

Justice ou cirque?

Dans le domaine du compte rendu judiciaire, la Suisse, sur le plan international, fait partie des pays exemplaires. Les caméras restent à l'extérieur des salles d'audience. Et la plupart des médias, sous le contrôle d'un Conseil de la presse strict, respectent l'anonymat des prévenus, des témoins et des victimes.

Mais les forces qui voudraient que cela change existent. Fin septembre, l'émission «Duel» de la Télévision romande a retransmis l'audience qui s'était tenue peu avant devant le Tribunal de district de Porrentruy dans une affaire d'atteinte à l'honneur et de menaces. Une première suisse, que la productrice a justifiée en invoquant la nécessité de «démystifier» la justice, et qui sera suivie d'autres retransmissions de ce genre. Quant à l'anonymat des prévenus, il a subi plusieurs atteintes au cours des derniers mois.

Nul ne contestera les dangers de la justice à huis clos et l'importance du contrôle populaire en la matière. Mais force est d'admettre aussi que la justice est une oeuvre délicate, qui requiert la sérénité. Si lors d'une audience pénale, les divers acteurs changent d'attitude parce qu'ils se sentent observés par des dizaines de milliers de téléspectateurs, ou qu'ils ont constamment sous le nez des photographes qui «mitraillent», la justice est touchée dans son essence même.

La justice n'a rien à gagner de la présence d'une caméra dans la salle d'audience; la présence des journalistes, des dessinateurs et du public dans la salle suffit à garantir le contrôle. L'effet préventif des comptes rendus sur les délinquants potentiels, pour autant qu'il existe vraiment, n'a pas non plus besoin d'images en direct ou en différé pour être assuré. La justice en revanche a tout à perdre si elle se laisse pervertir par les prétendues exigences de l'information moderne. Les exemples d'outre-Atlantique sont ô combien éloquentes. On ose donc espérer qu'après avoir fait oeuvre pédagogique par ses quelques retransmissions d'audiences, la Télévision romande et les juges ne continueront pas dans cette voie-là. ■


Justiz oder Zirkus?

Im Bereich der Gerichtsberichterstattung gilt die Schweiz im internationalen Vergleich als Musterknabe. Kameras bleiben ausserhalb des Gerichtssaals. Und die meisten Medien wahren, unter aktiver Mithilfe des Presserats, die Anonymität der Beschuldigten, Zeugen und Opfer. Es gibt Kräfte, die dies ändern wollen. Ende September übertrug die Sendung «Duel» des welschen Fernsehens zeitverschoben eine Gerichtsverhandlung vor dem Bezirksgericht Pruntrut in einem Fall, der eine Ehrverletzung und Drohungen zum Gegenstand hatte. Dies war eine schweizerische Premiere. Die Produzentin rechtfertigte dies mit dem Argument, es sei notwendig, die Justiz zu «entmystifizieren». Es ist geplant, weitere Sendungen dieser Art zu produzieren. Was das Recht auf Anonymität eines Beschuldigten anbetrifft, gab es in den letzten Monaten verschiedene Verletzungen.

Niemand bezweifelt die Gefahren einer Kabinettsjustiz und die Bedeutung der öffentlichen Kontrolle in diesem Bereich. Aber man muss auch anerkennen, dass die Justiz eine delicate Angelegenheit ist, die Serenität erfordert. Wenn während einer Gerichtsverhandlung die verschiedenen Akteure ihr Verhalten verändern, weil sie sich von Zehntausenden von Zuschauern beobachtet fühlen oder ständig von den Blitzlichtern der Kameras beeinträchtigt werden, ist die Justiz in ihrem Kern getroffen. Die Justiz gewinnt nichts durch die Anwesenheit von Kameras im Gerichtssaal; die Anwesenheit von Journalisten, Zeichnern und der Öffentlichkeit genügt, um die öffentliche Kontrolle wahrzunehmen. Der präventive Effekt der Gerichtsberichterstattung auf potenzielle Delinquenten, falls ein solcher Effekt tatsächlich existieren sollte, bedarf keiner Unterstützung durch Bilder, die direkt oder zeitverschoben übermittelt werden. Die Justiz dagegen hat viel zu verlieren, wenn sie Gerichtsverhandlungen durch angebliche Informationsinteressen pervertieren lässt. Die Beispiele jenseits des Atlantiks sprechen Bände. Auch wenn die erwähnten Sendungen vielleicht einen gewissen pädagogischen Effekt hatten, ist zu hoffen, dass das welsche Fernsehen und die Richter nicht auf diesem Weg weiterfahren. ■


- Notre adresse pour vos questions/Unsere Adresse für Ihre Fragen: medialex, Postfach 1456, 6301 Zug.

Q **Pouvons-nous diffuser un spot en faveur d'une revue pornographique?**


R Oui, mais les limites sont assez étroites. Si la pornographie douce est licite en Suisse lorsqu'elle s'adresse à des personnes âgées de plus de 16 ans, elle ne l'est pas à la radio et à la télévision, en vertu de l'art. 197 CP. En d'autres mots: le spot en question ne pourra pas montrer des images de la revue en question qui devraient être qualifiées de pornographiques. Mais même des images non pornographiques, ou un texte par trop affriolant peuvent entrer en conflit avec la loi, lorsqu'elles sont de nature à porter préjudice à l'épanouissement de la jeunesse (art. 7 al. 2 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, art. 6 de la loi sur la radio et la télévision). Si le spot est diffusé à une heure de grande écoute, à un moment où beaucoup de jeunes sont devant le petit écran, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes serait plus vite encline à estimer que la limite a été franchie. Voyez à ce propos sa décision du 23 avril 1999 (*medialex* 1999, p. 179 ss). 

F **Darf ein Berufsfotograf einen Kalender mit Bildern des Monolithen an der Expo 02 erstellen?**

A Ein Berufsfotograf hatte Skrupel, sein Kalenderprojekt zu verwirklichen, weil ein Confiseur von Murten, der Schokolademonolithen herstellte, Schwierigkeiten mit der Expo-Leitung bekam. Rechtlich ist die Situation wie folgt zu beurteilen: Der Monolith, der während der Expo auf dem Murtensee schwamm, dürfte die Kriterien des Werkbegriffs gemäss Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes (URG) erfüllt haben: geistige Schöpfung, Zugehörigkeit zur Kunst, individueller Charakter. Der Monolith dürfte deshalb ein urheberrechtlich geschütztes Werk der (Bau-)Kunst gewesen sein. Der Urheber bzw. der entsprechende Rechtsträger hat u.a. das ausschliessliche Recht, zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Dazu gehört insbesondere das Recht, Werkexemplare wie Druckerzeugnisse etc. herzustellen (Art. 10 URG). Das Urheberrechtsgesetz kennt aber auch Schranken,

u.a. in Bezug auf Werke auf allgemein zugänglichem Grund. Solche Werke dürfen abgebildet und die Abbildung darf angeboten, veräussert, gesendet oder sonstwie verbreitet werden, wenn sie sich bleibend an oder auf allgemein zugänglichem Grund befinden (Art. 27 URG). Das traf im Fall des Monolithen zu. Fragen konnte man sich einzig, ob sich das Werk bleibend auf dem Murtensee befand, weil es nur vorübergehend während der Expo dort installiert war. Nach der juristischen Literatur ist entscheidend, ob das Werk bleibend und nicht nur zufällig an der betreffend Stelle ausgestellt ist; auf die Dauer kommt es nicht an (BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 5 zu Art. 27 URG). Deshalb dürfen auch auf die Strasse gemalte Fresken und vergängliche Skulpturen aus Schnee und Eis in einem öffentlichen Park ohne weiteres abgebildet werden (BARRELET/EGLOFF, a.a.o.). Nach Art. 27 Abs. 2 URG darf die Abbildung allerdings nicht dreidimensional sein. Deshalb war der Kalendermacher gegenüber dem Confiseur im Vorteil! 

