen, welche unter Verletzung des Arztgeheimnisses kurz nach dem Tod des Betroffenen veröffentlicht wurden, sind geeignet, den Kummer der Hinterbliebenen wieder aufleben zu lassen und stellen einen schweren Eingriff in die Erinnerung an den Verstorbenen dar. Das definitive Veröffentlichungsverbot eines solchen Buches ist hingegen unverhältnismässig und ist auch nicht durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt, wenn es im konkreten Fall neun Monate nach dem Tod des Politikers mit 40'000 Exemplaren auf den Markt kam und im Internet veröffentlicht wurde.

En fait (résumé):

En 1995, les Editions Plon ont acquis de M. Gonod, journaliste, et du Dr Gubler, médecin personnel du président Mitterrand durant plusieurs années, les droits d'édition d'un livre intitulé «Le Grand Secret». Cet ouvrage décrit les relations entre le Dr Gubler et François Mitterrand et expose la façon dont le médecin avait organisé le service médical autour de son patient, atteint d'un cancer diagnostiqué dès 1981, quelques mois après sa première élection à la présidence de la République française. Il raconte en particulier les difficultés qu'avaient posées au Dr Gubler la dissimulation de cette maladie, alors que le président Mitterrand, avant d'être élu, s'était engagé devant l'opinion publique à faire paraître un bulletin de santé tous les six mois.

L'ouvrage devait paraître à la mi-janvier 1996, du vivant du président français. Mais ce dernier étant décédé le 8 janvier 1996, les auteurs et la société Plon décidèrent dans ces conditions de surseoir à sa diffusion. Le 17 janvier 1996, ils décidèrent de le diffuser néanmoins, en réaction à une vive polémique déclenchée par un article du «Monde».

Saisi d'une demande de mesure provisionnelle (référé) par la veuve et les enfants de François Mitterrand, dénonçant une violation du secret médical et une atteinte à l'intimité de la vie privée du président Mitterrand et aux sentiments de ses proches, le président du tribunal de grande instance

de Paris interdit la poursuite de la diffusion du livre. La Cour d'appel de Paris confirma cette ordonnance le 13 mars 1996, en impartissant aux demandeurs un délai d'un mois pour saisir les juges du fond. La Cour de cassation en fit de même pour ce jugement, le 16 juillet 1997. Le 5 juillet 1996, le Tribunal correctionnel déclara le Dr Gubler coupable de violation du secret professionnel et le condamna à quatre mois d'emprisonnement avec sursis. Le journaliste et le président des Editions Plon furent déclarés coupables de complicité et condamnés à une amende. Agissant sur le fond, la veuve du président Mitterrand et ses enfants obtinrent le 23 octobre 1996 la condamnation du Dr Gubler, du journaliste et de l'éditeur à 340 000 francs français de dommages-intérêts et le maintien de l'interdiction du livre. Le tribunal fit remarquer notamment que pour se défendre contre des accusations mettant en cause sa compétence ou son intégrité, le Dr Gubler n'était pas tenu de révéler autant de détails. Tant la Cour d'appel de Paris que la Cour de cassation ont confirmé l'interdiction définitive du livre.

En droit:

«1.«Prévue par la loi»

22. La Cour relève que les juridictions françaises ont interdit à la société éditrice requérante de poursuivre la diffusion d'un livre publié par elle – interdiction provisoire dans un premier temps, puis définitive – et l'ont condam-

née au paiement de dommages intérêts à raison de cette publication. Il est donc manifeste (...) qu'elle a subi une «ingérence d'autorités publiques» dans l'exercice du droit garanti par l'article 10 de la Convention. A cet égard, la Cour souligne en tant que de besoin que les éditeurs, qu'ils s'associent ou non au contenu des ouvrages qu'ils publient, participent pleinement à l'exercice de la liberté d'expression en fournissant un support aux auteurs (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, 8 juillet 1999, CEDH 1999-IV; voir aussi *C.S.Y. c. Turquie*, no 27514/95, § 27, arrêt du 4 mars 2003).

23. Pareille immixtion enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu de déterminer si elle était «prévue par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes au regard dudit paragraphe et «nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre. (...)

26. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une «loi» au sens de l'article 10 § 2 qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (voir, par exemple, les arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* (no 1) du 26 avril 1979, série A no 30, § 49 et *Hertel c. Suisse*, du 25 août 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, § 35).

27. La Cour relève qu'aux termes de l'article 4 du code de déontologie médicale, le secret professionnel auquel les médecins sont astreints, «institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi», et «couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris». La violation de ce secret est constitutive d'un délit, prévu et réprimé par l'article 226-13 du code pénal. D'après la Cour de cassation, «ce que la loi a voulu garantir, c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire» (Cass. crim. 19 novembre 1985, Bull. crim. no 364). Ainsi, au vu du droit positif, la société requérante pouvait sans aucun doute prévoir qu'en publiant un livre rédigé par l'ancien médecin personnel du Président Mitterrand, décrivant notamment l'évolution de la maladie de celui-ci et contenant

des informations sur le traitement médical et les interventions chirurgicales qu'il avait subies et sur ses entretiens avec des médecins, elle publiait un ouvrage contenant des révélations susceptibles d'être couvertes par le secret médical.

27. La Cour constate ensuite que le droit français met à la charge des médecins une obligation stricte de respecter le secret professionnel: il s'impose à eux, sauf les exceptions prévues par la loi et qui doivent elles-mêmes être entendues de façon restrictive. Tel est le sens de l'article 226-14 du code pénal, qui spécifie que «l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret»; or la loi ne prévoit pas qu'un médecin peut se trouver délié de son obligation au secret par son patient ou, d'une manière générale, parce qu'un «intérêt légitime» l'en affranchit. (...)

31. Bref, la société requérante ne saurait soutenir qu'elle ne pouvait prévoir «à un degré raisonnable» les conséquences que la publication du «Grand Secret» était susceptible d'avoir pour elle sur le plan judiciaire, y compris en ce qui concerne sa responsabilité civile et la possibilité de subir une mesure prescrite en référé. La Cour en déduit que l'ingérence litigieuse était «prévue par la loi» au sens du second paragraphe de l'article 10 (...).

2. But légitime

34. La Cour relève que le maintien de l'interdiction de la diffusion du «Grand Secret» et la condamnation de la société requérante à des dommages intérêts ont été décidés par le juge civil, saisi d'une action en réparation du préjudice moral causé à François Mitterrand et à ses ayants cause, au motif que le contenu de cet ouvrage méconnaissait le secret médical. L'interdiction prise préalablement par le juge des référés visait quant à elle, à titre conservatoire, à faire cesser ce trouble, jugé alors «manifestement illicite».

Il résulte tant de la motivation des jugements des juridictions internes, en particulier de l'arrêt de la cour d'appel en date du 27 mai 1997, que des arguments exposés devant la Cour par le Gouvernement, que les autorités judiciaires ont entendu se fonder à la fois sur deux des «buts légitimes» énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention: il s'agissait d'«empêcher la divulgation d'informations confidentielles» (celles couvertes, selon le droit national, par le secret médical), et de protéger les «droits d'autrui» (ceux du Président de la République, ainsi que de sa veuve et de ses enfants, auxquels ils leur ont été transmis par son décès).

La Cour n'a pas à trancher le point de savoir si la responsabilité civile née de la violation du secret médical relève dans l'abstrait du premier de ces buts légitimes, du second ou des deux à la fois. Il lui suffit de constater qu'en l'espèce les mesures d'interdiction critiquées, en référé comme

.....

au fond, tendaient à protéger l'honneur, la réputation et l'intimité de la vie privée du Président défunt, et que l'appréciation des juridictions nationales selon lesquelles ces «droits d'autrui» se trouvaient transmis à sa famille par sa mort n'apparaît nullement déraisonnable ou arbitraire. En outre, c'est bien parce que nombre d'informations révélées dans l'ouvrage étaient juridiquement secrètes, donc a fortiori confidentielles, qu'elles ont pu concrètement porter atteinte aux droits d'autrui, dont le paragraphe 2 de l'article 10 considère la protection comme légitime.

Partant, l'ingérence litigieuse poursuivait bien l'un au moins des «buts légitimes» énoncés au second paragraphe de l'article 10. (...)

3. «Nécessaire dans une société démocratique»

42. Il y a lieu en premier lieu de rappeler les principes fondamentaux qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt précité *Sunday Times* (no 1), paragraphe 65, et *Association Ekin c. France*, arrêt du 17 juillet 2001, no 39288/98, § 56, CEDH 2001-VIII).

La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Comme le précise l'article 10, cette liberté est soumise à des exceptions qui doivent cependant s'interpréter strictement, et la nécessité de restrictions quelconques doit être établie de manière convaincante.

L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique l'existence d'un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions appliquant celle-ci, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression sauvegardée par l'article 10.

Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable; il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire

pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants».

L'article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la circulation, ou toute interdiction de diffusion, mais de telles restrictions présentent pour une société démocratique de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux, auquel elle va en l'espèce procéder ci-après.

43. La Cour a par ailleurs souligné à de très nombreuses reprises le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique. Elle a en particulier précisé que, si la presse ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant aux droits d'autrui, il lui incombe de communiquer, dans le respect de ses devoirs et responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général; à sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, CEDH 1999-III, §§ 59 et 62 *Colombani et autres c. France*, no 51279/99, § 65, CEDH 2002-V, § 55). La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» (voir, par exemple, l'arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas* précité, § 59).

Ces principes sont applicables en matière de publication de livres, ou d'écrits autres que ceux à paraître ou paraissant dans la presse périodique (voir, en particulier, l'arrêt *C.S.Y.* précité, § 42), dès lors qu'ils portent sur des questions d'intérêt général.

44. Les juridictions civiles françaises ont, notamment, d'abord provisoirement puis définitivement, interdit à la société éditrice requérante de poursuivre la diffusion du «Grand Secret». Rédigé par M. Gonod, journaliste, et le Dr Gubler, médecin personnel du Président Mitterrand durant plusieurs années, ce livre relate les relations entre le Dr Gubler et le Président Mitterrand et expose la façon dont le premier avait organisé un service médical autour du second, alors qu'il était atteint d'un cancer diagnostiqué dès 1981, quelques mois après sa première élection à la présidence de la République Française. Il raconte en particulier les difficultés qu'avait posées au Dr Gubler la dissimulation de cette maladie, alors que le Président Mitterrand s'était engagé à faire paraître un bulletin de santé tous les six mois.

Selon la Cour, la publication de cet ouvrage s'inscrivait dans un débat d'intérêt général alors largement ouvert en France et relatif en particulier au droit des citoyens d'être, le cas échéant, informés des affections graves dont souffre le chef de l'Etat, et à l'aptitude à la candidature à la magis-

trature suprême d'une personne qui se sait gravement malade. Plus encore, le secret imposé – selon la thèse de l'ouvrage – dès l'apparition de la maladie, par le Président Mitterrand, sur l'existence de son mal et sur son évolution, du moins jusqu'à la date où l'opinion publique fut informée (plus de dix ans après) pose la question d'intérêt public de la transparence de la vie politique.

La liberté de la «presse» étant ainsi en cause, les autorités françaises ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» de prendre les mesures dont il est question contre la société requérante. La Cour doit donc vérifier si ce besoin social impérieux existait.

45. Ceci étant, la Cour estime qu'il y a lieu en l'espèce de distinguer la mesure prise en référé des mesures prises au principal. Elle rappelle à cet égard que la nécessité d'ingérences dans la liberté d'expression peut exister dans une première période, puis disparaître dans une seconde période (voir sur ce point l'arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, série A no 216).

a. La mesure prise en référé

46. Saisi en référé le 17 janvier 1996 par les ayants cause du Président Mitterrand qui dénonçaient notamment une violation du secret médical, le président du tribunal de grande instance de Paris a, à titre conservatoire, par une ordonnance en référé du 18 janvier 1996, fait défense à la société requérante et au Dr Gubler de poursuivre la diffusion du livre «le Grand Secret». Cette ordonnance fut confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 mars 1996, lequel impartit aux demandeurs un délai d'un mois pour saisir le juge du fond, précisant notamment qu'à défaut d'une telle saisine, cette mesure cesserait de prendre effet à l'expiration de ce délai.

