

# La responsabilité des prestataires intermédiaires d'Internet: l'approche de la législation du Québec

Pierre Trudel

Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

**Zusammenfassung:**  
*Teilweise inspiriert vom europäischen Recht wurde in Kanada eine Gesetz beschlossen, welches die Haftung von Internet-Hostern, Blograum-Anbietern und auch Suchmaschinen-Betreiber beschränkt. Das Gesetz auferlegt diesen Akteuren keine Aufsichtspflicht. Sie sind nur dann verantwortlich, wenn sie von illegalen Vorfällen Kenntnis haben und nichts dagegen unternehmen.*

Le régime de responsabilité des entités procurant des services Internet, à titre d'intermédiaires, demeure un défi pour les législateurs contemporains. Dès 2001, le Parlement du Québec, seule province canadienne dont le droit privé est régi par un code civil d'inspiration continentale, a adopté un texte reprenant certains principes de la Directive européenne sur le commerce électronique. Dans un souci de neutralité technologique, la loi utilise des expressions génériques et désigne les fonctions sans égard aux moyens techniques utilisés. L'exonération de responsabilité prévue dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>1</sup> concerne les prestataires qui accomplissent l'un ou l'autre des types d'activités visées comme l'hébergement ou l'indexation. Le texte est ainsi libellé:

22. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci.

Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

De même, le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de

référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Toutefois, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité.

La loi encadre le régime de la responsabilité de tout prestataire de services se trouvant effectivement dans la situation décrite à savoir le prestataire offrant des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication. L'archétype de ce prestataire est l'hébergeur. La responsabilité du prestataire offrant des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche est aussi balisée. Dans cette catégorie s'inscrivent les moteurs de recherche, certains blogs et autres sites à contenu généré par les usagers ou les tiers.

Le régime de limitation de la responsabilité de ces intermédiaires s'inscrit dans le cadre général de la responsabilité civile fondée sur la faute. Afin de délimiter le champ de ce qui peut constituer un comportement fautif de leur part, la loi vient exclure certaines obligations à la charge des prestataires intermédiaires dont le devoir de surveillance active. Elle institue un régime conditionnel d'exonération de responsabilité qui trouve application dans un ensemble de situations où le prestataire n'exerce pas de contrôle à l'égard des informations fautives.

C'est lorsqu'il a connaissance de fait du caractère illicite des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen de documents technologiques remisés par un tiers que la responsabilité du prestataire peut être engagée. La responsabilité du prestataire de service de références est engagée selon le même schéma: lorsqu'il a connaissance que ses services servent à la réalisation d'une activité illicite.

La connaissance est donc le fait déclencheur de la mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire. Elle pourra être imputée dans plusieurs circonstances. Premièrement, un prestataire peut avoir connaissance de fait s'il exerce une surveillance, constante ou occasionnelle, d'un site ou d'un environnement. Il n'y a pas d'obligation de surveiller afin d'acquérir connaissance aussitôt que se pointeront des documents illicites. Mais si une surveillance est effectuée et qu'elle permet d'acquérir la connaissance du caractère illicite de documents, alors la responsabilité de l'intermédiaire pourra être engagée s'il n'agit pas. Deuxièmement, la connaissance peut-être acquise à la suite d'une notification de la part d'un tiers. Mais, lorsque le caractère illicite du document visé est matière à controverse, l'obligation du prestataire d'agir ne commencera qu'à compter du moment où la connaissance du caractère illicite aura été établie.

La connaissance peut concerner les circonstances rendant apparente une activité illicite. Elle peut découler d'indices venant à la connaissance du prestataire et donnant à conclure à l'existence d'une activité illicite. Mais le prestataire est souvent dépourvu d'un motif légitime pour intervenir afin de supprimer l'information potentiellement dommageable. Hormis les cas absolument clairs d'illicéité, au nom de quoi et en vertu de quelle autorité doit-il juger du caractère fautif ou non de telle ou telle information contenue dans un document remisé dans ses environnements? Le législateur n'a pas été explicite

sur cette question. Dans les cas clairs, s'il en est, la question trouve une réponse aisée: si le caractère illicite est évident, l'intermédiaire pourra devoir agir dès la réception d'une plainte. Mais que faire dans les situations où le caractère illicite n'est pas évident?