F **Darf die Redaktion einer Zeitschrift nach der Gegendarstellung ihren eigenen Standpunkt darlegen oder gar an einer anderen Stelle derselben Ausgabe auf das Thema ausführlich eingehen?**

A Nach Art. 28 h Abs. 1 ZGB hat sich der Text der Gegendarstellung in knapper Form auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung zu beschränken. Das Gesetz erlaubt nun in Art. 28k Abs. 2 ZGB den Medienunternehmen eine Erklärung (sog. Redaktionsschwanz) beizufügen, ob es an seiner Tatsachendarstellung festhält oder auf welche Quellen es sich stützt. Sie dürfen auch die Quellen nennen und darauf hinweisen, dass sie an ihrer Version festhalten. Unzulässig ist jedoch, den Inhalt der Quelle (z. B. Aussagen eines Informanten, Abdruck einer Urkunde) nach der Gegendarstellung abzudrucken. Ein Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des Gegendarstellungsrechts darf angefügt werden. Es ist allerdings nicht erlaubt, eine Erklärung durch Fettdruck hervorzuheben. In derselben Ausgabe der Zeitschrift dürfen Sie grundsätzlich nicht mehr auf die Thematik der Gegendarstellung zurückkommen, ausser in Extremfällen, wenn es die Aktualität des Themas gebietet; in diesen Fällen müsste die neue Stellungnahme aber örtlich deutlich getrennt von der Gegendarstellung platziert werden. Stets können Sie zu einem späteren Zeitpunkt das Thema wieder aufgreifen. 

Das neue Filmrecht: Durch Selbstregulation zur Vielfalt?

Christoph Beat Graber

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Luzern

Am 1. August 2002 ist das neue Filmgesetz (FiG) samt dazugehöriger Verordnung (FiV) in Kraft getreten. Die wichtigsten Neuerungen betreffen erstens die Modernisierung der Filmförderung und zweitens steuernde Vorschriften zum Schutz der Angebotsvielfalt im Kino. Sie stützen sich auf die in Art. 71 der Schweizerischen Bundesverfassung verankerten Kompetenzen des Bundes.

Die wichtigsten Neuerungen

Im Bereich der Filmförderung wurden zunächst für die Verleihförderung und die erfolgsabhängige Filmförderung klare gesetzliche Grundlagen geschaffen. Neu sind auch die Förderkonzepte, die den Bund zur Evaluation der in den Artikeln 4 bis 7 FiG formulierten Ziele und Instrumente verpflichten. Das Bundesamt für Kultur (BAK) wird inskünftig alle drei bis fünf Jahre überprüfen müssen, ob die zur Förderung des Schweizer Filmschaffens (Art. 3 und 7), der Vielfalt und Qualität des Filmangebots (Art. 4), der Filmkultur (Art. 5) sowie der Aus- und Weiterbildung (Art. 6) getroffenen Massnahmen die hierfür festgelegten Ziele erfüllt haben. Diese Evaluation bildet auch die Grundlage für Leistungsvereinbarungen mit Filmfestivals und anderen regelmässigen Bezüglern von Finanzhilfen. Das hier platzgreifende Verfahren wird in einer noch nicht verabschiedeten Departementsverordnung zur Filmförderung geregelt werden.

Im Bereich der Angebotsvielfalt werden die Vorschriften zur Steuerung des Marktes mit dem neuen Gesetz liberalisiert: Die frühere Bewilligungspflicht für Verleihunternehmen und Kinos wird durch eine bloss registrierungs- und meldepflichtig ersetzt. Oberstes regulatorisches Ziel ist die

Förderung der Angebotsvielfalt in den Kinos. Gemäss Art. 18 FiG ist die Angebotsvielfalt in einer Kinoregion gewährleistet, wenn die angebotenen Filme in genügender Anzahl aus verschiedenen Ländern stammen, unterschiedlichen Genres angehören und verschiedene Filmstile repräsentieren. Dieses Ziel soll grundsätzlich durch die Branche selbst in freiwilliger Leistung erbracht werden.

Neuer regulatorischer Weg zur Vielfaltsförderung

Lässt sich ein vielfältiges Kinoangebot auf freiwilliger Basis erreichen? Das neue Recht geht davon aus: Das Bewilligungssystem wird fallengelassen, ohne dass an seine Stelle die wettbewerbssteuernden Instrumente treten würden, die der Vorentwurf der Kommission Moor von 1999 vorgeschlagen hatte. Nach dem Vorbild kartellrechtlicher Regeln wollte dieser dem BAK die Möglichkeit geben, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Marktteilnehmer wie Blockbuchen, Exklusivbelieferungen oder Vor- und Nachspielersperren zu sanktionieren. Intensives Lobbying der grossen Verleih- und Kinounternehmen veranlasste den Gesetzgeber schliesslich dazu, diese interventionistischen Instrumente durch das Konzept der freiwilligen Selbstkontrolle zu ersetzen.

Damit die Selbstkontrolle nicht ein leeres Versprechen bleibt, werden die Verleiher und Kinobesitzer gezwungen, die freiwilligen Massnahmen, welche die Angebots- und Sprachenvielfalt sichern sollen, in einer Branchenvereinbarung festzulegen. Der Bund ist selbst nicht Partner einer solchen Vereinbarung. Er hat bloss das Recht, im Entwurfsstadium Stellung zu beziehen (Art. 17 Abs. 3 FiG), eine Genehmigung er-

Résumé: *Le but principal de la nouvelle loi sur le cinéma est l'exigence d'une offre diversifiée. Il doit être atteint par l'autocontrôle volontaire de la branche elle-même. Les entreprises affiliées au groupement des distributeurs de films et des propriétaires de salles ont ainsi renoncé à des clauses de restriction à la concurrence, en s'unissant par une convention valable pour la branche. Le caractère exécutable de cette auto-soumission étant douteux, l'efficacité de la loi dépendra surtout en dernier lieu du nouvel ombudsman qui sera institué par la convention. En effet, ce dernier, sur plainte ou d'office, a le pouvoir de soumettre des propositions concrètes pour améliorer la diversité de l'offre cinématographique lorsque des entreprises de distribution ou de projection commettent une faute. Si l'autorégulation de la branche ne devait pas fonctionner, il reste comme ultima ratio la menace d'une taxe fédérale temporaire.*

Zusammenfassung: Das Hauptziel des neuen Filmrechts ist die Förderung der Angebotsvielfalt. Erreicht werden soll es auf dem Wege freiwilliger Selbstkontrolle durch die Branche selbst. Zu diesem Zweck haben sich die Unternehmen, die dem Verband der Filmverleiher und Kinobesitzer angeschlossen sind, in einer Branchenvereinbarung geeinigt, auf wettbewerbsbeschränkende Abreden zu verzichten. Weil die Durchsetzbarkeit dieser Selbstbindung zweifelhaft ist, wird die Wirksamkeit des Gesetzes letztlich vor allem vom neuen Ombudsmann abhängen, der mit der Vereinbarung geschaffen wird. Dieser kann auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen fehlbaren Verleih- oder Vorführunternehmen konkrete Vorschläge zur Verbesserung der Angebotsvielfalt im Kino unterbreiten. Sollte die Selbstregulation der Branche nicht funktionieren, so droht als ultima ratio eine Lenkungsabgabe zur Vielfaltsförderung, welche das Departement des Innern in der Höhe von maximal 2 Franken pro Eintritt vorübergehend einführen kann.

folgt jedoch nicht. Eine erste solche Vereinbarung ist vom Kino- und Verleihverband *ProCinema* erarbeitet worden und rechtzeitig auf den 1. August 2002 in Kraft getreten. Dieser Vereinbarung sind die wichtigsten Akteure im Markt beigetreten, so dass ihr kaum eine weitere folgen wird. Die *ProCinema*-Vereinbarung arbeitet jedoch vor allem mit «Appellvorschriften»: So werden die Unterzeichner der Vereinbarung aufgerufen, auf Blindbuchen (Reservation bestimmter Spieldaten, ohne dass der zur Auswertung vorgesehene Film bekannt ist), Blockbuchen (Film A wird nur zusammen mit den Filmen B und C verliehen) zu verzichten, Filme möglichst auch in der Originalversion zu zeigen und die ohnehin in Art. 19 FiG statuierte Verpflichtung zu respektieren, Filme nur dann in der Schweiz zu verleihen, wenn das Verleihunternehmen die Rechte für alle im Lande zur Verwertung gelangenden Sprachversionen besitzt.