Pour justifier cette mesure conservatoire, la cour d'appel, après avoir identifié de nombreux passages du «Grand Secret» narrant des faits «manifestement couverts par le secret médical», a souligné que la révélation de tels faits par le biais de la diffusion de cet ouvrage «rev[était] un caractère manifestement illicite» et causait un trouble au sens de l'article 809 du nouveau code de procédure civile aux ayants cause du Président Mitterrand. La Cour a en outre pris soin de souligner que l'interdiction de la diffusion d'un livre revêt un caractère exceptionnel, et qu'il est nécessaire d'en limiter les effets dans le temps.

47. La Cour estime ces motifs «pertinents et suffisants» dans les circonstances de la cause. Elle relève que le juge des référés a statué le 18 janvier 1996, au lendemain de la sortie du «Grand Secret», laquelle intervenait dix jours à peine après le décès du Président Mitterrand. Assurément, la diffusion à une date si proche de ce décès d'un ouvrage présentant le Président Mitterrand comme ayant sciem-

ment menti au peuple français sur l'existence et l'ancienneté de son mal, et – comme l'a relevé la Cour d'appel de Paris de manière circonstanciée dans son arrêt du 13 mars 1996 – méconnaissant *prima facie* le secret médical, ne pouvait qu'aviver le chagrin des ayants cause de celui dont la mort très récente était intervenue dans la souffrance. Plus encore, cette mort, survenue après un long combat contre le mal, et quelques mois à peine après la fin des fonctions présidentielles, n'a pas manqué de susciter une vive émotion dans la classe politique et dans l'opinion, si bien que l'atteinte portée par le livre à la mémoire du défunt se trouvait, dans ces circonstances, particulièrement forte. En outre, la Cour observe que la mesure prise en référé ne préjugait pas l'issue du litige dont les parties devaient débattre par la suite devant les juges du fond; en particulier, en se fondant sur le «trouble manifestement illicite», le juge des référés, ainsi que la cour d'appel statuant sur son ordonnance, n'avait pas à entrer dans la discussion, juridiquement délicate, de la question de savoir si l'interdiction de divulguer des informations fonde une action qui n'appartient qu'aux vivants. Saisi par l'épouse et par les enfants du Président décédé quelques jours auparavant, dans ce contexte de deuil, le juge des référés devait décider de la mesure propre à faire cesser ce trouble. Compte tenu de la date à laquelle elle a été décidée et de son caractère conservatoire, l'interruption de la diffusion de l'ouvrage litigieux jusqu'à la décision des juridictions compétentes sur sa compatibilité avec le secret médical, et avec l'atteinte aux droits d'autrui, se trouvait justifiée au regard du ou des buts légitimes poursuivis.

La Cour considère par ailleurs que cette ingérence était «proportionnée» à ce ou à ces buts, la cour d'appel ayant pris soin, en confirmant la mesure prise par le juge des référés, de limiter raisonnablement sa validité dans le temps, précisant en particulier qu'elle cesserait de prendre effet à défaut de saisine du juge du fond dans un délai d'un mois.

48. Bref, la Cour considère que, dans les circonstances de la cause, la mesure temporaire d'interruption de la diffusion du «Grand secret» prise par le juge des référés pouvait passer pour «nécessaire dans une société démocratique» à la protection des droits du Président Mitterrand et de ses ayants cause. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de ce chef.

b. Les mesures prises au fond

49. Par un jugement du 23 octobre 1996, le tribunal de grande instance de Paris a condamné la société requérante au paiement de dommages intérêts à la veuve de François Mitterrand et aux enfants de celui-ci, et a maintenu l'interdiction de diffusion du «Grand Secret». Ce jugement fut à cet égard confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 mai 1997, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt (voir le paragraphe 16 ci-dessus).

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Ces mesures ont été prises au titre de la réparation du dommage causé à François Mitterrand et à ses ayants cause du fait de la méconnaissance du secret médical auquel le Dr Gubler était tenu à son égard, cette méconnaissance résultant notamment des informations contenues dans «Le Grand secret». La responsabilité de la société éditrice requérante du fait de la publication de ce livre est une responsabilité civile et non pénale.

La Cour note que ces mesures, par définition, n'avaient plus d'objet conservatoire, et que leur effet n'est pas limité dans le temps.

50. Elle rappelle que si, en fournissant un support aux auteurs, les éditeurs participent à l'exercice de la liberté d'expression, en corollaire, ils partagent indirectement les «devoirs et responsabilités» que lesdits auteurs assument lors de la diffusion de leurs écrits (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Sürek (no1) précité, § 63).

Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité civile pour faute de la société requérante du fait de la publication du «Grand Secret» et sa condamnation à des dommages intérêts ne sont pas, en tant que telles, incompatibles avec les exigences de l'article 10 de la Convention. Elles sont également, en l'espèce, fondées sur des motifs pertinents et suffisants. A cet égard, la Cour est convaincue par les éléments et le raisonnement retenus par le juge civil pour conclure que le contenu du «Grand Secret» entre en conflit avec le secret médical qui s'imposait en droit interne au Dr Gubler. Elle renvoie en particulier à la méticuleuse analyse que, dans son jugement du 23 octobre 1996, le tribunal de grande instance de Paris fait de l'ouvrage au regard des exigences de ce secret (paragraphe 14 ci-dessus). Elle renvoie également à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 mai 1997 en ce qu'il souligne que «la présence de M. Gubler auprès de M. François Mitterrand n'ayant eu d'autres causes que sa fonction de médecin traitant, tous les éléments qu'il relate dans son livre, appris ou constatés à l'occasion de l'exercice de sa profession, relèvent du secret médical auquel il est tenu envers son patient».

51. La Cour parvient en revanche à la conclusion que le maintien de l'interdiction de la diffusion du «Grand Secret», même motivé de façon pertinente et suffisante, ne correspondait plus à un «besoin social impérieux» et s'avérait donc disproportionné aux buts poursuivis.

52. Selon le jugement du 23 octobre 1996, la mesure de maintien perpétuel de l'interdiction de diffusion visait à «mettre fin au trouble subi par la victime et à prévenir la réapparition du préjudice, qui découlerait nécessairement d'une reprise de diffusion de l'écrit». Le tribunal a jugé que le temps écoulé depuis le décès de François Mitterrand n'avait pas eu pour effet «de faire définitivement cesser le trouble constaté lors de la parution de l'ouvrage et de rendre licite [s]a diffusion», et la circonstance que des informations qu'il contient avaient été divulguées par les mé-

dias n'était pas «de nature à faire disparaître le trouble et le dommage qui renaîtraient pour les demandeurs d'une reprise de la diffusion de ce livre». Le tribunal ajouta que le seul moyen d'y parvenir était l'interdiction de l'ouvrage; il souligna à cet égard qu'«au regard de leur volume rédactionnel, les passages précités du livre «Le Grand Secret» révélant des faits couverts par le secret médical ne peuvent être dissociés des autres passages de l'ouvrage, sauf à vider celui-ci de l'essentiel de son contenu et, par voie de conséquence, à le dénaturer».

53. La Cour n'est pas convaincue par de telles justifications. Elle souligne que, le 23 octobre 1996, lorsque le tribunal de grande instance de Paris a rendu son jugement, le décès de François Mitterrand remontait à neuf mois et demi. Manifestement, l'on ne se trouvait plus dans le même contexte que celui qui prévalait lorsque, le 18 janvier 1996, le juge des référés avait ordonné l'interruption provisoire de la diffusion du «Grand Secret». Ledit juge statuait alors au lendemain de la sortie de l'ouvrage, laquelle intervenait dix jours à peine après le décès du Président Mitterrand; comme la Cour l'a souligné précédemment, la diffusion de l'ouvrage à une date si proche de ce décès ne pouvait qu'aviver la légitime émotion des proches du défunt, héritiers de ses droits (paragraphe 47 ci-dessus). Selon la Cour, plus la date du décès s'éloignait, plus cet élément perdait de son poids. Parallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical. Il ne s'agit certes pas pour la Cour de considérer que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du secret médical, qui, en droit français, est général et absolu, sauf les strictes exceptions fixées par la loi elle-même. Mais, à partir du moment où celui-ci avait été enfreint, ce qui a entraîné pour l'auteur de cette violation des sanctions pénales (et disciplinaires), le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction, en l'espèce elle aussi générale et absolue, d'un livre.

En outre, lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement celui-ci avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais en plus, il avait été diffusé sur l'Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. A ce moment là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant (voir, mutatis mutandis, les arrêts Weber c. Suisse, du 22 mai 1990, série A no 177, § 51, Observer et Guardian précité, §§ 66s., Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas, précité, § 41, et Fressoz et Roire c. France précité, § 53).

54. Cette mesure apparaît d'autant plus disproportionnée par rapport au «but légitime» poursuivi, celui-ci se résommant à la protection des droits de François Mitterrand et

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

de ses ayants cause, qu'elle s'ajoute à la condamnation de la société requérante au paiement de dommages intérêts à ces derniers.

55. En conclusion, le 23 octobre 1996, lorsque le tribunal de grande instance de Paris a statué au principal, nul «besoin social impérieux» ne justifiait plus le maintien de l'interdiction de la diffusion du «Grand Secret». Dès lors, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention à partir de cette date.

56. La société requérante voit un motif supplémentaire de violation de son droit à la liberté d'expression dans le fait qu'elle a été condamnée, in solidum avec le Docteur Gubler, à payer à Mme Mitterrand et aux trois autres demandeurs des dommages intérêts qu'elle estime «exorbitants».

57. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue (voir paragraphe 55 ci-dessus), la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément cette branche du grief, dont au demeurant la pertinence ne lui apparaît pas évidente. (...) ■

REMARQUES:

1. Jusqu'où va le **droit du public à l'information**? Quand doit-il céder le pas au **respect de la vie privée**? C'est autour de cette importante question que tournent les trois affaires tranchées par la Cour européenne des droits de l'homme dont il est question dans le présent numéro. Ces décisions, particulièrement celle concernant Caroline de Monaco, sont fondamentales et auront des répercussions sur les médias de boulevard dans toute l'Europe, ainsi que sur leurs imitateurs occasionnels, même si celles-ci ne se feront probablement pas sentir avant quelque temps.

Lorsqu'ils évoquent l'art. 10 CEDH, les médias oublient souvent qu'il existe d'autres droits fondamentaux encore dans la Convention, dont l'art. 8, qui consacre le respect de la vie privée. Dans une société démocratique, si la liberté d'expression a une importance fondamentale, la vie privée n'est pas d'ordre secondaire pour autant. Le respect de l'individu aussi est une caractéristique constitutive de notre civilisation européenne. On ne peut donc pas placer au pinacle la première, et reléguer dans l'arrière-boutique la seconde. C'est pourtant souvent ce qui s'est passé dans le débat public, sans que les tribunaux réagissent avec beaucoup de vigueur. Les arrêts en question opèrent, dans cette question, un véritable recentrage, dont on ne manquera sans doute pas de retrouver un jour prochain les retombées dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, même si la médias en Suisse, en général, sont beaucoup plus retenus que leurs collègues allemands, français ou surtout britanniques, pour ne citer qu'eux.

2. A première vue, l'arrêt **Plon c. France** est somme toute assez classique et peu surprenant. Il attire l'attention surtout par la notoriété du héros principal, feu le président François Mitterrand, et par le blâme qu'il inflige aux plus hautes autorités judiciaires françaises, victimes d'un assez curieux dérèglement. Ce n'est pas ici le lieu d'analyser la nature du secret médical et de décider si c'est à bon droit que le médecin personnel de François Mitterrand a révélé peu de temps après la mort de celui-ci tous les détails de la maladie que le président avait cachés à son peuple durant plus de dix ans. La question qui nous intéresse ici, c'est de savoir si un tel livre pouvait être frappé d'interdiction par voie provisionnelle durant plus de neuf mois, puis définitivement enterré par une décision sur le fond.