Compte tenu des impératifs de la liberté d'expression, il paraît que le seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité de l'intermédiaire est engagée doit être plus que la seule plainte ou allégation. La responsabilité du prestataire peut ainsi se trouver engagée au moment où le caractère illicite du document devient manifeste. À moins que ce caractère manifestement illicite saute aux yeux, il faut qu'il soit constaté au moyen d'une expertise indépendante. En l'absence d'un mécanisme de notification accompagné d'un processus permettant de statuer sur le caractère illicite du contenu, les prestataires québécois doivent s'en remettre à la consultation d'un professionnel du droit pour déterminer s'ils ont l'obligation d'agir pour ne pas engager leur responsabilité en raison d'un document illicite.

La loi québécoise sur le cadre juridique des technologies de l'information illustre une approche possible pour une juridiction de droit civil afin d'encadrer la responsabilité des prestataires intermédiaires d'Internet. On peut se demander si le législateur n'aurait pas été avisé de prévoir un mécanisme plus explicite afin de statuer sur le caractère illicite des documents hébergés ou indexés par les intermédiaires d'Internet. ■

**Résumé:** *S'inspirant partiellement du droit européen en la matière, le Québec a adopté une loi limitant la responsabilité des intermédiaires techniques d'Internet, notamment les fournisseurs d'hébergement, les gestionnaires de blogs ou encore les moteurs de recherche. La loi ne leur impose aucun devoir de surveillance. Quant à leur responsabilité, elle n'est engagée que s'ils ont connaissance du fait qu'ils mettent à disposition des informations illicites.*

1 L.Q. 2001, c. 32, en ligne avec annotations à <[http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/cadre\\_juridique\\_intro.html](http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/cadre_juridique_intro.html)> (site visité le 15 octobre 2008); PIERRE TRUDEL, «Notions nouvelles pour encadrer l'information à l'ère du numérique: l'approche de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information», [2004] 106 *Revue du notariat*, 287-339. PIERRE TRUDEL, «La responsabilité des acteurs du commerce électronique», dans VINCENT GAUTRAIS, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 607-649.

# Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender in Deutschland

Paul Leo Giani

Rechtsanwalt, Staatssekretär a.D., Wiesbaden

**Résumé:** La 12ème révision du Traité d'Etat sur la radiodiffusion a été approuvée par les Länder allemands. Elle doit encore être votée par l'UE et devrait entrer en vigueur au 1er mai 2009.

Pour les diffuseurs de droit public, Internet est désormais considéré comme la «troisième colonne», ce nonobstant les vives protestations des éditeurs et diffuseurs privés. Les activités en ligne se voient toutefois fortement limitées. Toutes les offres doivent en effet se soumettre à un test dit en trois étapes qui comprend une discussion intensive et publique en présence de tiers et d'experts. Nombre de problèmes de délimitations juridiques demeurent et les querelles sont d'ores et déjà programmées. Cette révision constitue une orientation fondamentale mais les instruments de sa mise en oeuvre devront probablement être réajustés au cours des années à venir.

Die Ministerpräsidenten der Bundesländer haben nach monatelangem Tauziehen am 23. Oktober den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag verabschiedet. Dieser muss jetzt noch mit der EU-Kommission abgestimmt werden und soll dann im Dezember unterschrieben und den Landesparlamenten zur Ratifizierung zugeleitet werden. Er soll am 1. Mai 2009 in Kraft treten.

Kernpunkt der neuen Regelungen sind Umfang und Grenzen der Ermächtigung für online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender, also von ARD, ZDF und Deutschlandradio.

Das Thema war politisch heftig umstritten, weil nicht nur die privaten Rundfunkveranstalter eine massive Wettbewerbsverzerrung fürchten, sondern auch die Zeitungs- und Zeitschriftenverleger langfristig ihre Existenz bedroht sehen. Ausserdem musste mit dem Staatsvertrag auch eine Beanstandung der EU beantwortet werden, die die Gebühren für öffentlich-rechtliche Sender als Beihilfe einstuft und sie nur unter gesetzlich klar definierten Kriterien des öffentlichen Auftrags akzeptiert.

Die öffentlich-rechtlichen Sender haben sich durchgesetzt – nicht ganz, aber zum grössten Teil. Man kann diesen Rundfunkstaatsvertrag ohne Übertreibung als einen Einschnitt beschreiben, der vergleichbar ist mit der Zulassung privaten Rundfunks in Deutschland im ersten Rundfunkstaatsvertrag (RStV) 1987.