Die Hoffnung ruht auf dem Ombudsmann

Hätte die Vereinbarung bei diesen Soft-Normen ihr Bewenden, so müsste wohl das Scheitern des neuen Gesetzes prognostiziert werden. Indessen schafft *ProCinema* in Ziffer 4.1 eine Ombudsstelle, die nicht nur Klagen von Behörden, alternativen Filmverleihern und Kinobetrieben sowie filminteressierten Organisationen entgegennimmt, sondern auch vom Publikum. Wird eine Klage eingereicht, so vermittelt die Ombudsstelle zwischen Klägern und Betroffenen und versucht, eine der Erhaltung und Förderung der Angebotsvielfalt dienliche Lösung zu finden. Ein Hauptproblem wird darin bestehen, die für die Bewertung der Angebotsvielfalt entscheidenden Begriffe «Genre» und «Stil» zu definieren, zumal sie in der Branche nicht einheitlich verwendet werden. Falls die Schlichtung misslingt, steht es der klagenden Partei frei, an ein von *ProCinema* eingesetztes Verbandsgericht zu gelangen, dessen Urteil auf dem ordentlichen Instanzenweg weitergezogen werden kann.

Mit dem Amt des Ombudsmannes hat *ProCinema* den Genfer Kinoexperten Willi

Wachtel betraut, in den Branchenkenner grosse Hoffnungen setzen. Der Bund verstärkte Wachtels Position dadurch, dass er ihn auch in die Filmkommission wählte. Der Erfolg der Selbstregulation wird entscheidend vom Geschick abhängen, das der Ombudsmann im Kontakt mit «schwarzen Schafen» der Branche an den Tag legen wird.

Für den Fall, dass die freiwillige Selbstkontrolle scheitert, sieht das Gesetz als ultima ratio eine Lenkungsabgabe zur Vielfaltsförderung vor. Kommt das BAK im Rahmen seiner regelmässigen Marktanalyse zum Ergebnis, dass die Angebotsvielfalt in einer Region des Kinomarktes mangelhaft sei, so erlässt es nicht etwa eine Verfügung, sondern beschränkt sich darauf, die ihr vorliegenden und mit Kommentar begleiteten Statistiken zu veröffentlichen. Das BAK gibt den wichtigsten Unternehmen der Filmbranche in der betroffenen Region Gelegenheit, zur Evaluation Stellung zu nehmen (Art. 4 FiV). Unternehmen welche die Angebotsvielfalt verletzen und keiner Branchenvereinbarung angehören, werden aufgefordert, diese wiederherzustellen. Im Sinne einer ergebnisorientierten Gesetzgebung schreibt das BAK nicht vor, was die fehlbaren Akteure zu tun haben, das obliegt im Rahmen der Selbstverpflichtung den betroffenen Unternehmen. Das BAK geht jedoch davon aus, dass der Ombudsmann konkrete Vorschläge unterbreiten wird. Erst wenn eine Nachevaluation ergibt, dass die Vielfalt nicht wiederhergestellt wurde, kann das BAK dem Departement den Antrag stellen, die Förderabgabe von maximal 2 Franken pro Eintritt vorübergehend einzuführen.

Auch in diesem Diskurs zwischen Behörden und Branche kommt die Idee der Ko-regulation zum Ausdruck, die das neue Filmrecht prägt. Mit den vorgesehenen Instrumenten soll keine inhaltlich ansetzende Kulturpolitik betrieben, sondern in einem zwei bis drei Jahre dauernden Verfahren begriffsstutzigen Unternehmen behutsamer «Nachhilfeunterricht» in Sachen Angebotsvielfalt erteilt werden. Das BAK hofft, die Branche zur Erkenntnis zu bringen, dass die Angebotsvielfalt allen dient. ■

L'exclusion de la radio-TV des salles d'audience

Edy Salmina

Avocat, directeur de la première chaîne de la Radio de la Suisse italienne, membre du Conseil suisse de la presse, Lugano

Tout le monde ou presque peut entrer dans une salle d'audience pour suivre un procès pénal. On peut donc le «voir» et même le «raconter» dans un journal, à la radio ou à la télévision. En revanche, on ne peut pas le «montrer». Barrer l'accès du procès aux microphones, aux caméras de télévision et aux appareils photographiques, est-ce encore défendable en un temps où l'on transmet les débats parlementaires, les interventions chirurgicales et même les duels politiques qui peuvent faire basculer les choix d'une démocratie? En droit suisse la situation est connue. La publicité des débats est garantie par la Constitution fédérale (art. 30 al. 3) et la CEDH (art.6 al.1). Toutefois, les procédures pénales des cantons interdisent généralement les prises de son et d'image pendant les procès. Les journalistes de radio et de télévision y ont accès, mais ils ne peuvent utiliser leurs outils spécifiques: une situation que le Tribunal fédéral avait jugée parfaitement raisonnable dans une décision de 1969 (ATF 95 I 356, consid.3). Dans quelques cantons, notamment au Tessin, la procédure pénale permet aux présidents des tribunaux d'accorder des exceptions. Ainsi, la radiotélévision suisse de langue italienne avait demandé, en mai 2001, de pouvoir enregistrer images et sons du procès contre l'ancien juge Franco Verda. La réponse de la Cour fut toutefois négative, en dépit de l'énorme résonance publique du cas.

Les exemples étrangers

Jetons le regard à l'étranger. Aux USA d'abord, où depuis une décision de la Supreme Court (Chandler vs. State of Florida, 449 U.S.560, 1981), de nombreux Etats – mais non les juridictions fédérales – admettent la présence des médias électro-

niques dans les cas où il n'y a pas lieu de craindre un préjudice pour les parties et la sérénité du jugement. C'est là que des expériences telles que celle de la chaîne Court-TV se sont développées, qui ont donné lieu à de nombreuses critiques, aux USA et surtout en Europe. Même si beaucoup de réserves sont légitimes – le cauchemar du procès d'O. J. Simpson nous hante tous – il est toutefois nécessaire de nuancer le cadre. Aux USA, depuis 1996, des directives déontologiques spécifiques existent pour les chroniques judiciaires radio-TV (News and Media Coverage of Judicial Proceedings with Cameras and Microphones, www.rtnda.com). Par ailleurs, Court-TV n'utilise comme chroniqueurs judiciaires que des journalistes avec brevet d'avocat.

Régime d'ouverture aussi en Italie, où la loi autorise, sous certaines conditions, les reprises audiovisuelles des débats (art. 147 Disp.Att. CCP; D.L. 271 du 28.7.1989). Le juge peut donc permettre l'enregistrement de sons et d'images si les parties sont consentantes et si la sérénité du procès n'est pas menacée. Dans les cas où il existe un intérêt particulier du public à connaître le déroulement des débats, les reprises peuvent se faire même sans le consentement des parties. Le juge interdira toutefois d'enregistrer et de filmer les parties qui s'y opposent; leurs voix et leurs visages resteront donc cachés. Cette situation législative a permis le développement d'une série d'émissions à succès («Un giorno in Pretura») diffusées par la troisième chaîne de la TV publique RAI, très populaires aussi en Suisse italienne.

Dernier exemple: celui de l'Allemagne. La situation est semblable à celle de la Suisse. A l'occasion du procès contre l'ancien lea-

Zusammenfassung:
Kann man das Aufnahme- und Filmverbot in Gerichtssälen heute noch verantworten? Es gibt unterschiedliche ausländische Beispiele: die liberale Praxis in den USA und in Italien sowie die strenge Handhabung in Deutschland. In Deutschland hat der Bundesverfassungsgerichtshof die Verfassungsmässigkeit des Ton- und Bildaufnahmeverbots mit vier zu drei Stimmen anerkannt. Offensichtlich geht es um alles oder nichts. Der vollständige Ausschluss der elektronischen Kommunikationsmittel aus den Gerichtssälen scheint den Kerngehalt des Prinzips der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen, wie er von der EMRK und der Bundesverfassung garantiert wird, zu schmälern.

Résumé: *L'interdiction faite aux micros et aux caméras d'accéder aux salles des tribunaux est-elle encore défendable de nos jours? Les exemples étrangers diffèrent: au libéralisme en vigueur aux Etats-Unis et en Italie s'oppose la rigueur de l'Allemagne. Il est vrai que dans ce dernier pays, la Cour constitutionnelle n'a admis la constitutionnalité d'une exclusion des prises de sons et d'images que par quatre voix contre trois... On devrait, en l'espèce, se garder d'une attitude du «tout ou rien». L'exclusion pure et simple des moyens de communication électronique des salles d'audience revient à réduire la portée concrète du principe de publicité des débats garanti par la CEDH et la Constitution fédérale.*

der est-allemand Egon Krenz, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, saisie par les associations de télévisions privées allemandes, s'est penchée une nouvelle fois récemment sur l'interdiction d'accès aux salles d'audience faite aux radios et télévisions. Elle en a confirmé la constitutionnalité (BVerfG 24.1.2001, dans EuGRZ 2001, p.59 ss). Il faut toutefois remarquer que trois des sept juges étaient d'un avis différent.