3. La Cour, selon nous, a eu tort de considérer la mesure provisionnelle comme défendable. D'une part, le contenu du livre était déjà largement connu et diffusé au moment de la décision. D'autre part, il portait sur un homme public, et pas n'importe lequel, dont on révélait un comportement coupable à l'égard de ses concitoyens durant plus de dix ans. Difficile de dire qu'il s'agissait là d'une vile atteinte à la vie privée ou aux sentiments de piété, dénuée de tout intérêt pour le public. Une telle mesure n'était pas non plus nécessaire pour engager des poursuites contre le médecin indélicat. Elle était donc disproportionnée au vu de l'importance du personnage en question et des révélations faites. Au fond, ce que dit la Cour, c'est que quand un grand homme meurt, il ne faut surtout rien dire de trop négatif sur lui pendant un certain laps de temps, par égard pour sa famille, et s'abstenir carrément lorsque les révélations portent sur un comportement inadmissible. Est-ce vraiment un raisonnement tenable, dans une société démocratique?

4. On regrettera d'autant plus cette première décision de la Cour qu'elle apporte une certaine caution à ceux qui sont tentés d'utiliser les mesures provisionnelles comme un moyen de censure, ou un moyen d'intimider les journalistes. C'est un débat qu'on connaît bien en Suisse, même si l'art. 28 c ch. 3 du code civil est, en principe, correctement rédigé.

5. Sur le fond, heureusement, la Cour remet la justice française en place. Rien ne justifiait un acte aussi grave que l'interdiction définitive du livre, et surtout pas, comme le prétendaient les juges français, la sauvegarde du secret médical. On ne peut s'empêcher de voir dans cette attitude des juges de l'Hexagone une sorte d'hommage rendu au roi, qui n'a plus grand chose à voir avec une sereine balance des intérêts. Il est vrai aussi que la culture du secret en France est très particulière; même les médias y participent plus souvent qu'à leur tour, en se croyant investis d'un devoir de discrétion à l'égard des vies privées les plus mouvementées lorsqu'elles sont celles de personnalités haut placées. L'argumentation des juges de Strasbourg, cependant, nous paraît contestable. Ce n'est pas l'écoulement du temps depuis le décès qui fait que, peu à peu, l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats du président défunt l'emportait sur les sentiments des proches. L'intérêt du public à l'histoire, en l'occurrence, était prépondérant dès le premier jour. Savoir si un chef d'Etat a menti, s'il s'est présenté pour un deuxième septennat en plaçant son goût du pouvoir au-dessus du plus élémentaire respect des électeurs et des institutions, s'il a été à la fin de son mandat incapable d'exercer ses fonctions: voilà qui doit être élucidé et discuté sans attendre.

6. Si l'état de santé d'une personne relève de sa vie privée, et même de sa vie intime, force est de constater que les choses se présentent différemment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques, et plus encore de magistrats chargés de diriger la collectivité. Dans une démocratie, on considère que le public doit être en mesure de juger en tout temps si la confiance qu'il place dans ses dirigeants est justifiée. Or cette appréciation-là suppose que l'on connaisse les conditions non seulement politiques, mais également physiques et psychiques dans lesquelles ces personnalités évoluent. Dès lors, ces dirigeants se doivent de faire la lumière sur des éléments qui affectent leur travail. Et lorsque ces éléments-là parviennent à la connaissance du public à travers une enquête journalistique ou un témoignage sous forme de livre, la démocratie veut que l'Etat ne réagisse pas par la censure. C'est un raisonnement de ce type qu'on aurait voulu lire sous la plume des juges de Strasbourg et qui aurait donné à son arrêt toute la profondeur qui aurait convenu en l'espèce.

7. Sur le respect de la vie privée par les médias, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas très riche jusqu'à ce jour. La Cour s'est toujours montrée plutôt libérale à l'égard des médias. Dans l'affaire Tammer, elle avait certes déjà considéré comme inadmissibles des propos vifs à l'égard d'une ancienne femme politique, considérant qu'ils n'avaient aucun rapport avec ses fonctions publiques. Avec l'affaire von **Hannover c. Allemagne**, on assiste à un serrement de vis. La Cour rejette la jurisprudence allemande, qui consistait à dire qu'une personnalité faisant partie de l'histoire contemporaine de manière durable (ab-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

solute Person der Zeitgeschichte) a droit à ce qu'on ne la photographie pas, mais seulement si elle se retire dans un endroit isolé et qu'elle manifeste sa volonté de ne pas être prise en photo. Pour la Cour, ce n'est pas le lieu où se trouve la personne qui est déterminant, mais le contenu du reportage. On se montrera tolérant lorsqu'il s'agit de reportages contenant des faits relatifs aux fonctions publiques ou officielles d'une telle personne. Mais lorsque le reportage a «pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée» d'une personne, elle ne contribue pas «à un quelconque débat d'intérêt général pour la société», malgré la notoriété de la personne. La Cour avoue que, dans sa décision, elle n'a pas totalement fait abstraction «du harcèlement dont font l'objet nombre de personnes publiques dans leur vie quotidienne». Au demeurant, elle rejette la notion de personne appartenant durablement à l'histoire contemporaine, l'estimant peu appropriée pour des personnes qui n'appartiennent pas à la vie politique et qui n'occupent pas des fonctions officielles.

8. Cet arrêt ne convainc qu'en partie. Il établit de nouvelles frontières, entre l'information sérieuse et l'information de divertissement, qui sont également discutables, comme le souligne la jurisprudence allemande. D'autre part, il ne tient pas compte du fait que la notoriété a souvent été voulue et entretenue par les princesses et autres héros de la presse du coeur. La règle stricte selon laquelle les photos et articles qui ne contribuent pas au débat public sont illicites est donc inappropriée. Enfin, si elle critique la notion de «personne faisant durablement partie de l'histoire contemporaine», la Cour n'apporte guère de solution satisfaisante en laissant entendre que la frontière devrait passer entre les personnalités politiques occupant des fonctions officielles d'une part, et les autres personnalités connues. Ces dernières ont elles aussi des fonctions dans une société. Nombre d'entre elles sont des exemples ou des références. Cela dit, force est de constater que la presse de boulevard et les paparazzi ont des comportements de nature à rendre la vie infernale à des personnes qui voudraient simplement avoir un minimum de vie privée. Dans ce sens, l'arrêt von Hannover donne un signal positif, dont on espère qu'il sera propice aussi à une certaine auto-discipline de la branche à l'avenir.

9. La balle est maintenant dans le camp de la justice allemande. On espère que les juges d'outre-Rhin, qui ont déjà fait un important travail de réflexion sur cette problématique, affineront les considérations un peu trop schématiques de l'arrêt von Hannover.

10. Dans les universités et les écoles de journalisme, on enseigne qu'il existe, pour les criminels, quelle que soit la gravité des actes commis, un droit à l'oubli. Le Conseil suisse de la presse dit la même chose. Or cette pédagogie méritoire ne laisse pas partout des traces profondes. Dans l'affaire **Oesterreichischer Rundfunk c. Autriche** (voir ci-dessous), il ne s'agissait certes que de décider de la recevabilité de la plainte. Les considérants des juges n'en sont pas moins fort importants. La télévision autrichienne croyait avoir quelques bonnes raisons de diffuser la photo de B., personne faussement accusée à l'époque d'avoir participé à des envois de lettres piégées. Le reportage portait sur une conférence de presse du ministre de la justice concernant une réforme de la procédure pénale, et le nom de B. avait été mentionné par le ministre lui-même comme exemple de dysfonctionnement de la justice. La télévision n'avait pas non plus donné le nom de B. La Cour européenne des droits de l'homme estime que cela ne suffit pas pour justifier la publication de la photo. B. y apparaît dans le cadre d'un tribunal, et la photo rappelle une autre condamnation subie par lui à l'époque, en application de la loi anti-nazis. La Cour estime à juste titre qu'une telle photo va à l'encontre de l'effort de la personne de réintégrer la société après avoir purgé sa peine. A juste titre aussi, elle estime ne pas être en contradiction avec son arrêt **News Verlags GmbH de 2000**, dans lequel elle avait jugé contraire à l'art. 10 CEDH une interdiction absolue de publier la photo de B. dans le cadre d'une affaire pénale pendante. Ce qui peut se justifier dans l'information au jour le jour cesse d'être admissible dès l'instant où la justice a parlé. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas d'oubli possible, et un condamné serait stigmatisé à vie, ce qui est contraire aux conceptions d'une justice civilisée.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

Unzulässige Veröffentlichung von Aufnahmen eines Freigesprochenen

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) vom 25.5.2004 (Beschwerde N° 57597/00)

Der österreichische Rundfunk ORF sendete am 17. April 1998 einen Bericht über eine Pressekonferenz des Justizministers über die Reform des Untersuchungsverfahrens. Dabei gab er folgendes Statement ab: «Sehen Sie zum Beispiel die Briefbombenverfahren 1995. Wiederholt sind Ermittlungsfehler begangen worden. Gerichtsbehörden und Polizei beschuldigten sich gegenseitig. Schliesslich stellte sich heraus, dass der Briefbomben-Fall ein Neo-Nazi-Fall war.» Der Minister erwähnte inter alia auch den Namen von B., der im Briefbomben-Prozess freigesprochen, aber wegen ei-

ner Verletzung des Verbotsgesetzes («National Socialism Prohibition Act») verurteilt worden ist. Zu diesem Statement zeigte der ORF ein Bild von B. vor der Gerichtsverhandlung im Jahre 1995 ohne weitere Hinweise.

Der Bundesgerichtshof erachtete die erneute Veröffentlichung des Bildes von B. als Verstoss gegen die Mediengesetzgebung.

Der EGMR geht in seinem Entscheid davon aus, «that the prohibition on publishing B.'s picture in the context described by the Supreme Court's judgment constituted an interference with the applicant company's right under Article 10 of the Convention, as it concerned the form in which ideas and information were conveyed (see *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, pp. 23-24, § 31). However, it is noted, that the Supreme Court did not impose an absolute prohibition on publication but rather a conditional one. The conditions imposed were designed to ensure that the public was informed of all the relevant facts of the case and not merely some of them. The Court endorses the parties' submissions that the interference was prescribed by law, namely by Section 78 of the Copyright Act, and that it pursued the legi-

timiate aim of protecting the reputation or rights of others, as under Article 10 § 2 of the Convention. The dispute in the present case concerns the necessity of the measure.

It observes that B.'s picture was broadcast together with the above quotation of the Minister of Justice concerning investigation errors in the context of the applicant company's report on the Minister's press conference concerning the reform of the preliminary investigation procedure. The Court considers that the report on the reform plans constituted a matter of public interest at the time.

The Court is not convinced by the applicant company's statement that the present case resembles that of News Verlags GmbH & CoKG (cited above), where it found that the prohibition on the magazine from publishing pictures of the same person, in the particular circumstances, violated Article 10 of the Convention. It considers that the cases can be distinguished. Firstly, in the above-mentioned News Verlag case, the Austrian courts issued an absolute prohibition on publication of B.'s picture, whereas in the present case the applicant company was prohibited from doing so in a specific context. Secondly, the report in the News Verlag case was published at the time when the criminal proceedings against B., which attracted great public interest, were pending. The report at issue in the present case, however, was broadcast by television in 1998, thus, three years after the proceedings against B. had terminated and three months after his release on parole. It is noted that the Supreme Court attached great importance to the above time element finding that B.'s interests were obviously legitimate, namely that the public should not be reminded of his court appearance three years after his conviction and following his release on parole. The Supreme Court also found that there was no interest in the dissemination of B.'s picture as its publication did not add anything of public interest to the information already contained in the report. It thus concluded that B.'s legitimate interests were harmed by the applicant company's report.