## Internet als «dritte Säule»

Das geltende Recht gibt in § 11 RStV den öffentlich-rechtlichen Sendern den Auftrag, «durch die Herstellung und Verbreitung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen als Medium und Faktor des Prozesses freier in-

dividueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken».

Im zukünftigen RStV sind neben den Rundfunkprogrammen ausdrücklich und gleichberechtigt die «Telemédien» genannt. «Telemédien» sind nach § 2 RStV grundsätzlich «alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Rundfunk sind.» Auch Fernseh- und Radiotext und Teleshoppingkanäle.

Die öffentlich-rechtlichen Sender haben damit in der Tat erreicht, dass das Internet als «Dritte Säule» gleichberechtigt anerkannt ist.

Die Hauptsorge der privaten Rundfunkveranstalter liegt in der befürchteten Wettbewerbsverzerrung, weil die öffentlich-rechtlichen Programme gebührenfinanziert sind und auch ohne Internet in den letzten 20 Jahren bereits enorm expandiert sind auf mehr als 20 Fernsehprogramme und über 60 Hörfunkprogramme.

Die Verleger fürchten, dass die öffentlich-rechtlichen Sender nicht nur ihre Fernsehprogramme ins Internet stellen, sondern zunehmend textbasierte Angebote einstellen, die dem klassischen «Lesemedium» Zeitung immer ähnlicher werden und damit den Verlagen an ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage rühren.

Beide Sorgen haben die Ministerpräsidenten versucht aufzunehmen, indem sie den zulässigen Umfang der Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender begrenzt haben.

## Umfang der Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender

Die erste Begrenzung liegt darin, dass sie die Programme von ARD, ZDF und Deutschlandradio in § 11 b) und 11c) RStV gesetz-

lich festgeschrieben haben. Allerdings ist die Zahl so gross, dass den Sendern genügend Raum bleibt. Es werden ARD und ZDF neben der Bestätigung aller bestehenden Programme jeweils drei weitere Spartenprogramme im Fernsehen zugebilligt – ausserdem alle am 1. April 2004 terrestrisch verbreiteten Hörfunkprogramme.

### Die zweite Begrenzung erfolgt bei den Telemedien in § 11 d) und 11 f) RStV.

Generell gilt eine zeitliche Begrenzung von sieben Tagen nach der Ausstrahlung – bei Grossereignissen und Spielen der 1. und 2. Fussball-Bundesliga bis zu 24 Stunden danach (§ 11 d Abs. 2 Nr. 1 RStV). Telemedien sind zulässig, wenn sie sich auf eine «konkrete Sendung beziehen» (§ 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV). Telemedien, die nicht «sendungsbezogen» sind, sowie sendungsbezogene nach Ablauf von sieben Tagen müssen den Drei-Stufen-Test durchlaufen; «nicht sendungsbezogene presseähnliche Angebote» sind unzulässig (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 RStV).

Werbung und Sponsoring in Telemedien sind unzulässig, gleiches gilt für Angebote auf Abruf von angekauften Spielfilmen und Folgen von Fernsehserien. Ferner ist eine flächendeckende lokale Berichterstattung unzulässig. Ausserdem ein langer Katalog einzelner Massnahmen (sog. Negativkatalog), der als Anlage dem RStV beigelegt ist (§ 11 d Abs. 5 RStV).

Schon diese auszugsweise Aufzählung zeigt, wie viele rechtlich schwierige Abgrenzungsfragen enthalten sind. Was ist ein «presseähnliches Angebot»? Auch die Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV hilft da nicht wirklich weiter. Es heisst dort: «Im Sinne dieses Staatsvertrages sind ein presseähnliches Angebot nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen.»

Die nächste Abgrenzungsschwierigkeit liegt in dem Begriff «sendungsbezogen». Wenn – als Beispiel – eine Tagesschau 12 Nachrichtenbeiträge hatte, der vorgesehene 13. Beitrag aus Platzgründen entfiel – ist dieser 13. Beitrag, dann schon nicht mehr «sendungs-

bezogen»? Was ist, wenn er in einer anderen Nachrichtensendung unterkommt?