Ce n'est pas tout ou rien

Les raisons contre la présence des microphones et des caméras dans une salle d'audience pénale ne manquent pas complètement de pertinence. On y voit, et parfois avec raison, des risques d'atteinte à la personnalité des parties, à la sérénité du procès ou à l'indépendance des juges. Sans oublier le danger d'une justice spectacle, d'autant que même sans micro et caméra dans les prétoires, l'information du public est garantie par la présence des journalistes. En fait, c'est comme si, en protégeant et gardant pour lui «ses» sons et «ses» images, le procès pénal voulait réaffirmer sa singularité face à une médiatisation croissante dont il est, pourtant, l'un des thèmes favoris.

Mais selon nous, les arguments aptes à faire évoluer la situation dans un sens plus favorable à la prise de sons et d'images pèsent plus lourd. D'ailleurs, la Télévision suisse romande a récemment diffusé, avec succès et sans inconvénients, la chronique d'un petit procès pénal qui s'était déroulé dans le Jura. Une voie que nous jugeons prometteuse.

Il ne nous paraît pas sage d'adopter une attitude du «tout ou rien». La prise de sons et d'images en effet peut se faire selon des modes très différents, avec, pour chacun d'entre eux, des avantages et des inconvénients. S'il est évident qu'une retransmission en direct de l'intégralité ou même d'une partie d'un procès n'aurait aucun sens, peut-on dire la même chose – et y voir les mêmes dangers – pour un enregistrement partiel, destiné à être diffusé seulement après le procès, à titre de documentation et dans le respect des règles lé-

gales et déontologiques liées à une telle démarche? Nous ne le croyons pas. En revanche, l'interdiction actuellement faite aux micros et aux caméras empêche l'un et l'autre. On est dès lors amené à se demander si on n'est pas en présence d'une violation du principe de proportionnalité. Est-il juste de protéger de la même façon la victime d'un viol et une personne accusée de corruption qui aurait, par exemple, médiatisé elle-même son histoire?

Contre la présence de la radio et de la télévision dans les salles d'audience, il est aussi souvent question de protection de la personnalité. Peut-on être vraiment sûr que la presse écrite ne présente pas un danger pour le moins comparable? En plus, même enregistrés et diffusés, une voix ou un visage ne sont pas forcément identifiables. Il existe en effet des moyens techniques très simples qui permettent de masquer les sons et les images de façon à conserver une bonne intelligibilité pour le public tout en assurant l'anonymat des intéressés. D'ailleurs, dans un procès public, qui relève de la sphère publique et non privée, l'accusé ne peut en principe pas revendiquer son droit à l'anonymat (cf. ATF 119 Ia 99, consid.4a: «solche Unannehmlichkeiten sind angesichts der hohen rechtstaatlichen Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips grundsätzlich in Kauf zu nehmen»).

Certes, l'accès de la radio et télévision au procès reste un thème délicat, et certains domaines doivent demeurer fermés, tel celui des victimes selon la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'actes de violence. Certes, il requiert de la part des journalistes un sens des responsabilités sans faille. Il n'en demeure pas moins qu'il faut procéder à une pesée d'intérêts sans réflexes conditionnés. Les moyens de communication électroniques peuvent être plus dangereux que d'autres médias; mais ils ne le sont pas obligatoirement. En une époque où le reflet de la sphère publique est en partie assuré par le travail des radios et télévisions, exclure toute possibilité d'enregistrement et de diffusion de sons et d'images d'un procès signifie, en fait, limiter la portée réelle du principe de la publicité des débats. ■

.....
D'AUTRE PART
.....
UND AUSSERDEM

La cyberpolice se met en place

Dès le 1^{er} janvier 2003, l'Office fédéral de la police disposera d'une Cellule de coordination pour la lutte contre la criminalité sur Internet. Forte de huit personnes, elle sera chargée de traquer en particulier la pornographie, le racisme, la fraude sur la Toile. Ses mandats seront définis par un comité directeur de trois personnes représentant la police et la justice des cantons. Chef du projet, Philipp Kronig insiste sur l'importance qu'il y aura à être «très flexible, et ouvert aux nouvelles tendances». La Cellule recueillera les dénonciations du public, transmises par lettre, par téléphone ou par courrier électronique. Mais elle fera aussi ses propres recherches et bénéficiera de ses contacts étroits avec les autorités correspondantes dans les pays voisins. Autant que faire se peut, les recherches seront automatisées. Chaque fois qu'elle aura identifié un contenu douteux, elle devra examiner si les deux conditions suivantes sont remplies: ce contenu est punissable aux yeux du code pénal suisse; il existe un lien entre l'infraction et la Suisse. Dans l'affirmative, la Cellule transmettra le dossier à la justice d'un canton, ou sinon à l'autorité étrangère compétente.

La Cellule, en réalité, est au service des cantons. Son financement est assuré pour deux tiers par les cantons et pour un tiers par la Confédération. Tous les cantons en font partie, sauf celui de Zurich, ce qui a eu pour conséquence qu'il n'a pas été possible de porter les effectifs de la Cellule à neuf personnes, comme cela avait été prévu à l'origine. La crainte de Zurich, c'est que la Cellule identifie une quantité considérable de cas qu'il ne sera pas possible de poursuivre faute de spécialistes sur le terrain. Berne et les autres cantons jugent cette crainte sans fondement, puisque parallèlement à la création de la Cellule, les cantons mettent sur pied un corps de 60 à 70 policiers à plein temps chargés de mener les enquêtes et de procéder aux perquisitions, saisies et arrestations. Leur formation a débuté en août. Il est prévu de procéder rapidement à une évaluation du travail de la Cellule, de manière à prouver aux Zurichois qu'ils ont tort. Un tel organisme centralisé se justifie également par le fait que très souvent, plusieurs cantons sont compétents, ce qui requiert une coordination, en particulier la désignation d'un canton pour l'enquête et la poursuite.

Une cellule avait déjà été à l'œuvre à l'Office fédéral de la police en 1998-1999. Mais elle ne comprenait que deux personnes à mi-temps. Elle n'avait pas les moyens de faire de la recherche active, si bien qu'il fut décidé de la supprimer au vu de la faiblesse des résultats. Les débordements constatés sur Internet et les pressions parlementaires ont conduit le Département fédéral de justice et police à remettre l'ouvrage sur le métier, de concert avec les cantons. ■

Vorläufig keine Alkoholwerbung auf privaten TV-Sendern

Vor der Totalrevision des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) soll keine Alkoholwerbung auf privaten TV-Sendern zugelassen werden. Mit 12 zu 10 Stimmen beantragte die Nationalratskommission für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF) Nichteintreten auf eine Initiative des Ständerates. Der Ständerat hatte die vorgezogene Änderung des RTVG im Juni mit 22 zu 11 Stimmen gutgeheissen, um den nicht subventionierten Privatsendern das wirtschaftliche Überleben zu erleichtern. Die Mehrheit der Nationalratskommission wolle die noch vor der Dezembersession erwartete Botschaft des Bundesrates zum neuen RTVG abwarten; die Werbeproblematik könne dann in einem grösseren Zusammenhang angegangen werden.

Der Nationalrat entscheidet in der Märzsession 2003. Beschliesst er gegen den Willen der Kommissionsmehrheit Eintreten, geht das Geschäft zur Detailberatung an die KVF zurück. ■

.....
Vaud rejoint les adeptes de la
transparence

Le 24 septembre 2002, le Grand Conseil vaudois a adopté la loi sur l'information. Celle-ci précise la politique générale d'information des autorités cantonales et communales, mais, surtout, institue un droit pour le public d'accéder aux «renseignements, informations et documents officiels» détenus par lesdites autorités et par les personnes morales désignées par le Conseil d'Etat qui accomplissent des tâches de droit public. Après Berne, Genève et Soleure, Vaud est le quatrième canton à se doter d'une loi consacrant le principe de la transparence de l'activité administrative. L'autorité requise doit répondre aussi rapidement que possible, mais au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande, ce délai pouvant être «exceptionnellement prolongé de quinze jours si le volume des documents, leur complexité ou la difficulté à les obtenir l'exigent». En cas de refus, l'intéressé peut saisir une «commission restreinte», qui exerce une fonction de médiation. S'il n'est pas satisfait des recommandations émises, il peut recourir au Tribunal administratif dans les vingt jours. Curieusement, l'art. 22 précise que «le Conseil d'Etat statue définitivement sur les demandes concernant son activité». Cette disposition, qui admet que le gouvernement soit à la fois juge et partie, n'a son pareil dans aucune loi de ce type au monde et contredit la Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, adoptée par le Comité des ministres le 21 février 2002 (principe IX ch. 1: la personne dont la demande a été refusée doit «avoir accès à une procédure de révision de-

vant une cour ou devant une autre instance indépendante et impartiale prévue par la loi»). ■

Presseförderungsartikel geht in die Vernehmlassung

Für eine unabhängige Meinungs- und Willensbildung seien vielfältige und im Wettbewerb stehende Medien notwendig. Der Bund soll deshalb die Vielfalt und Unabhängigkeit der Medien fördern. Der Bundesrat hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ermächtigt, eine entsprechende Verfassungsänderung im Auftrag der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates in die Vernehmlassung zu schicken. Die Vernehmlassung dauert bis Ende Januar 2003.