The Court considers that the Supreme Court rightly took into account the context in which the applicant company broadcast B.'s picture, namely its report on the Minister's plans to reform the preliminary investigation procedure. Against this background, it also endorses that court's finding that the disclosure of B.'s picture did not add anything of public interest (see *mutatis mutandis*, *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 68, ECHR 2001-I) and considers that there was no need for another public stigmatisation. The Court further finds that the Supreme Court correctly assessed B.'s legitimate interests at the time, namely the fact that he was seeking to reintegrate into society after having been released on parole, which, in the circumstances of the present case, outweighed the public interest in the disclosure of his picture. The reasons given by the Supreme Court were thus both «relevant and sufficient» and the balance struck was consistent with the «obligations and res-

ponsibilities» incumbent on the media when imparting information for the purposes of Article 10 of the Convention. Furthermore, the Court notes that the prohibition at issue was confined to the specific circumstances set out in the judgment of the Supreme Court which ruled that information of this kind could only be published if it also highlighted all relevant facts pertaining the reputation of the person concerned. Consequently, the prohibition at issue cannot be described as amounting to a general prohibition against publishing B.'s picture. The Court, therefore, considers that the measure was also proportionate to the aim pursued, within the meaning of Article 10 of the Convention.» ■

Preisvergleich bei Werbung für Zeitungsabonnement

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) vom 11.12.2003 «Krone Verlag c. Österreich» (Beschwerde N° 39069/97)

In der Salzburger Ausgabe der Kronenzeitung wurde im Dezember 1994 zwei Mal für das Monatsabonnement der Zeitung geworben, wobei der Preis des Monatsabonnements jenem der Salzburger Nachrichten gegenüber gestellt wurde und unter Bezug auf den Preisvergleich folgendes festgestellt wurde: «Mit der besten Tageszeitung Salzburgs sparen Sie S 360.--».

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verstößt das vom Obersten Gerichtshof von Österreich wegen Irreführung angeordnete Gebot gegenüber der Kronezeitung, in der Werbung Preisvergleiche mit den Abonnementspreisen einer Konkurrenzzeitung zu unterlassen, wenn nicht gleichzeitig auf die quantitativen Unterschiede zu den anderen Zeitungen im Stil ihrer Berichterstattung hingewiesen wird, die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsäußerungsfreiheit. Eine so weitreichende Verfügung würde einen Preisvergleich praktisch verunmöglichen und wäre vom betroffenen Verlag nur schwer zu erfüllen. ■

ANMERKUNGEN:

Das Urteil betrifft vor allem das Verhältnis zwischen der Meinungsfreiheit und dem Wettbewerbsrecht, namentlich die konstitutionellen Grenzen der Einschränkung vergleichender Werbung. Es stellt eine Fortführung der Praxis des EGMR dar, wonach die Konventionsgarantie der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) auch für kommerzielle Äußerungen, also für die Werbung gilt. In der Schweiz fallen demgegenüber Mitteilungen mit kommerziellem Inhalt allein in den Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 29 BV) (vgl. z.B. BGE 125 I 417, 420 f. E. 3a). Der Grund für eine Beurteilung unter Art.10 EMRK war also nicht der Umstand, dass im zu entscheidenden Fall die Eigenwerbung eines Printmediums Verfahrensgegenstand war. Wie immer, wenn vor dem EGMR Verletzungen von Art. 10 EMRK in einem kommerziellen Kontext

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

geltend gemacht werden, stellte der Gerichtshof auch hier fest, dass die Mitgliedsstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum geniessen. Für ihn bestanden - angesichts der bisherigen Praxis wenig überraschend - eine hinreichende gesetzliche Grundlage im österreichischen UWG und ein legitimes Regelungsziel, nämlich der Schutz des (wirtschaftlichen) Rufes von Wirtschaftssubjekten im wirtschaftlichen Wettbewerb. Die zu beurteilende österreichische Anordnung enthielt indes die Verpflichtung, bei einem Preisvergleich die Vergleichsbasis umfassend darzustellen, um das Publikum nicht irreführen und den Ruf eines Konkurrenten nicht herabzusetzen. Dies war aus zwei Gründen nicht verhältnismässig: Einerseits angesichts der Strafdrohung einer Busse von bis zu Euro 100'000 bzw. der Möglichkeit einer Gefängnisstrafe der Verantwortlichen; insoweit liegt die Entscheidung auf einer Linie mit der Entscheidung Hertel v. Swizterland vom 25. August 1998 (vgl. hierzu *medialex* 4/98 S. 213-218 mit Kommentar von U. SAXER). Und andererseits wegen der Schwierigkeit, die behördliche Anordnung in einer Werbung praktisch umzusetzen. Die Anordnung verletzte damit in ihrem Kern die Möglichkeit eines Preisvergleichs, und dies war vom Beurteilungsspielraum der Mitgliedsstaaten nicht mehr gedeckt. Preisvergleiche geniessen damit - und dies ist bemerkenswert - einen Schutz unter Art. 10 EMRK. Was sind nun die Konsequenzen für die schweizerische Praxis?

Eine wesentliche Schlussfolgerung ist zweifelsohne, dass die Anforderungen an die Zulässigkeit vergleichender Werbung nicht überspannt werden dürfen. Erforderlich ist namentlich eine Abwägung der Interessen und Rechten Betroffener mit dem von Art. 10 EMRK geschützten Recht auf Werbung, welche auch vergleichender Natur sein darf. Von besonderer Bedeutung ist indes namentlich die Verhältnismässigkeit von Sanktionen. Im vorliegenden Fall war ein weit gehendes Äusserungsverbot zu beurteilen. Bei diesen stellt sich die Frage der EMRK-Konformität in besonderen Mass (vgl. auch den Fall Hertel v. Swizterland vom 25. August 1998, in welchem ebenfalls die Konventionswidrigkeit eines Äusserungsverbots festgestellt wurde). Es ist daher entscheidend, dass die Instrumente, welche das Lauterkeitsrecht zum Schutz von Wirtschaftssubjekten gegenüber kommerziellen Äusserungen zur Verfügung stellt, in verhältnismässiger Weise eingesetzt werden. Dies schliesst namentlich ein, dass der Richter in UWG-Streitigkeiten die klägerischen Anträge auch unter diesem Gesichtswinkel, der ein verfassungsrechtlicher ist, prüft. Dies gilt erst recht dann, wenn es sich nicht einfach um Werbung handelt, sondern um redaktionelle Beiträge des Konsumentenschutzes, also z.B. bei den vielfach vorkommenden Waren- und Dienstleistungsvergleichen.

PD DR. URS SAXER, ZÜRICH

Harte, aber zulässige Kritik an Verfassungsgerichtsurteil

Urteil des Europäischen Gerichtshofs
für Menschenrechte (2. Kammer)
vom 20.4.2004 «Amihalachioaie c.
Moldawien»
(Beschwerde N° 60115/00)

Nachdem das moldawische Verfassungsgericht im Februar 2000 die Zwangsmitgliedschaft in der Anwaltsvereinigung als verfassungswidrig bezeichnet hatte, übte der Präsident der Vereinigung gegenüber einem Journalisten telefonisch heftige Urteilskritik. Die Zeitschrift «Economiceskoe Obozrenie» zitierte Amihalachioaie u.a. mit der Prognose, im Anwaltsberuf werde Anarchie und Chaos ausbrechen: «A la lumière de ce qui précède, il se pose une question: la Cour constitutionnelle est-elle constitutionnelle? En 1990,

les Nations Unies ont adopté les Principes de base sur le rôle des avocats, parfaitement garantis dans notre droit. Partout dans le monde, le métier d'avocat est indépendant, tandis qu'en Moldova il est subordonné au pouvoir exécutif, à savoir, au ministère de la Justice. Cela représente une sérieuse violation des principes démocratiques fondamentaux! La Cour constitutionnelle n'a pas pris en compte des exemples spécifiques de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg invoqués dans les observations présentées par l'Union des avocats. Probablement que les juges de la Cour constitutionnelle ne considèrent pas la Cour européenne des Droits de l'Homme comme étant une autorité. Dois-je présumer qu'ils ont acquis plus d'expérience en cinq ans que les juges de Strasbourg en cinquante ans? Nous allons certainement informer le Conseil de l'Europe que la Moldova ne respecte pas la jurisprudence et les exigences formulées par la Cour européenne des Droits de l'Homme.» Das Verfassungsgericht liess sich diese Äusserungen nicht gefallen und belegte Amihalachioaie mit einer Administrativbusse von umgerechnet 36 Euros. Es stützte sich auf die Verfahrensordnung (Code de procédure constitutionnelle), wonach das Verfassungsgericht mangelnden Respekt ihm gegenüber mit einer Busse ahnden kann («manque de respect envers la Cour constitutionnelle, à savoir refus d'obéir aux ordres du président, infraction à la discipline et accomplissement d'autres actes démontrant une absence manifeste de considération pour la Cour et sa procédure ...»).

Der EGMR bezeichnete die fragliche Norm zwar als genügend bestimmte Grundlage für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit, betrachtete den Eingriff aber mit 6 gegen 1 Stimme als unverhältnismässig. Der Anwalt habe sich an einer Debatte von allgemeinem Interesse beteiligt. Seine Kritik zeuge zwar von einem gewissen Mangel an Achtung («certaine absence de considération»), sei aber weder gravierend noch beleidigend gegenüber den Verfassungsrichtern (Ziff. 36 der Urteilsbegründung) und abgesehen davon könne Amihalachioaie (der nach der Publikation einen Teil der ihm zugeschriebenen Passagen dementierte) nicht für alles verantwortlich gemacht werden, was die Zeitschrift abgedruckt hatte. Die in der Nähe des gesetzlichen Maximalbetrags angesiedelte Bussenhöhe belege zudem die Absicht des Verfassungsgerichts, den kritischen Anwalt symbolisch streng zu bestrafen. Da er die Grenzen der erlaubten Kritik nicht überschritten habe, sei die Busse in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig gewesen (Ziff. 39).

Zwei Mitglieder der sechsköpfigen Gerichtsmehrheit wählten eine grundsätzlichere Argumentationslinie. Richter Loucaides zitierte den britischen Richter Lord Denning, der 1968 festgehalten hatte, das Verbot des «Contempt of Court» dürfe nicht eingesetzt werden, um die eigene Würde eines kritisierten Gerichts zu schützen. Letztere müsse auf einem solideren Fundament beruhen als auf Sanktionen gegen unliebsame Kritiker. Richterin Thomassen forderte, dem englischen Konzept des «Contempt of Court»

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

entsprechende Massnahmen seien grundsätzlich lediglich zum Schutz des korrekten Verlaufs eines hängigen Verfahrens zuzulassen. Stattdessen habe das Verfassungsgericht seine Befugnisse eingesetzt, um das demokratische Recht der freien Debatte eines von ihm gefällten Urteils zu beschneiden. Diese Freiheit der Kritik an Gerichtsurteilen zu Fragen allgemeinen Interesses sei ein unentbehrliches Element einer modernen Demokratie. ■

ANMERKUNGEN:

Als Reaktion auf öffentliche Kritik an ihrer Tätigkeit versucht eine Behörde den Kritiker dadurch zu disziplinieren, dass sie ihn mit einer Busse belegt. In einer demokratischen Gesellschaft ist dies unüblich und - der vorliegende Fall zeigt es recht anschaulich - fragwürdig bis kontraproduktiv. Die kritisierte Behörde wird in einer solchen Konstellation wohl als (eher empfindliche) Richter in eigener Sache wahrgenommen.