Es ist sehr wahrscheinlich, dass diese unbestimmten Rechtsbegriffe viele Streitfragen auslösen oder Prozesse nach sich ziehen können. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind zwar für Juristen gewohntes Metier – aber wenn diese ganz neue Sachverhalte beschreiben und es sich um einen sehr dynamischen Markt handelt, werden sie viel Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

### «Drei-Stufen-Test» als Steuerungsinstrument

Ein zentrales Steuerungsinstrument in diesem Staatsvertrag ist der bereits mehrfach erwähnte «Drei-Stufen-Test» (§ 11 f RStV). Er geht auf Forderungen der EU zurück und soll sicherstellen, dass neue oder veränderte Angebote der öffentlich-rechtlichen Sender einer genauen Prüfung im Hinblick auf ihren öffentlichen Auftrag, die Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer und ihre finanziellen Aufwendungen unterzogen werden, bevor sie ausgestrahlt werden dürfen.

Zunächst müssen die Sender die inhaltliche Ausrichtung ihrer Telemedien in sog. «Telemedienkonzepten» näher beschreiben (Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung etc.) – § 11 f Abs. 1 RStV.

Die Sender müssen übereinstimmende Kriterien beschliessen, wann in jedem Einzelfall ein Angebot als «neu» oder «verändert» einzustufen ist.

Als ersten Schritt muss dann der Sender seinem zuständigen Gremium (Rundfunkrat) darlegen, dass das geplante Angebot vom öffentlichen Auftrag umfasst ist. Insbesondere inwieweit das Angebot 1) «den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht», 2) in welchem Umfang das Angebot «in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beitragen wird» und 3) welcher finanzielle Aufwand erforderlich wird. Dabei sind die bereits vorhandenen Angebote und die Auswirkungen auf den Markt mit einzubeziehen (§ 11 f Abs. 3 RStV).

Sodann ist vor Aufnahme des Angebotes Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben – innerhalb einer Frist von minde-

**Zusammenfassung:** Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV) ist von den Ländern verabschiedet. Er muss mit der EU noch abgestimmt werden und soll am 1. Mai 2009 in Kraft treten. Für die öffentlich-rechtlichen Sender wird das Internet gleichberechtigt als «Dritte Säule» anerkannt. Dies trotz heftiger Proteste der Verleger und privaten Sender. Allerdings sind die Online-Aktivitäten stark begrenzt. Alle Online-Angebote müssen den sog. Drei-Stufen-Test durchlaufen - eine intensive, öffentlich begleitete Diskussion unter Einbeziehung von Dritten und Gutachtern. Es gibt viele rechtliche Abgrenzungsprobleme. Juristischer Streit ist vorprogrammiert. Dieser RÄStV ist eine grundsätzliche Weichenstellung, aber seine Instrumente müssen wahrscheinlich in den nächsten Jahren nachjustiert werden.

stens 6 Wochen nach Veröffentlichung. Der Rundfunkrat kann nach Eingang der Stellungnahmen Dritter Gutachten von unabhängigen Sachverständigen einholen. Hinsichtlich der Auswirkungen auf den Markt ist diese gutachterliche Beratung gesetzlich sogar zwingend vorgeschrieben (§ 11 f Abs. 4 RStV).

Schliesslich muss der Rundfunkrat nach den genannten Prüfungen mit einer 2/3 Mehrheit entscheiden, ob das Angebot den gesetzlichen Kriterien entspricht und diese Entscheidung ausführlich begründen und der Rechtsaufsicht zuleiten. Nach deren Prüfung ist das neue oder veränderte Angebot im amtlichen Verkündungsblatt des jeweiligen Bundeslandes zu veröffentlichen (§ 11 f Abs. 5 und 6 RStV).

Dieses Verfahren wird von den öffentlich-rechtlichen Sendern als ein «bürokratisches

Monster» kritisiert –, insbesondere auch deshalb, weil auch alle bestehenden Angebote an Telemedien bis zum 31.12.2010 dieses Prüfverfahren durchlaufen sollen.

Andererseits wird von Verlegern und Privatsendern Kritik erhoben, weil letztlich die eigenen Gremien der Sender entscheiden, also quasi eine «Entscheidung in eigener Sache» treffen, ohne Aussenstehende hinreichend in die Entscheidung mit einzubeziehen.

Das Verfahren macht aber deutlich, wie sehr die Ministerpräsidenten versucht haben, einen Interessenausgleich bei dieser grundsätzlichen Neuordnung zu finden. Ob diese Instrumente sich in der Praxis bewähren, muss sich noch zeigen. Es spricht viel dafür, dass schon in wenigen Jahren eine Nachjustierung durch den Gesetzgeber notwendig sein kann. ■