Die Schweiz kennt bis heute nur eine indirekte, auf das Postgesetz gestützte Presseförderung durch verbilligte Posttaxen für den Versand von Zeitungen und Zeitschriften. Eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage soll zielgerichtete Massnahmen gegen die negativen Auswirkungen der Medienkonzentration ermöglichen. Der von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vorgeschlagene Vorentwurf zu einem Verfassungsartikel zur Medienpolitik lautet wie folgt: «Der Bund fördert die Vielfalt und Unabhängigkeit der Medien. Er anerkennt dabei die Bedeutung der Medien für die demokratische Meinungsbildung auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene für den gesellschaftlichen Zusammenhalt.»

Der vorgeschlagene Artikel 93a soll die verfassungsrechtliche Basis für eine medienpolitische Gesamtkonzeption bilden. Das Parlament wird später entscheiden können, ob es sich auf eine Presseförderung im engeren Sinn beschränken oder ob es ein Medienvielfaltsgesetz erlassen möchte, das auch die elektronischen Medien umfasst. Angesichts der Bedeutung der Medien für die demokratische Meinungsbildung soll der Bund die Kompetenz erhalten, die Vielfalt und Unabhängigkeit der Medien zu fördern. Zulässig wären indes nur Förderungsmassnahmen, welche die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Pressefreiheit stärken.

Von den ca. 100 Millionen Franken, die der Bund gegenwärtig in Form von indirekten Subventionen für die verbilligte Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften jährlich der Post überweist, profitieren weniger die durch den Konzentrationsprozess am stärksten betroffenen Regional- und Lokalzeitungen, sondern primär die Mitgliedschafts- und Freizeitpresse mit hoher Auflage. Die neue Verfassungsbestimmung soll einen Wechsel von diesem unbefriedigenden System der indirekten Unterstützung durch verbilligte Posttaxen zu einer direkten Subventionierung von Presseerzeugnissen ermöglichen.

Die Staatspolitische Kommission nennt eine Reihe möglicher Kriterien einer direkten Presseförderung, die später auf Gesetzesstufe festgelegt werden könnten: Die Presseerzeugnisse sollen im Abonnement erhältlich sein (keine Gratiszeitungen), mindestens 25 mal im Jahr erscheinen, einen gewissen redaktionellen Anteil und redaktionellen Eigenaufwand aufweisen sowie über ein Redaktionsstatut verfügen. Transparente Besitzverhältnisse, eine Mindest- bzw. Höchstauflage, der Anschluss an eine Presseombudsstelle und eine Obergrenze des Umsatzes könnten weitere Kriterien sein. ■

Revision des Fernmeldegesetzes

Der Bundesrat hat im Juli dieses Jahres beschlossen, die Entwürfe für eine Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG) und der Fernmeldediensterverordnung (FDV) in die Vernehmlassung zu geben. Er will die letzte Meile rasch entbündeln, der ComCom griffigere Regulierungsinstrumente zur Verfügung stellen und das Fernmelderecht an die EU anpassen.

Nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 in Sachen Commcare betreffend Mietleitungen und nach der Abweisung des Interkonnectionsgesuchs der TDC AG Switzerland betreffend alle 3 Formen der Entbündelung durch die ComCom vom 5. Februar 2002 können die Mietleitungen und die Entbündelung nur noch auf dem Weg der Rechtsetzung reguliert werden, meint der Bundesrat, und erachtet die gesetzliche Grundlage im FMG als genügend, um die Mietleitungen und alle drei Formen der Entbündelung auf Verordnungsstufe regeln zu können.

In den Vernehmlassungsantworten wird die Entbündelung auf dem Ordnungswege mehrheitlich befürwortet. Naturgemäss sträubt sich die direkt betroffene Swisscom gegen dieses Vorhaben. Aber auch der Swiss ICT, der grösste Schweizer Fachverband der ICT-Branche äusserte sich differenziert. Er ist der Ansicht, dass zumindest für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (full access) erst nach eingehender Analyse und in Abwägung aller Pros und Cons ein politisch fundierter Entscheid im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch das Parlament gefällt werden solle und nicht durch den Bundesrat verordnet werden dürfe.

Ein weiterer wichtiger Revisionspunkt betrifft die Einführung der sog. Ex-ante-Regulierung, d.h. dass die ComCom regelmässig Märkte bestimmen soll, in denen sich eine Regulierung rechtfertigen würde. In diesen Märkten soll sie prüfen, ob der Wettbewerb wirksam ist oder ob er von Fernmeldediensteanbieterinnen beherrscht wird. Marktbeherrschende Unternehmen müssen der ComCom Standardangebote im Bereich Zugang und Interkonnection zur Genehmigung vorlegen. ■

Une anomalie italienne: l'absence de pluralisme de la radio-TV

Paolo Caretti

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Florence

L'application du principe du pluralisme de la radio-TV garanti par le droit européen a été profondément affectée par le retard de la législation antitrust dans ce secteur. La défense farouche du monopole des services télévisuels a, d'une part, amené le législateur à s'occuper surtout de réformer les dispositions héritées de la période pré-constitutionnelle (cf. la première loi systémique, loi N. 103/1975), alors que d'autre part, il n'a pas su empêcher le développement chaotique des initiatives privées. Lorsqu'au début des années 90, le Parlement, donnant suite à des arrêts importants de la Cour constitutionnelle (cf. arrêt N. 826/1988) approuve la deuxième loi systémique (loi N. 223/1990) créant un système de radiotélévision mixte, son action se trouve largement compromise par un équilibre du marché déjà consolidé et difficile à modifier. Les dispositions antitrust prévues représentent en effet une simple photographie de la situation existante (duopole RAI-Mediaset) fixant une limite à trois chaînes nationales pour les opérateurs publics ou privés.

Cette application du principe du pluralisme est si faible que, quelques années plus tard, la Cour constitutionnelle sera contrainte de la déclarer inconstitutionnelle (arrêt N. 420/1994). A la suite de cet arrêt, le législateur (loi N. 247/1997) obligera la RAI à éliminer la publicité commerciale de ses chaînes et Mediaset à déplacer une de ses trois chaînes sur le satellite. Cette opération aurait dû se réaliser dans un délai fixé par l'autorité. Or rien n'a changé jusqu'à ce jour.

Autres exemples de blocage

L'art. 2 ch. 8 de la loi précitée n'est pas davantage appliqué. Il prévoit qu'aucun opérateur télévisuel ne peut dépasser le seuil de 30% de l'ensemble des ressources du

secteur. L'Autorité garante des communications (AGCom) doit veiller au respect de ce seuil, mais bien qu'elle ait constaté qu'il a été dépassé par les deux grands opérateurs, elle n'a pris aucune disposition, considérant que cette situation était due à un développement spontané des deux entreprises et non à des pratiques contraires à la libre concurrence.