Der deutsche Strafrechtsprofessor Winfried Hassemer hat die Problematik eines richterlichen Schutzes der eigenen Würde schon vor zwei Jahrzehnten plastisch formuliert: «Man braucht sich gar nicht die schrecklichen Beispiele vor Augen zu führen, in denen die Richter die contempt-Regelung benutzt haben, um in Panik auf die Presse oder auf Beschuldigte einzuschlagen, um zu verstehen, dass der institutionelle Schutz der Justiz durch deren gleichmässig justizförmiges Handeln und nicht durch Richten und Strafen in eigener Sache gewährleistet werden soll.» (Neue Juristische Wochenschrift - NJW 1985, S. 922). Solche Massnahmen seien nicht geeignet, die Justiz als Institution zu schützen. Fehlt einem staatlichen Grundrechtseingriff die Eignung zum Schutz des ansichteten Rechtsguts (hier des Ansehens der Rechtsprechung gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK), so ist er unverhältnismässig und damit unzulässig. In dieser Richtung argumentierten zwei Mitglieder des Gerichtshofs in ihren lesenswerten Ausführungen.

Die vierköpfige Mehrheit drückte sich - eher dem Stil der meisten Strassburger Begründungen entsprechend - vorsichtiger und einzelfallbezogener aus. Bei allem Verständnis für die Strassburger Zurückhaltung: Die Mehrheitsbegründung ist in zweierlei Hinsicht etwas gar knapp ausgefallen.

1. Zum einen lässt die Begründung unerwähnt, dass die öffentlichen Vorwürfe ein abgeschlossenes und nicht ein hängiges Verfahren betrafen. Dies obwohl der Wortlaut der moldawischen Norm vermuten lässt, dass sie primär den Schutz laufender Prozesse bezweckt. (Im Bereich hängiger Verfahren haben die Strassburger Organe staatliche Massnahmen gegen polemisierende Anwälte mehrfach akzeptiert, welche ihre Kritik über die Massenmedien vorgebracht hatten. Dies geschah auch in schweizerischen Fällen, in denen eine Busse wegen Verletzung der anwaltlichen Standespflichten mit unwahren und effekthascherischen [EGMR-Urteil «Schöpfer c. Schweiz» vom 20.5.1998] oder mit masslosen und unqualifizierten [EKMR-Zulässigkeitsentscheid N° 21861/93 «Zihlmann c. Schweiz» vom 28.6.1995] Angriffen auf die Justizbehörden begründet worden waren.)

2. Zum anderen lässt der EGMR durchblicken, dass bei gravierenden oder ehrverletzenden Vorwürfen an die Adresse einzelner Richter eine Sanktion zulässig wäre. Dies entspricht zwar der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Bei ehrenrührigen Angriffen basiert die staatliche Massnahme gegen den Kritiker jedoch nicht primär auf Verfahrensregeln zur Abschirmung der kritisierten Justiz. Sie beruht auf dem straf- oder zivilrechtlichen Schutz der Ehre persönlich angegriffener Magistraten. Im Vordergrund steht dort also nicht das Ansehen der Rechtsprechung, sondern der Schutz des guten Rufes von Einzelpersonen (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Zum Schutz der Ehre einzelner Richter oder Staatsanwälte gibt es eine umfangreiche Strassburger Praxis. Sie war bislang von recht grossem Verständnis für die Anliegen der eigenen Berufsgruppe geprägt. Zwei neuere, einstimmig gefällte Urteile deuten nun aber an, dass der Gerichtshof auch bei Kritik am beruflichen Verhalten einzelner Justizmagistraten tendenziell mehr Gewicht auf das Recht zur freien, manchmal aggressiven und polemischen öffent-

lichen Debatte zu legen beginnt - so lange die Kritiker nicht mit unwahren Vorwürfen oder unvertretbaren Werturteilen operieren:

- Im Urteil N° 65545/01 «Rizos & Daskas c. Griechenland» vom 27.5.2004 akzeptierte der Gerichtshof die unverblümete Kritik griechischer Journalisten an den Verstrickungen eines Staatsanwalts.
- und im Urteil N° 49418/99 «Hrico c. Slowakei» vom 20.7.2004 akzeptierte der Gerichtshof die Vorwürfe eines Chefredaktors an die Adresse eines der drei Richter im umstrittenen Fall des Schriftstellers Feldek (welcher seinerseits in einem Prozess gegen einen Ex-Minister verurteilt worden war: vgl. EGMR-Urteil «Feldek c. Slowakei» vom 12.7.2001 in *medialex* 4/2001, S. 237f.). Der Chefredaktor hatte seine Vorwürfe scharf formuliert (z.B. den Prozess gegen Feldek als rechtliche Farce bezeichnet) und Gerichtspräsident S. persönlich für das Urteil verantwortlich gemacht, obwohl es formal von einem dreiköpfigen Richter-gremium gefällt worden war. Der EGMR schützte die Kritik am - auch auf der politischen Bühne aktiv gewordenen - Richter nicht zuletzt mit dem Argument, journalistische Freiheit erlaube ein gewisses Mass an Übertreibung.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

Veranstaltungskritik und UWG

Urteil des Kassationshofs des Bundesgerichts vom 4. Juni 2004 (6S.340/2003)

Profiboxer Y. führte in Zofingen mit seiner Firma ein Boxmeeting durch, an welchem er selber als Kämpfer teilnahm. Im Vorfeld erschien in der NZZ ein kritischer Artikel, der weitgehend auf Informationen von X. beruhte. Nach dessen Ansicht war der Anlass geeignet, den Boxsport in ein unvorteilhaftes Licht zu stellen. Er sprach von einer «schlechten Jahrmarktveranstaltung», die, da in sportlicher Hinsicht «völlig wertlos», einem «Betrug am Publikum» gleichkomme. Y. wurde ferner vorgeworfen, während langer Zeit sportlich inaktiv gewesen zu sein, nachdem er nach seinem letzten Kampf mit Verdacht auf eine Hirnverletzung ins Spital eingeliefert worden sei und an chronischer Hepatitis leide. Schliesslich wurde gerügt, dass seine letzte Lizenz eine gefälschte Unterschrift aufweise, weshalb beim Boxverband immer noch ein Verfahren hängig sei. Die erste Instanz verurteilte X. wegen übler Nachrede, Verleumdung und unlauterem Wettbewerb zu einer Busse, unter Auferlegung sämtlicher Kosten und einer Parteienschädigung von über 11'000 Franken an den Kläger. Diesem wurde gar eine Genugtuung von 1'500 Franken zugesprochen. Die zweite kantonale Instanz sprach X. vom Vorwurf der Verleumdung und üblen Nachrede wegen Eintritts der Verjährung frei, verurteilte ihn aber wegen Widerhandlung gegen Art. 3 lit. a i. V. mit Art. 23 UWG zu einer Busse von 300 Franken. Das Bundesgericht erachtete unter den gegebenen Umständen die Bezeichnung des Anlasses als «Jahrmarktveranstaltung» als nicht unnötig verletzend. Es meinte, «bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung

des UWG und unter Berücksichtigung insbesondere des Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit ist Unlauterkeit im Sinn von Art. 3 lit. a UWG nur mit Zurückhaltung anzunehmen.» Das Meeting war grosssprecherisch als «Champions-Night» angepriesen worden, obwohl es sich um eine eher unbedeutende Veranstaltung handelte. Unnötig sei eine Äusserung nur, «wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd bzw. unsachlich und mithin unhaltbar ist.»

Zum gleichen Ergebnis kam das Bundesgericht in Bezug auf die Qualifikation der Veranstaltung als «Betrug am Publikum» und vom sportlichen Standpunkt aus als «völlig wertlos». In der Zeitschrift, die für den Anlass herausgegeben wurde, war von «World-Championship» und von «Weltmeisterschaftskämpfen» die Rede, obwohl es sich um eine eher provinzielle Veranstaltung handelte, an der möglicherweise nicht einmal ein hochstehender Kampf gezeigt worden ist. Folglich war nach Meinung des Bundesgerichts für den Durchschnittsleser erkennbar, dass der Vorwurf «Betrug» nur umgangssprachlich und nicht im Sinn einer strafbaren Handlung verwendet wurde, sondern für einen minder gravierenden «Beschiss».

Verneint wurde eine Widerrechtlichkeit auch bei den erwähnten weiteren Passagen. In einem Fall wurde eine Irreführung des Lesers verneint, eine weitere Passage wurde als nicht ganz korrekt, aber doch nicht als derart gravierend bezeichnet, dass von einem eigentlichen Anschwärzen oder Heruntermachen des Beschwerdegegners gesprochen werden könne. Und bei einer dritten Passage schliesslich sprach das Bundesgericht von einer Ungenauigkeit, die nicht derart schwer wiege, dass sie tatbestandsmässig wäre. ■

ANMERKUNGEN:

Dieser scheinbar unscheinbare Entscheid, der kein einziges Literaturzitat enthält und nur in einer kurzen Passage die Grundrechte bemüht, verdient dennoch eine kurze Würdigung. Verschiedentlich ist in der Vergangenheit kritisiert worden, dass in Art. 3 lit. a UWG nicht nur unrichtige und irreführende Aussagen strafrechtlich sanktioniert werden, sondern auch solche, die unnötig verletzend sind. Mit Rücksicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit und das Bestimmtheitsgebot des Strafrechts ist deshalb immer wieder gefordert worden, Art. 3 lit. a UWG auf Fälle krasser Missbräuche zu beschränken. Diesem Anliegen hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall unter Bestätigung seiner jüngeren Praxis (vgl. *medialex* 1995, S. 45 ff. und 2000, S. 14 ff.) Rechnung getragen, denn auf den ersten Blick muss man bei deftigen Aussagen wie «Betrug am Publikum» und der Qualifikation einer Veranstaltung als «völlig wertlos» befürchten, dass die Justiz eine UWG-Verletzung bejahren könnte. Dennoch stimmt auch dieses aus medienrechtlicher Sicht erfreuliche Urteil nachdenklich, weil einmal mehr ein höchstrichterlicher kantonaler Entscheid und ein Bundesgerichtsentscheid in UWG-Sachen völlig divergieren.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Anwaltsentschädigung für Medienarbeit

Urteil des Bundesgerichts
vom 2. Juni 2004 (1P.57/2004)

In diesem Entscheid im Fall des vor zwei Jahren entlassenen aber durch zwei Instanzen freigesprochenen Freiburger Drogenfahnders Paul Grossrieder befasste sich das Bundesgericht mit verschiedenen Kürzungen der Honorarnote des Rechtsvertreters des Freigesprochenen. Ein Fall betraf die Entschädigung für Medienkontakte. Das Freiburger Kantonsgericht hatte alle diesbezüglichen Aufwendungen mit der Begründung gestrichen, Kontakte mit den Medien (Veröffentlichung von Pressecommuniqués, Abhalten von Pressekonferenzen, Fernsehinterviews, Verfassen von Leserbriefen) stünden mit dem Strafverfahren nicht in unmittelbarem Zusammenhang und dienten nicht unmittelbar der Verteidigung der Interessen des beschuldigten Beschwerdeführers gegenüber dem Untersuchungsrichter und den Gerichten. Das Bundesgericht widersprach dieser Auffassung mit folgender Begründung: «Es ist grundsätzlich Sache des Rechtsvertreters, die ihm in einer konkreten Angelegenheit nützlich erscheinende Verteidigungsstrategie zu wählen. Dies betrifft auch ausserprozessuale Vorgehensweisen wie die Aufnahme von Kontakten mit den Medien. In diesem Sinne werden Presseauftritte (wie Pressekonferenzen und Pressemitteilungen) - bei gebotener Zurückhaltung - verfassungsrechtlich als zulässig betrachtet (...) (vgl. BGE 106 Ia, insb. E. 8 und 10, S. 107 und 111). Sie können sich in besondern Fällen zur Wahrung der Interessen des Beschuldigten als erforderlich erweisen. Dies mag insbesondere zutreffen, wenn es gilt, massiven und gross aufgemachten Anschuldigungen in den Medien und entsprechenden Vorverurteilungen entgegen zu treten oder zur Wahrung der Interessen des Beschuldigten auf behördliche Verlautbarungen zu reagieren. Umgekehrt sind Verfahren wie etwa das vorliegende Strafverfahren in erster Linie mit den entsprechenden strafprozessualen Mitteln zu führen und nicht auf der Plattform der Medien. (...) Im vorliegenden Fall gilt es zu berücksichtigen, dass das Verfahren um den Beschwerdeführer von Anfang an von sehr grosser Publizität begleitet war. Unter Hinweis auf persönlichste Bereiche wurde der Beschwerdeführer an den Pranger gestellt. Überdies sind Behördenvertreter mit Interviews, Pressemitteilungen und Berichten an die Öffentlichkeit getreten, welche im Gutachten über die Führung der Strafuntersuchung von ... z.T. ... als übertrieben bezeichnet wurden (...). Bei dieser Sachlage erschien es mindestens teilweise als geboten, dass sich der Rechtsvertreter zur Wahrung der Waffengleichheit gleichfalls in den Medien zu Wort meldete, um seinen Standpunkt, der von den beiden Strafgerichten durch den Freispruch schliesslich weitgehend geteilt worden ist, darzulegen. Damit erweist sich die Verweigerung jeglicher Entschädigung als unhaltbar und die Beschwerde als begründet.» ■

«Rechtsextremer arbeitet für Staatsschutz»: nicht strafbar

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. März 2004 (Nr. DF030002/U)

Im «Blick» vom 29. 10. 2002 erschien ein Artikel mit dem oben erwähnten Titel. Der Betroffene stellte Strafantrag wegen übler Nachrede resp. Verleumdung. Der Kläger wurde nicht nur als «Rechtsextremer» tituiert, sondern es wurde behauptet, er arbeite als Informant für den Staatsschutz und treffe sich deswegen regelmässig mit dem Leiter des Informationsdienstes, wobei er für Infos etc. aus der rechtsradikalen Szene jeweils rund Fr. 100.-- erhalte. Nach Darlegung der Prinzipien des strafrechtlichen Ehrenschatzes führte das Bezirksgericht Folgendes aus: «Die Bezeichnung als ‚Rechtsextremer‘ dient heutzutage im schweizerischen Parteienspektrum als Einordnungsbegriff, welche den Ankläger grundsätzlich bloss als Politiker in der gesellschaftlichen Geltung herabzusetzen vermöchte, was etwa durch Art. 28 ZGB geschützt würde, nicht aber in seiner Geltung als ehrbarer Mensch, welche allein durch das Strafrecht geschützt ist (vgl. auch ZR 89 Nr. 95). Der Durchschnittsblickleser wird aus der Betitelung des Anklägers als ‚Rechtsextremer‘ im Zusammenhang mit seiner Stellung als Politiker, Mitbegründer und (zumindest bis August 2002) Parteipräsident der NPS (Nationale Partei Schweiz ...) und Nationalratskandidat jedenfalls nicht den Schluss ziehen, der Ankläger sei kein ehrbarer Mensch. Anders würde es sich verhalten, wenn der Blickleser die Bezeichnung als ‚Rechtsextremer‘ mit den national-sozialistischen Verbrechen des zweiten Weltkriegs oder mit einer Sympathie für das national-sozialistische oder sonstiges faschistische Regime assoziieren würde (vgl. auch ZR 89 Nr. 95; BGE 121 IV 82). Nachdem vorliegend indes gemäss der massgebenden Anklage nicht Faschismus oder Nationalsozialismus zur Diskussion steht, sondern Rechtsextremismus der jüngeren Vergangenheit, ist vom Ankläger weder behauptet noch ersichtlich, warum der unbefangene Blickleser damit Ehrenrühriges assoziiert haben sollte.»

Für den Fall, dass man zum Schluss käme, die erwähnte Bezeichnung sei gleichwohl ehrverletzend, meinte das Gericht, dass dem Angeklagten mit den eingereichten Beweismitteln und der Zeugenaussage von S. der Gutgläubensbeweis im Sinn von Art. 172 Ziff. 2 StGB gelingen würde, weshalb er auch für diesen Fall vom Vorwurf der üblen Nachrede freizusprechen wäre.

Zum Vorwurf, Informant für den Staatsschutz zu sein und dem betreffenden Begleittext im Artikel führte das Gericht aus: «Allein die Äusserung, der Ankläger sei als ‚Informant für den Staatsschutz‘ tätig gewesen, erweist sich objektiv gesehen noch nicht als ehrverletzend, da die Zusammenarbeit mit dem schweizerischen Staat respektive den entspre-

chenden hiesigen Staatsschutzbehörden, so wie sie vorliegend dargestellt werden, an sich - und zwar auch aus der Optik des Blicklesers - nicht ehrwürdig erscheint. Allerdings wird der Ankläger im Artikel zusätzlich als eigentlicher Denunziant bezeichnet. Eine solche Denunziation ist für den durchschnittlichen Blickleser als Verrat an den eigenen Gesinnungsgenossen anzusehen, zumal der Ankläger auch noch für diese Dienste Geld kassierte. Damit wird ihm ein individual- bzw. sozialetisch verpöntes Verhalten vorgeworfen, und er wird charakterlich als nicht einwandfreier, als nicht anständiger, integrier Mensch dargestellt (vgl. dazu etwa BSK StGB II-Riklin, Vor Art. 173 N 17). Somit handelt es sich hierbei um eine ehrverletzende Tatsachenbehauptung.»

Das Gericht stellte in der Folge fest, dass der Angeklagte den Wahrheitsbeweis nicht erbringen konnte. In Bezug auf den Gutgläubensbeweis gab der Beschuldigte einen Zeugen an. Weitere Zeugen zu benennen lehnte er jedoch unter Berufung auf den Quellenschutz im Sinn von Art. 27bis Abs. 1 StGB ab. Zu diesem «Nebenkriegsschauplatz» führte das Gericht aus: «Vorliegend geht es ... nicht darum, dass der Angeklagte als Zeuge hätte aussagen sollen und dies gestützt auf das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 27bis StGB nicht getan hat. Vielmehr wird ihm als Medienschaffenden vorgeworfen, durch die Veröffentlichung seiner Informationen eine strafbare Handlung gegen die Ehre begangen zu haben. Daher steht er als Angeklagter und nicht als Zeuge vor Gericht und kann sich daher nurmehr auf sein allgemeines Aussageverweigerungsrecht (...) als Beschuldigter berufen. ... Verzichtet der Angeklagte, die Identität seiner weiteren Quelle(n) anzugeben und sie als Zeugen einvernehmen zu lassen, so entspricht das demnach seinen prozessualen Rechten als Angeklagten. Bloss trifft ihn dann - sofern er wie hier beweispflichtig ist - allenfalls die Folge der Beweislosigkeit.» In der Folge nahm die Mehrheit des Gerichts an, der Angeklagte habe mit dem erwähnten Zeugen A. den Gutgläubensbeweis erbracht. ■

.....

Medienschaffende sanktionsweise von Gerichtsverhandlungen ausschliessen?

Entscheid des Schaffhauser Obergerichts vom 24. 10. 2003 (Nr. 60/2003/28)

In zwei voneinander unabhängigen Verfahren über sexuelle Handlungen mit Schulkindern hatte das Schaffhauser «Radio Munot» gegen Auflagen des erstinstanzlichen Schaffhauser Kantonsgerichts verstossen. Das Kantonsgericht sanktionierte dieses Verhalten mit der Ankündigung, für ein Jahr erhalte «Radio Munot» keine Ausnahmegewilligun-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

gen mehr, nichtöffentlichen Verhandlungen beizuwohnen. Im ersten Fall hatte das Kantonsgericht die zur nichtöffentlichen Verhandlung zugelassenen Medienvertreter ausdrücklich darauf hingewiesen, es seien sämtliche - auch geografische - Hinweise zu unterlassen, die auf die beteiligten Personen schliessen liessen. Einige Medien, unter ihnen «Radio Munot», berichteten dann aber doch über den «Lehrer aus B. (voller Ortsname)». Und sie beschrieben detailliert die sexuellen Praktiken, die der Lehrer gegenüber zwei Schülerinnen angewandt habe.

Im zweiten Fall, vier Monate später, war «Radio Munot» wieder dabei. Zuvor hatte es einer Aufforderung des Obergerichtspräsidenten zugestimmt, diesmal die Auflagen des Kantonsgerichts zu respektieren. Erneut ging es um Ortsnamen im Zusammenhang mit Sexualdelikten an einer Schule. Ein weiteres mal erwähnte «Radio Munot» die Gemeinde in einem seiner Berichte - versehentlich, wie sich später herausstellte. Umgehend teilte das Kantonsgericht dem Radio mit, für ein Jahr erhalte es keine Ausnahmebewilligung mehr.

Das Obergericht hob zunächst die Ausschlussmassnahme des Kantonsgerichts auf. Das Obergericht würdigte den Persönlichkeitsschutz im Rahmen des Opferhilfegesetzes (Art. 5) und verwies ausdrücklich auf die Richtlinien 7. 6. (Keine Namensnennung und Identifikation von Personen vor Gericht) sowie 7. 8. (besonderer Opferschutz bei Sexualdelikten) des Schweizer Presserats. Über Verfahren dieser Art dürfe nur mit äusserster Zurückhaltung berichtet werden.

Für den ersten Fall verwies die Mehrheit des Obergerichts darauf, dass der Informationsanspruch der Öffentlichkeit bereits während der Strafuntersuchung erfüllt worden sei. Konkret habe der Kantonsgerichtspräsident befürchtet, dem Täter und dem Mädchen drohten schwere Repressalien wegen des kulturellen Hintergrunds des ausländischen Vaters, weshalb eine nochmalige Erwähnung des Ortsnamens zu Recht verboten worden sei. Die Minderheit des Obergerichts hingegen betonte, es sei im frühen Untersuchungsstadium immerhin zur Verhaftung eines Lehrers - also einer öffentlichen Vertrauensperson - gekommen, und die Behörden hätten damals mittels Publizität weitere Opfer gesucht. Die Nennung des Ortsnamens im Gerichtsbericht habe es einer weiteren Öffentlichkeit erlaubt, an frühere Meldungen anzuknüpfen und sich über die Funktionserfüllung der Strafjustiz zu vergewissern. Wichtiger sei die Auflage inhaltlich zurückhaltender Berichterstattung. «Ausnahmsweise» hielt die Minderheit das Ortsnennungsverbot wegen drohender Repressalien des Vaters dennoch für gerechtfertigt.

Im zweiten Fall liess sich das Obergericht bestätigen, dass die Ortsnennung in bloss einer der Abendsendungen versehentlich erfolgt war; jemand in der Redaktion von «Radio Munot» hatte versehentlich auf eine Vorausmeldung zurückgegriffen. Das Obergericht erkannte denn hier auch

nur auf «erhebliche Fahrlässigkeit». Wiederum betonte die Mehrheit ein überwiegendes Interesse an der Verschweigung des Ortsnamens, während die Minderheit diesmal - weil keine familiäre Repressalie zu befürchten war - auf das vorrangige Interesse der Öffentlichkeit pochte. Deshalb sei die Auflage unzulässig gewesen. Die Mehrheit setzte wegen «wiederholter Pflichtverletzung» eine Ordnungsbusse von CHF 700.00 durch, während die Minderheit es lieber bei einer formellen Verwarnung wegen einmaligen Fehlverhaltens hätte bewenden lassen. ■

ANMERKUNGEN:

Die entsprechende Verordnung des Schaffhauser Obergerichts von 1988 (Rechtsbuch 1997, 320.511) lässt Gerichtsberichterstatte auch dann zu, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen; der Vorsitzende ermahnt die Medienvertreter diesfalls zu besonderer Zurückhaltung, § 6. Gerichtsberichterstattungs-Verordnungen einiger anderer Kantone sind da weniger liberal (dazu PETER STUDER, Opfer und Medien, in: Opferhilfe in der Schweiz, Hrsg. Bundesamt für Justiz, Bern 2004). Der im Vorordnungstext eingebauter Kommentar des Schaffhauser Obergerichts fügt noch an, individualisierende Kennzeichnungen seien bei solchen Fällen «in aller Regel» verpönt - ausgenommen Fälle, «wo der Sachverhalt schon publik geworden ist». Der Verfasser dieser Anmerkungen hätte sich eher der Minderheit angeschlossen, da ihm scheint, sie habe die Güterabwägung zwischen funktionaler Informations- und Berichterstattungsfreiheit einerseits, Opferschutz andererseits voll zude gedacht. Besonders im zweiten Fall ist ein inhaltliches Interesse an der Verschweigung des Ortsnamens kaum auszumachen. Das ändert nichts daran, dass das Schaffhauser Obergericht ein überaus transparent abgefasstes Urteil vorgelegt hat, das die Interpretationsverschiedenheiten klar herausarbeitet.