Autre exemple: l'acquisition par l'ex-opérateur monopolistique du secteur des télécommunications, Telecom Italia, du contrôle de Cecchi Gori Communications S.p.A. au travers d'une société contrôlée par Telecom Italia (SEAT-pages jaunes). Grâce à cette opération, Telecom Italia peut intégrer l'offre de ses produits et de ses services de télécommunication à l'exploitation de deux chaînes télévisées nationales; en d'autres termes, il s'agit d'une tentative de créer un troisième pôle télévisuel sérieux. Cette tentative, toujours en cours, a toutefois rencontré des obstacles majeurs. Deux autorités ont été appelées à s'exprimer à ce propos: l'AGCom, et l'autorité responsable en matière de concurrence, l'AGCM. Alors que la première refusait d'autoriser l'opération (décisions N. 51/01/Cons. et 95/01/Cons), la seconde s'est montrée plus ouverte. Cette affaire s'est poursuivie par un arrêt du Conseil d'Etat annulant la décision de l'AGCom (voir arrêt N. 282/2001). Elle demeure emblématique des fortes résistances de toutes espèces que le principe du pluralisme radiotélévisuel rencontre encore pour s'imposer dans l'ordre juridique italien. Ce n'est pas un hasard si un projet de loi du gouvernement réformant entièrement les dispositions antitrust en vigueur aujourd'hui a été soumis au Parlement, tenant compte de la convergence qui se dessine entre télécommunication et télévision: cela pourrait être une occasion importante pour que, cette fois-ci, le législateur inter-

Zusammenfassung: Das Prinzip der Vielfalt der Informationen liegt allen europäischen Rundfunkregulierungen zu Grunde. Es bezweckt die Garantie der grössten möglichen Anzahl von Informationsquellen und das Recht der Bürger auf vollständigen und unabhängigen Empfang der Informationen. Das Vielfaltsprinzip ist in Art. 10 EMRK und im Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen enthalten. Aber in Italien wird dieses Prinzip nicht respektiert. Mit Silvio Berlusconi an der Spitze der Regierung gibt es neue, nur schwer zu entfernende Hindernisse in Bezug auf den Meinungspluralismus. Der im Moment im Parlament diskutierte Gesetzesentwurf löst kaum das Problem der Interessenkonflikte und kann deshalb nicht als eine Lösung der Problematik betrachtet werden.

Résumé: *Le principe du pluralisme de l'information sous-tend toute la législation européenne en matière de radio-TV. Il vise à garantir le plus grand nombre possible de sources ainsi que le droit des citoyens de recevoir une information complète et impartiale. Il découle de l'art. 10 CEDH et de la jurisprudence de la Cour, ainsi que de la Directive Télévision sans frontières. Mais en Italie, ce principe n'est pas respecté. Les lois antitrust ne sont pas mises en oeuvre. L'arrivée de Silvio Berlusconi à la tête du gouvernement a mis un nouvel obstacle, plus compliqué encore à surmonter, sur la voie du pluralisme. Le projet de loi actuellement débattu au parlement résoud si faiblement le problème des conflits d'intérêts actuels qu'il ne peut être considéré comme une solution.*

vienne avant que le marché de la communication sociale ne soit déjà configuré d'une façon difficile à modifier par la suite.

Un nouvel obstacle: Silvio Berlusconi

Ce qui caractérise le système italien de la radiotélévision, c'est l'extraordinaire concentration de ressources techniques et financières sur deux opérateurs, l'un public, l'autre privé. Mais voici qu'aux difficultés rencontrées pour modifier cette situation s'en ajoute une nouvelle, plus compliquée encore à surmonter, soit le fait que le propriétaire de l'opérateur télévisuel privé est devenu Président du Conseil des ministres. On peut en conséquence craindre que la question du pluralisme de l'information n'ait atteint en Italie une dimension nouvelle, inconnue des autres pays membres de l'Union européenne. En effet, il ne s'agit plus seulement de définir de nouvelles dispositions antitrust aptes à empêcher efficacement les processus de concentration; il s'agit de trouver les moyens d'atteindre cet objectif en présence d'une majorité gouvernementale dirigée par... l'opérateur intéressé le plus directement, et le plus personnellement, au contenu des dispositions antitrust.

Lors de la législature précédente déjà, le législateur s'était occupé de cette question très délicate. Il avait approuvé, dans une Chambre seulement, un projet de loi réglant la problématique des conflits d'intérêts possibles d'une manière assez semblable à celle du «blind trust» américain. Bien que conçue comme une règle à caractère général, qui n'était pas spécifiquement destinée aux problèmes du secteur télévisuel, la loi n'est pas arrivée au bout de son parcours. La nouvelle législature s'est ouverte à l'enseigne d'un débat encore plus brûlant sur la question des conflits d'intérêts, spécifiquement dans le domaine de l'information cette fois-ci, en raison du fait que l'actuel Président du Conseil, déjà propriétaire d'une grande partie du secteur privé dans ce domaine, presse comprise, était maintenant en mesure d'affecter profondément la ligne éditoriale de l'opérateur public aussi, et cela en vertu des règles «majoritaires» régissant la nomination des membres du Conseil d'administration de la RAI (cinq membres, formellement nommés par les Présidents

des deux Chambres du Parlement d'entente entre eux, mais en réalité trois, dont le Président, issu de la majorité gouvernementale et deux de l'opposition).

Cela explique que le gouvernement se soit empressé de soumettre un nouveau projet de loi au Parlement sur la question des conflits d'intérêts. Toutefois, ce texte s'éloigne de la solution précédente d'une administration fiduciaire obligatoire. Il admet que les entreprises concernées soient actives dans le domaine de l'information, interdisant seulement aux intéressés d'y déployer des activités de gestion ou d'en être les organes. En outre, le texte ne voit un conflit d'intérêts que dans les comportements, actifs ou passifs, qui finissent par se traduire en un avantage pour l'intéressé ou pour les entreprises qui lui sont liées, également en vertu de liens de parenté, alors que ces comportements auraient été adoptés dans l'exercice d'une fonction gouvernementale. Les deux autorités précitées (AGCM et AGCom) sont appelées à veiller aux éventuels conflits d'intérêts, mais elles n'ont pour tâche que de dénoncer au Parlement ou de prendre des sanctions sur la base de la législation en vigueur dans le domaine de la concurrence, lorsqu'une entreprise prend avantage de manière indue de décisions prises en situation de conflit d'intérêts. Pour ce qui concerne plus spécifiquement le secteur de l'information, il est prévu que l'AGCom intervienne auprès des entreprises qui accorderaient un soutien privilégié à leur propriétaire lorsqu'il est en même temps titulaire d'une fonction gouvernementale; l'AGCom, le cas échéant, pourrait prononcer les sanctions, qui ne sont certes pas lourdes, prévues par la législation en matière d'impartialité de l'information.

En d'autres termes, il s'agit d'une solution très faible. Il y a en outre lieu de douter qu'une solution, même plus sévère réussisse à résoudre le problème de l'absence d'un véritable pluralisme dans le système de l'information: pour les raisons esquissées ci-dessus, ce problème a des causes anciennes et structurelles, que le législateur ne s'est jamais préoccupé de faire disparaître en intervenant à temps et avec zèle; il est donc fort peu probable que cette anomalie italienne disparaisse dans un futur proche. ■ Traduction: Charles Poncet

Payments to witnesses: a Government retreat?

Eric Barendt

Goodman Professor of media law, University College London

Chequebook journalism – payments by the press to witnesses in criminal proceedings – has frequently given rise to concern in England. Although the practice is said to be rare, it has surfaced in the context of a few prominent cases. The existing law does not appear to cover it. It is a statutory contempt of court to publish material which creates a substantial risk of serious prejudice to contemporaneous or imminent proceedings, but the story of a witness will only be published after the trial is over. Common law contempt is only committed if there is an intention to prejudice the proceedings; it will be easy for a newspaper to argue that it had no such intention when it paid money to a witness to secure a good story.

Fair trial of proceedings?

Lawyers have generally condemned the practice, disturbed at the risks it poses to the fair trial of proceedings: witnesses may be persuaded by the advance promise of payment to distort their evidence, while the disclosure to the court of a payment undermines the credibility of the evidence. Awareness on the part of a witness that a payment may be offered subsequent to the testimony might conceivably affect its contents. On the other hand, the press argues that the evils of the practice have been exaggerated. Occasionally an offer of payment may lead to the discovery of important information which would otherwise would not have been revealed, or encourage someone to come forward to give crucial evidence. Moreover, the introduction of a new offence penalizing the making of payments to witnesses would restrict free speech and press freedom. It would be far better, in the view of newspapers, for the practice to be regulated infor-

mally by the Press Complaints Commission (PCC) than to introduce legislation with such serious effects on fundamental freedoms.

The practice of chequebook journalism first gave rise to concern, when it became clear that weekly payments had been made to two witnesses in the famous Moors Murder case in 1966. The Press Council, at that time responsible for regulation of newspapers, condemned the practice, but as an extra-legal body it was unable to impose a penalty. The PCC replaced the Press Council at the end of 1990. Its Code has consistently proscribed the payment, and offers of payment, for stories to witnesses and potential witnesses in current criminal proceedings, unless publication of the material was in the public interest and payment was necessary to secure the story. But the PCC seems only to have considered three complaints of infringement. In one it found the News of the World, a popular Sunday paper, to be in breach of the Code; its agreement with a witness could be understood to provide a higher payment to her on the conviction of the accused for various sexual offences.