Die Schaffhauser taten noch ein Mehreres. Der Juristenverein lud gemeinsam mit dem Schaffhauser Presseverein (Impressum) zu einer Abendveranstaltung. Nach der Problemskizze durch einen Gastreferenten wurden die unterschiedlichen Meinungen vor etwa 100 Zuhörern lebhaft diskutiert. Im Publikum befanden sich etliche Akteure des Verfahrens, die sich offen äusserten. Lebendige Justiz!

DR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

Vermummte in «10 vor 10»

Entscheide der Unabhängigen
Beschwerdeinstanz für Radio und
Fernsehen vom 14. Mai 2003
(b. 483 und b. 486)

Am 15. Januar 2004 strahlte Schweizer Fernsehen DRS im Rahmen des Nachrichtenmagazins «10 vor 10» einen rund drei Minuten dauernden Beitrag mit dem eingblendeten Titel «Drohung» aus. Im Mittelpunkt steht eine Pressekonferenz von sechs verummten Mitgliedern der Gruppe «Revolutionäres Bündnis» (ReBü) gegen das Weltwirtschaftsforum WEF in Davos. Neben Ausschnitten aus der Pressekonferenz besteht der Beitrag aus einem Interview mit einem der Teilnehmer, Statements des Bündner Justiz- und Polizeidirektors sowie Archivausnahmen mit Bildern von gewalttätigen

gen Ausschreitungen im Zusammenhang mit Demonstrationen gegen das WEF aus den vorangegangenen Jahren.

Kurz nach Ausstrahlung der Sendung hat sich die Sicherheitspolitische Kommission des Ständerats mit dem Beitrag beschäftigt. In einer Medienmitteilung bezweifelt sie den Sinn eines derartigen Beitrags, welcher über den Informationsauftrag des öffentlichen Fernsehens hinausgehe, weil er gewalttätigen Personen eine Plattform biete. Die Kommission hat den Bundesrat ersucht, «zu prüfen, ob er künftig in ähnlichen Fällen einschreiten» solle. Gegen den Beitrag gingen auch zwei Beschwerden bei der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) ein. Darin wurde moniert, dass «10 vor 10» vermummten Personen die Gelegenheit geboten habe, öffentlich zu Gewalttaten und zu einer unbewilligten Demonstration aufzurufen. In ihren Erwägungen setzt sich die UBI zum ersten Mal in grundsätzlicher Weise mit dem Tatbestand der Gefährdung der inneren Sicherheit von Bund und Kantonen (Art. 6 Abs. 1 RTVG) auseinander. Sie führt an, dass eine Verletzung dieser Bestimmung nicht leichtthin anzunehmen sei, weil ihr andere, ebenfalls programmrechtlich geschützte Interessen gegenüberstehen würden. Die UBI erwähnt insbesondere die Programmautonomie (Art. 5 Abs. 1 RTVG) und damit verbunden Art. 10 EMRK. Sie weist darauf hin, dass es sich um die erste offizielle Pressekonferenz von vermummten WEF-Gegnern gehandelt habe. «Ein erheblicher Informationswert und damit verbunden auch ein entsprechendes Informationsinteresse des Publikums (...), einmal etwas in direkter Weise über die vermummten WEF-Gegner zu erfahren, sind damit gegeben. Die Existenz von gesellschaftlichen Gruppen wie das ReBü, die seit einigen Jahren gegen das WEF demonstrieren, ohne sich dabei um rechtsstaatliche Schranken zu kümmern, ist eine Realität».

Hinsichtlich der Bestimmung über die Gefährdung der inneren Sicherheit ist aber ohnehin nicht entscheidend, welche Gefahren durch das ReBü ausgehen. «Relevant ist vielmehr, ob der Fernsehbeitrag als solcher eine entsprechende Gefährdung bewirkt. Diesbezüglich gilt es darauf hinzuweisen, dass den WEF-Gegnern zur Mobilisierung ihrer Anhängerschaft spezifische Kommunikationsmittel wie insbesondere das Internet (Web-Sites, elektronische Post) und Plakate dienen. Die bereits schon vor bzw. unabhängig von der Ausstrahlung des «10 vor 10»-Beitrags bestehenden Gefahren verdeutlichen die Statements des Bündner Justiz- und Polizeidirektors, in welchen er die Strategie und vorgesehenen Massnahmen der Behörden gegen illegale Demonstrationen erklärt. Indem im beanstandeten Beitrag die angekündigten Demonstrationen mehrmals als illegal bezeichnet und Ausschreitungen von WEF-Gegnern aus den beiden vorangegangenen Jahren gezeigt werden, kann dieser zudem auch als Warnung vor einer Gefährdung der inneren Sicherheit gewertet werden.» Aus den dargelegten Gründen ist die UBI zum Schluss gekommen, dass der beanstandete Beitrag die innere Sicherheit des Bundes und des betroffenen Kantons nicht gefährdet.

Auch das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 1 RTVG) hat der «10 vor 10»-Beitrag, trotz gewisser von der UBI festgestellter Mängel, welche aber Nebenpunkte betreffen, nicht verletzt. Die Abweisung der beiden Beschwerden erfolgte einstimmig. ■

Unerlaubte Werbung bei MusicStar

Verfügung des Bundesamtes für
Kommunikation vom 2. Juli 2004
(nicht rechtskräftig)

Das BAKOM beanstandete in einem Aufsichtsentscheid vom 2. Juli 2004 die Platzierung von werbenden Hinweisen für CDs innerhalb und im Umfeld der Sendung «MusicStar» auf SF DRS. Als nicht zulässig erachtete das BAKOM bezahlte Hinweise auf MusicStar-CDs in der Sendung und in einem unmittelbar nach der Sendung platzierten Trailer, der auch andere Music-Star-Produkte bewarb. Da SF DRS sich diese Hinweise von Universal entgelten liess, hätten die Hinweise im Werbeblock platziert werden müssen. Gerade bei einem kommerziellen Format wie MusicStar seien die Anforderungen an eine eindeutige Deklaration von werblichen Inhalten hoch zu stecken.

Das BAKOM qualifizierte die Hinweise auf die Produkte von Universal Music auch nicht als Eigenwerbung i. S. von Art. 11 Abs. 1 bis RTVV. «Durch die Produktion von Ton- und Bildträgern soll die «Marke» MusicStar etabliert werden und die nötige Publizität und Glaubwürdigkeit für die angehenden Stars und damit für das Sendeformat MusicStar gefördert werden. Neben der Publikumsbindung erschloss sich die SRG durch die Vergabe von Vermarktungsrechten aber auch neue Finanzierungsquellen. Es waren somit zu einem gewichtigen Teil kommerzielle Überlegungen, die zur Erwähnung der wie MusicStar-Produkte in der Sendung führten (...). Gerade solche «Mischformen», wo neben der Programmförderung von einem Veranstalter auch kommerzielle Absichten bei der Lancierung eines Produkts verfolgt werden, führten zuerst auf europäischer und dann auch auf schweizerischer Ebene zu Unterstellung der Eigenwerbung unter die Werbebestimmungen.»

Verneint hat das BAKOM auch ein Sponsoring-Verhältnis zwischen der Tonträgerfirma Universal und der Sendung MusicStar. Universal war Exklusivpartner von SF DRS für die Vermarktung der ersten Staffel der Casting-Show Music Star auf CDs und DVDs. Diese Zusammenarbeit wurde in den Sendungen nicht deklariert. Da Universal rechtlich als Lizenznehmer und nicht als Sponsor einzustufen ist, bestand nach Auffassung des BAKOM auch keine Deklarationspflicht der Zusammenarbeit, wie das Radio- und Fernsehgesetz sie beim Sponsoring zwingend verlangt. Das

BAKOM hätte aber eine Deklaration aus Transparenzgründen begrüsst. ■

Mexiko unterliegt USA im ersten WTO-Telekommunikationsfall

Entscheid des WTO-Panels vom 2. April 2004 i.S. Mexiko – Massnahmen betreffend Telekommunikationsdienste (WT/DS/204/R).

Die Streitbeilegungsbehörde der WTO (Dispute Settlement Body, DSB) hat den jüngst ergangenen Panel-Entscheid im Telekommunikationsstreit zwischen den USA und Mexiko genehmigt und damit den USA in den Hauptpunkten Recht gegeben. Die USA und Mexiko haben den DSB benachrichtigt, dass sie den Panelentscheid anerkennen, und haben damit auf einen Weiterzug an den Appellate Body der WTO verzichtet. Mexiko verpflichtet sich, sein nationales Telekommunikationsrecht innert einer Frist von 13 Monaten WTO-konform umzugestalten. Damit erwächst der erste WTO-Entscheid zu Fragen der Telekommunikationsdienste in Rechtskraft. Die USA rügten vor allem, dass Telmex, die marktbeherrschende mexikanische Fernmeldeanbieterin (FDA), sich zu Unrecht weigere, US-amerikanischen FDA im grenzüberschreitenden Fernmeldeverkehr Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen zu ermöglichen. Weil Mexiko diese Praxis nicht unterbunden habe, habe es seine Verpflichtungen gemäss seiner GATS-Verpflichtungsliste zum Telekommunikationssektor einschliesslich der im Reference Paper enthaltenen zusätzlichen Verpflichtungen verletzt. Diese Rügen der USA stützten sich auf die Absätze 1.1, 2.1 und 2.2 des mexikanischen Reference Paper, das integrierender Bestandteil der mexikanischen Verpflichtungsliste ist. Ferner monierten die USA die Verletzung von Art. 5 lit. a und b des GATS-Anhangs zur Telekommunikation.

Zur besonders wichtigen Frage der Interkonnektion hält das Panel in seinem fast 250 Seiten umfassenden Entscheid fest: «Mexico has not met its GATS commitments under Section 2.2(b) of its Reference Paper since it fails to ensure that a major supplier provides interconnection at cost-oriented rates to United States suppliers for the cross-border supply (...) of basic telecommunications services».

Weiter sah das Panel einen Verstoss gegen Absatz 1.1 des Reference Paper darin, dass Mexiko es unterliess, geeignete Massnahmen zu treffen, um Telmex als marktbeherrschende FDA von wettbewerbswidrigen Praktiken (z.B. Preisbindung oder Marktaufteilung) abzuhalten. Eine wichtige Auslegungsfrage, die das Panel erstmals zu klären hatte, war, ob die Dienstleistungs-Erbringungsart «cross-border supply»

im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a GATS die Anwesenheit der ausländischen FDA auf dem Inlandmarkt verlange. Diese Frage war deshalb von grosser Bedeutung, weil Mexiko bezüglich dieser Erbringungsart in seiner Liste weitgehende Verpflichtungen zur Inländerbehandlung und zur Gewährung des Marktzugangs anerkannt hatte. Mexiko stellte sich auf den Standpunkt, «cross-border supply» erfordere, dass die ausländische FDA die Telekommunikationsdienste direkt beim Endkunden erbringe. Weil die US-amerikanischen FDA Telmex die in Mexiko endenden Telekommunikationsdienste an der Grenze übergebe, fielen solche Geschäfte nicht unter diese Erbringungsart. Das Panel wies Mexikos Argumentation zurück und stellte klärend fest, dass «cross-border supply» im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a GATS keine wirtschaftliche Präsenz der ausländischen FDA im Inland voraussetzt.