Intervention of the Government

It was the sensational trial of Rosemary West in 1995 that led to government intervention. No fewer than 19 witnesses are believed to have received, or been offered, payment from the media for their stories. The trial judge directed the jury to consider whether these contracts rendered their evidence valueless. The Court of Appeal did not consider they made the conviction, but thought that in other cases arrangements of this kind might make a fair trial impossible and suggested the gov-

Zusammenfassung: Die Problematik von Geldzahlungen an Zeugen oder potentielle Zeugen in Strafprozessen wird in England seit Jahren immer wieder diskutiert. In die Schlagzeilen geraten ist die Praxis des Scheckbuchjournalismus bei den prominenten Fällen «Moors Murder» im Jahre 1966 und kürzlich im Rosemary West-Gerichtungsverfahren, wo offensichtlich 19 Zeugen Geldzahlungen von den Medien angeboten worden sind. Im Jahre 1996 entschloss sich der Gesetzgeber, den Scheckbuchjournalismus zu verbieten. Zahlungen an Zeugen könnten diese zu Falschaussagen verleiten, auch wenn diese unter Eid stehen. Anfangs dieses Jahres folgte der Gesetzesentwurf, wonach Zahlungen (nicht aber das Angebot oder die Anfrage) an Zeugen oder potentielle Zeugen ein Delikt darstellen. Es braucht keinen Beweis, dass diese Zahlungen tatsächlich eine Zeugenbeeinflussung zur Folge haben. Das Parlament ist nicht auf die Alternative der Selbstregulierung durch die «Press Complaints Commission» eingegangen.

Résumé: Depuis plusieurs années en Angleterre, les versements d'argent aux témoins, convoqués à des procédures pénales ou susceptibles de l'être, ont été un sujet de préoccupation. La pratique du journalisme «chéquier» s'est révélée à l'occasion d'affaires célèbres, telles le meurtre de Moor en 1966 et plus récemment le procès de Rosemary West, en 1995, au cours duquel il est apparu que dix-neuf témoins avaient reçu du média intéressé une offre de paiement. Considérant que cette pratique pouvait remettre en cause l'équité du procès, la Cour d'Appel a recommandé au gouvernement de la déclarer hors-la-loi. En 1996, le gouvernement a décrété que le journalisme «chéquier» devait être banni, car il pouvait inciter les témoins à fausser leur déposition et ébranlait la crédibilité-même du témoignage. Il a récemment donné les grandes orientations de la nouvelle législation. Les paiements aux témoins et aux témoins potentiels constituent un délit, mais non pas l'offre, ou la demande, de faire un tel paiement. L'accusation n'a pas à prouver que le paiement a créé un risque pour la procédure en cours, ce fait étant présumé. Le gouvernement n'a pas retenu l'autre terme de l'alternative qui aurait consisté à laisser la régulation de cette pratique à la Commission de plainte en matière de presse («Press Complaints Commission»).

ernment look at the matter. The Lord Chancellor's Department took up the invitation, proposing the introduction of legislation 'to deal with the threat which payments to witnesses pose to the proper administration of justice' (first Consultation Paper, October 1996).

Nothing much happened for five years, although in 1999 the government set up a working group to consider the form of legislation proscribing chequebook journalism. Eventually, in March 2002, it announced its firm intention to legislate; but the second Consultation Paper raised questions about the details of the new offence it had in mind. The government proposed it should be an offence to make a payment to a witness or potential witness in criminal proceedings, or for such a person to receive a payment, with a view to publication of material relevant to those proceedings. It would be also be an offence to enter into an agreement to make or receive a payment; but it would not be an offence merely to offer or request a payment. The prohibition would apply from the time when criminal proceedings were imminent or pending, that is, when it is clear that a charge or arrest will be made, until the end of the trial. It would, therefore, not be an offence for the media to enter into an arrangement with a potential witness when the police were merely engaged in investigating an offence. In these respects, the proposed law would formulate the offence narrowly. On the other hand, the government did not think it right to require the prosecution to prove that the payment creates a risk of prejudice in the particular proceedings. Chequebook payments, in its view, inevitably created a risk of prejudice.

Ineffective PCC Code

When it issued the Consultation Paper in March this year, the government was clear that the PCC was unable to assert control over the practice. It had proved ineffective

in the West case, and there was no evidence that, in the absence of any threat of a criminal prosecution and fine in the event of conviction, an editor would be deterred from securing a good story from a witness in a sensational trial. But for no apparent reason the government has changed its mind. At the end of August, it announced that the PCC would be given another chance to tighten and enforce its Code. It must be revised to outlaw payments to witnesses or potential witnesses from the time when criminal proceedings are 'active', that is, from the moment when the accused has been arrested or when a warrant for arrest has been issued. Further, there must be no provision for a public interest defence. A newspaper will no longer be able to argue, for example, that it should be free to publish the story of a witness because it revealed the background to a crime and other details not put to the court in the legal proceedings.

The PCC Code must be revised by the end of the year. Other regulatory bodies such as the Independent Television Commission must also amend the codes governing broadcasters. The government has made it clear that it will introduce legislation, either if appropriate changes are not made to the media codes, or if the new rules are not observed. So the press may have won only a temporary reprieve. Circulation of the popular press increased enormously during the investigation into the murder of Holly Wells and Jessica Chapman. Stories concerning the two people arrested in connection with this murder gave rise to concern about the fairness of subsequent criminal proceedings; it would not be surprising if eventually an editor entered into an agreement to pay a potential witness a large sum for his story. What is perhaps more surprising is that the government has been so hesitant in bringing forward legislation to curb a practice which has few defenders outside the press itself. But governments are rarely anxious to confront the Fourth Estate! ■

.....

**D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM**

.....

Italie verhindert Europarat-Untersuchung

Das zweite Mal innert zwei Jahren schickte das Generalsekretariat des Europarats Kontrolleure in verschiedene Mitgliedsländer zur Überprüfung der Einhaltung von Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungsfreiheit). Die Prüfberichte gehen dann an das Ministerkomitee. In diesem Jahr wurden Russland, die Ukraine, Rumänien, Moldavien, Georgien, Azerbaijan und Albanien besucht. Die Türkei, welche nach einer ersten Kontrolle vor zwei Jahren auch dieses Jahr wieder hätte besucht werden sollen, wollte zuerst den Strassburger Kontrolleuren die Einreise verweigern, bessann sich aber nach den Wahlen eines Besseren. Nachdem das Generalsekretariat Italien vor ein paar Monaten auf die Liste der zu untersuchenden Staaten gesetzt hat, setzt dieses Land alle Mittel ein, um eine Untersuchung zu verhindern. ■

.....

Europarat: Rassistische Web-Inhalte im Visier

Das Ministerkomitee des Europarats hat das Zusatzprotokoll über Cyberkriminalität angenommen. Darin werden die Staaten aufgefordert, die Verbreitung oder auch Verharmlosung von rassistischen oder xenophoben Inhalten über das Internet strafrechtlich zu verfolgen. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf Verniedlichungen der Verbrechen des Naziregimes im Zweiten Weltkrieg gelegt werden. Mit dem Protokoll soll einerseits eine Harmonisierung des Strafrechts im Kampf gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit erreicht und zum anderen die internationale Zusammenarbeit auf diesem Gebiet verbessert werden.

Nur absichtlich begangene Delikte sollen weiter verfolgt werden. So kann beispielsweise ein Service-Provider nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn er unbemerkt eine rassistische Homepage hostet. ■

.....