Zu den Rügen nach Art. 5 lit. a und b GATS-Anhang zur Telekommunikation hielt das Panel fest, dass Mexiko diese Bestimmungen verletzt hat, weil es nicht dafür sorgte, dass US-amerikanischen FDA - im Rahmen der von Mexiko anerkannten spezifischen Verpflichtungen - der Zugang zu öffentlichen Fernmeldenetzen und -grunddiensten sowie zu Mietleitungen zu angemessenen Bedingungen geöffnet wird. Zu dieser Folgerung kommt das Panel auf der Grundlage einer Feststellung in Paragraph 7.288 des Entscheids: «We find therefore that the Annex applies to measures of a Member that affect access to and use of public telecommunications transport networks and services by basic telecommunications suppliers of any other Member.» Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Art. 5 GATS-Anhang und Reference Paper hält das Panel fest, dass trotz teilweiser Überlappung eine wichtige Differenz besteht: Im Unterschied zum Reference Paper treffen die in Art. 5 Anhang enthaltenen Verpflichtungen auch FDA, die nicht marktbeherrschend sind. Insgesamt gab das Panel den USA Recht, soweit es bei der Erbringung von internationalen Fernmeldediensten um die Gewährung von Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen sowie um Zugang zu und Gebrauch von öffentlichen Fernmeldenetzen und -diensten ging. Hingegen anerkannte es, dass eine besondere Spezifikation in der mexikanischen Verpflichtungsliste in der Spalte «Marktzugang» Mexiko erlaubt, die direkte Erbringung grenzüberschreitender Fernmeldedienste zu verbieten, die für den Zugang zum Endnutzer in Mexiko nicht eigene Einrichtungen verwenden, sondern hierfür Kapazität zumieten. ■

ANMERKUNGEN:

1. Bei diesem Entscheid handelt es sich zweifellos um einen «landmark case», der den WTO-Streitbeilegungsbehörden in den kommenden Jahren als wichtige methodische Grundlage für die weitere Auslegung des GATS und speziell der vielschichtigen Bestimmungen zum Telekommunikationsrecht dienen wird. Angesichts der bestehenden WTO-Verpflichtungen der Schweiz im Telekommunikationssektor dürfte er auch die laufende Revision des Schweizer Fernmeldegesetzes nicht unbeeinflusst lassen.

2. Die Anfänge des Falles reichen zurück in die späten 1990er Jahre: Nach erfolglosen informellen Kontakten hatten die USA am 17.

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

August 2000 von Mexiko formell Konsultationen verlangt und damit das WTO-Streitbeilegungsverfahren eingeleitet. Am 17. April 2002 setzte der DSB ein Panel ein und am 1. Juni 2004 erfolgte die Genehmigung des Panel-Entscheids durch den DSB. Die für WTO-Verhältnisse lange Prozessdauer erklärt sich nicht nur durch Mexikos Forderung, sämtliche Dokumente ins Spanische zu übersetzen, sondern auch durch die Tatsache, dass das Panel weitgehend in juristischem Neuland zu arbeiten hatte: Dies ist der erste Fall, bei dem es schwergewichtig um Fragen des WTO-Dienstleistungsabkommens ging; zum ersten Mal auch wurden Fragen des WTO-Telekommunikationsrechts entschieden.

3. Viel Energie verwendet der Entscheid darauf, das Zusammenwirken der einzelnen Elemente des WTO-Telekommunikationsrechts methodisch zu klären. Zuzustimmen ist dem Panel darin, dass Ausgangsbasis jeder Prüfung die Analyse der individuellen GATS-Verpflichtungsliste des beklagten WTO-Mitgliedstaates ist. Die hier anerkannten Verpflichtungen setzen den Rahmen, innerhalb dessen sowohl die im Reference Paper (RP) anerkannten zusätzlichen Verpflichtungen als auch die Bestimmungen des GATS-Anhangs zur Telekommunikation (AT) zu interpretieren sind.

4. Mit Blick auf eine allgemeine Methode zur Prüfung von Interkonnectionsfragen im GATS (einschliesslich RP) lässt sich aus dem Entscheid folgende «check-list» destillieren:

- Um welche Fernmeldedienste geht es und welchem «mode of supply» (Art. 1 Abs. 2 GATS) sind diese zuzuordnen?
- Sind die fraglichen Fernmeldedienste Teil der Subsektoren, für die der Beklagte in der 1. Spalte seiner Verpflichtungsliste eine Verpflichtung eingegangen ist?
- In welchem Masse hat sich der Beklagte hinsichtlich dieser Dienste in den Spalten 2 und 3 seiner Liste verpflichtet, anderen WTO-Mitgliedstaaten Marktzugang und Inländerbehandlung zu gewähren?
- Entsprechen allfällige Beschränkungen des Marktzugangs in der Spalte 2 den in Art. XVI Abs. 2 lit. a-f GATS definierten Vorgaben?
- Welche zusätzlichen Verpflichtungen ergeben sich auf der Basis des nach c) - d) ermittelten Verpflichtungsgrades aus dem RP des Beklagten?
- Hat der Beklagte seine in Art. 2 RP enthaltene Verpflichtung verletzt, dafür zu sorgen, dass seine marktbeherrschenden FDA den FDA des Klägers im grenzüberschreitenden Telekommunikationsverkehr Interkonnection zu kostenorientierten Preisen gewähren?
- Hat der Kläger den Beweis erbracht, dass die von der marktbeherrschenden FDA im Land des Beklagten verlangten Preise überhöht sind?

5. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Art. 5 AT und RP ist der Schluss des Panels in Paragraph 7.288 problematisch, dass der AT auch für FDA anwendbar sei: Nach Ansicht des Panels können sich auch FDA auf die Bestimmungen des AT berufen, um Zugang zu und Gebrauch von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -diensten zu erzwingen. Die volle Tragweite dieser Folgerung wird erst deutlich, wenn man bedenkt, dass der AT auf alle (und nicht nur auf marktbeherrschende) Unternehmen Anwendung findet. Das Panel misst dem AT damit eine Bedeutung zu, die nicht zu seiner Stellung im Kontext der verhandlungsgeschichtlichen Entstehung der verschiedenen Schichten des WTO-Telekommunikationsrechts passt. Diesbezüglich ist in Erinnerung zu rufen, dass im Bereich der Fernmeldegrunddienste mit Abschluss der Uruguay-Runde 1994 noch keine Einigung erzielt werden konnte, weil die Vertragstaaten den hier erreichten Verpflichtungsgrad als zu gering betrachteten. Deshalb beschloss man, die Verhandlungen weiterzuführen und kam erst 1997, mit Abschluss des 4. Protokolls, zu einer substantiellen Einigung im Bereich der Fernmeldegrunddienste. Vor diesem Hintergrund erhellt der Zweck des bereits 1994 verabschiedeten AT aus der Erkenntnis, dass dem Telekommunikationssektor eine doppelte Bedeutung zukommt: erstens als eigener Sektor wirtschaftlicher Aktivitäten und zweitens als Transportmittel zur Erbringung von Diensten, zu deren Liberalisierung sich Mitgliedstaaten in anderen Sektoren des GATS (wie z.B. Bank-, Versicherungs- oder Finanzdienstleistungen) verpflichtet haben (vgl. dazu die Zweckbestimmung in Art. 1 AT). War beispielsweise ein Mitgliedstaat A 1994 im Sektor Versicherungsdienste eine Verpflichtung eingegangen, so sollte der AT einer Versicherungsunternehmung im Land B erlauben, zur Erbringung ihrer

Versicherungsdienstleistungen im Land A die öffentlichen Fernmelde-netze und -dienste des Landes A zu benutzen (und unter bestimmten Voraussetzungen auch Leitungen zu mieten). Massgebliche Voraussetzung für die Wirksamkeit des AT in diesem Fall war somit der Listeneintrag des Landes A im Sektor Versicherungen und nicht jener im Sektor Telekommunikation.

6. Wichtig war der AT vor allem in der Übergangszeit bis zum Abschluss des 4. Protokolls. Indessen erachteten ihn die Mitgliedstaaten nicht als geeignet, um auf dieser Basis die 1994 vorerst gescheiterte Liberalisierung der Fernmeldegrunddienste voranzutreiben (vgl. M. BRONCKERS/P. LAROCHE, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, in: *Journal of World Trade*, vol. 31, 1997, S. 21, Fn 76). Wie die weiteren Verhandlungen dann zeigten, fanden die Mitgliedstaaten im RP das geeignetere Instrument, um die widerstreitenden Interessen im Bereich der Interkonnection (als besonderer Form des Zugangs) auszugleichen. Das RP ermöglichte den Mitgliedstaaten individuell zu bestimmen, wie weit sie die ehemaligen Monopolunternehmen wettbewerbsrechtlichen und interkonnectionsrechtlichen Vorschriften unterstellen wollten und erlaubte ihnen, Fragen des Lizenzierungsverfahrens, der Grundversorgung und der knappen Ressourcen - innerhalb bestimmter Vorgaben - auch weiterhin zu regulieren. Durch Aufwertung des starren AT im Verhältnis zum RP führt der Panelentscheid nun dazu, dass die bisher durch das RP ermöglichte Flexibilität in der Telekom-Liberalisierung im Ergebnis stark eingeschränkt wird. Das ist auch mit Blick auf die laufenden Verhandlungen der Doha-Runde im Dienstleistungsbereich zu bedauern.

7. Das Panel kommt zu seiner problematischen Folgerung auf der Basis einer eng an den Wortlaut gebundenen Interpretation der massgeblichen Bestimmungen des AT. Die nach Art. 31 Abs. 2 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge (VRK, SR 0.111) vorgeschriebene Bindung an den Wortlaut einer Vertragsbestimmung bezweckt vor allem, die Kompetenzen von Streitbeilegungsbehörden einzudämmen, um einen im multilateralen Kontext unerwünschten «judicial overreach» zu verhindern. Im Bereich des Fernmelderechts zeigt sich nun die Problematik, dass sich die faktische Wirkung von Begriffen des Vertrags (hier insbesondere: «access and use») im Zuge der seit dem Vertragsabschluss erfolgten technischen Entwicklung massiv verstärken und mit Blick auf die Marktliberalisierung über das hinausgehen kann, was nach Treu und Glauben alle Vertragsparteien seinerzeit objektiv erwarten mussten. Der Zweck, welcher der streng an den Wortlaut gebundenen Vertragsinterpretation zugrunde liegt, kann unter solchen Umständen in sein Gegenteil verkehrt werden. Dem Panel ist vorzuwerfen, dass es diese Problematik zu wenig bedacht hat. Damit hat es dem Prinzip von Treu und Glauben, das gemäss Art. 31 Abs. 1 VRK die streng wortlautgestützte Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages in Fällen wie diesem zu korrigieren hat, nicht genügend Rechnung getragen. In dieser Hinsicht ist es bedauerlich, dass Mexiko den Entscheid nicht an den Appellate Body weitergezogen hat.

8. Die liberalisierungsfreundliche Tendenz des Urteils zeigt sich nicht nur im Zusammenhang des AT, sondern auch bei der strengen Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Schutzbestimmungen in Art. 1 RP: Demnach können wettbewerbswidrige Praktiken auch solche sein, die vom nationalen Recht eines Mitgliedstaates geboten sind. Diese Auslegung ist m.E. durch Art. 27 VRK gerechtfertigt. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zum Verhältnis zwischen WTO und ITU (International Telecommunications Union) im internationalen Fernmelde-recht hinzuweisen: Nach Auffassung des Panels entfalten die Interkonnectionsvorschriften des RP ihre Wirkung unbeschadet allfällig bestehender internationaler «accounting rate regimes» der ITU. Wie das Panel zutreffend festhält, können solche Regimes und die WTO-Vorschriften konfliktfrei neben einander bestehen, weil die Prinzipien der Transparenz und der Nichtdiskriminierung auch im Recht der ITU gelten.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN UND BERN