UE: droit d'auteur et diffusion par satellite

Dans un rapport du 26 juillet 2002, la Commission des communautés européennes s'est penchée sur l'application dans les Etats membres de la directive 93/83/EEC relative aux droits d'auteur et aux droits voisins en matière de diffusion par satellite et par câble. Cette directive consacre le principe d'un paysage audiovisuel européen, dont le but est d'assurer une plus grande sécurité juridique des droits

d'auteur et des droits voisins au niveau des diffusions par satellite et par câble. La Commission considère que la transposition en droit interne a généralement été satisfaisante, par exemple s'agissant du principe d'une société représentant les intérêts des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins et récoltant les droits de retransmission par câble, ou des principes de médiation et de bonne foi. Elle observe que la tendance actuelle chez les producteurs, pour éviter que les programmes ne soient reçus au-delà des frontières nationales, consiste à vendre leurs programmes à des sociétés de diffusion à la condition que les transmissions par satellite soient codées. La Commission constate au demeurant que la résolution des difficultés liées au transfert des droits d'auteur et des droits voisins va également dans le sens de la directive «télévision sans frontières», qui assure la liberté de réception et de transmission des programmes de télévision. Par ailleurs, le contexte dans lequel évoluent les médias s'est profondément modifié depuis l'entrée en vigueur de la directive, notamment avec l'avènement de la télévision digitale, ce qui nécessitera des adaptations. En conclusion, elle estime que dans un futur proche, les services audiovisuels offriront un accès plus individualisé et personnalisé. ■

http://europa.eu.int/eurlex/en/com/rpt/2002/com2002_0430en01.

.....

UE: le droit de prêt mal appliqué

Le 12 septembre 2002, la Commission des communautés européennes a rendu son rapport sur l'application de la directive 92/100/CEE relative au droit de prêt public. Selon cette directive, les titulaires d'un droit de propriété intellectuelle attaché au prêt d'un objet au public n'ont pas le droit d'interdire le prêt «sans but lucratif» de leurs oeuvres par des bibliothèques publiques ou éducatives et d'autres établissements ouverts au public. Ils ont par contre «droit à rémunération». La Commission constate que le droit de prêt public n'est pas appliqué de la même manière dans tous les Etats membres, certains pays, comme la Belgique, n'ayant pas encore pris les mesures pour transposer la directive en droit interne. Plusieurs Etats membres n'ont pas encore versé de rémunération aux titulaires des droits concernés (France, Grèce, Luxembourg). D'autres appliquent le droit de prêt public de façon discriminatoire, le réservant aux auteurs nationaux ou résidents (Suède) ou pour des oeuvres publiées en langue nationale (Danemark, Finlande). D'autres encore ont exempté des établissements de prêt (Espagne, Irlande, Italie, Pays-Bas, Portugal, Finlande, Royaume-Uni), mettant en péril le droit de prêt public. Pour l'avenir, la Commission s'engage à prendre en compte l'usage croissant des nouvelles technologies dans les bibliothèques, ainsi que le développement probable du prêt en ligne. ■

http://europa.eu.int/eurex/fr/com/rpt/2002/com2002_0502fr01.pdf.

Le Royaume-Uni interdit la pub pour le tabac

Préoccupé par l'impact considérable du tabac sur la santé publique, le parlement anglais a récemment approuvé un projet de loi sur l'interdiction de la publicité en faveur du tabac. Le texte légal bannit toute publicité pour les produits du tabac dans la presse, sur les panneaux d'affichage ou sur Internet. Le sponsoring sportif par le tabac devrait disparaître d'ici la fin du premier semestre 2003, le délai étant encore prolongé jusqu'en 2006 dans certains cas comme celui de la Formule 1.

Dans les autres Etats membres de l'UE, la situation légale en matière de publicité sur le tabac est quelque peu disparate: certains pays apportent des restrictions limitées (Luxembourg, Suède, Espagne, Grèce, Allemagne, Autriche), d'autres interdisent totalement ce type de publicité

(France, Italie, Portugal, Finlande) ou se trouvent en phase de modification législative (Irlande, Pays-Bas, Danemark, Belgique). Afin d'harmoniser les dispositions nationales en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, la Commission européenne a adopté le 14 mai 2001 une proposition de directive, encore à l'examen auprès du Parlement européen. Elle se fonde sur l'interdiction de la publicité dans la presse et les autres publications imprimées, et sur celle du parrainage impliquant plus d'un Etat membre. Elle couvre également la publicité sur Internet et la distribution gratuite.

La Communauté européenne a engagé la lutte antitabac à la fin des années 1980. Dans ce cadre, plusieurs mesures législatives importantes ont déjà été prises, en particulier la directive «télévision sans frontières» (89/552/CEE) qui interdit toute forme de publicité télévisée pour les produits du tabac (articles 13 et 17). ■

L'AUTRE REGARD

DIE ANDERE SICHT



Cartoon: Til Mette

Staatsrechtliche Überlegungen zur terrestrischen Verbreitungspflicht der SRG

Roberto Peduzzi

Lic. iur., ehemaliger Assistent an der Universität Zürich, Basel

I. Einleitung

Am 1. März 2002 hat das UVEK der Änderung des Anhangs zur SRG-Konzession zugestimmt, wonach die SRG SSR idée suisse (SRG) die Abschaltung der analogen terrestrischen Verbreitung ihrer ersten Fernsehprogramme in den anderssprachigen Regionen vornehmen kann, um ihr Projekt «Nationale Verbreitung der TV-Programme» basierend auf der Technologie «Digital Video Broadcasting – Terrestrial» (DVB-T) umzusetzen. Diese Änderung wurde notwendig, da das frei verfügbare Frequenzspektrum nicht ausreichte, um die DVB-T-Technologie aufzubauen.

- 1 Gegenwärtig sind gesamtschweizerisch alle 7 SRG-Fernsehprogramme (nämlich SF 1, SF 2, SF i, TSR 1, TSR 2, TSI 1 und TSI 2) mit Kabel oder Satellit empfangbar. – Der Satellitenempfang ist entweder digital (mit dem Satellit Eutelsat Hotbird 3 oder mit Astra) oder analog (mit Astra) möglich.
- 2 Von der Abschaltung nicht betroffen ist hingegen die Ausstrahlung der zweiten SRG-Fernsehprogramme (SF 2, TSR 2 und TSI 2), die ohnehin nur via Satellit oder Kabel empfangbar waren.
- 3 Die Genauigkeit dieser Zahl ist jedoch von verschiedenen Seiten – zu Recht – in Frage gestellt worden. Beanstandet wurde vor allem, dass auch unregelmässige Fernsehbenutzer in die Berechnung hätten einbezogen werden sollen. Vgl. z.B. die Stellungnahmen zweier Ständeräte, Amtl. Bull. SR 2002, S. 454 f.
- 4 Vgl. die einfache Anfrage von Nationalrat Meinrado Robbiani (Geschäft Nr. 01.1132) sowie die Interpellation von Ständerat Simon Epiney (Geschäft Nr. 02.3046 mit mündlicher Diskussion am 18. Juni 2002, Amtl. Bull. SR 2002, S. 454 ff.).
- 5 Laut der NZZ am Sonntag vom 23. Juni 2002, S. 17, waren Ende Juni über 1700 Beschwerden bei den Konsumentenorganisationen eingegangen, während sich beim SRG-Helpdesk 3700 Betroffene meldeten.

Die Abschaltung der betroffenen 770 Sender für die terrestrische Programmverbreitung auf analogem Weg ist in acht Etappen zwischen anfangs März und Mitte Juni 2002 erfolgt. Seitdem müssen also Fernsehhaushalte ohne Kabelanschluss oder digitalen Satellitenempfang auf eine dieser Techniken umstellen¹, falls sie die Programme von SF 1, TSR 1 und TSI 1 ausserhalb der Sprachregion des Senders weiterhin empfangen möchten². Eine Ausnahme bilden Haushalte entlang der Sprachgrenze in den mehrsprachigen Kantonen Wallis, Freiburg, Bern und Graubünden.

Nach Angabe der SRG dürften gesamtschweizerisch rund 10'000 Haushalte von der Umstellung betroffen sein. Dabei geht es um eine Schätzung jener Fernsehzuschauerinnen und -zuschauer ohne Kabel- oder Satellitenempfang, die anderssprachige Sendungen regelmässig nutzen³.

Der Entscheid von SRG und UVEK ist Gegenstand parlamentarischer Diskussionen gewesen⁴ und hat zu einer Protestwelle seitens der betroffenen Fernsehbenutzer geführt⁵. Tatsächlich löst die neu entstandene Situation eine Reihe von Fragen aus, die nicht bloss (medien)politischer Natur sind. Im vorliegenden Beitrag wird versucht, die wichtigsten Problemkreise aus staatsrechtlicher Sicht herauszuschälen. Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Prüfung eines Grundrechtseingriffs. Zu vertiefen sind weiter die Fragen, ob die bestehende Rundfunkordnung punktuelle Verbreitungspflichten statuiert, und ob die allgemeingültigen rechtsstaatlichen Grundsätze eingehalten worden sind. Schliesslich sollen grundrechtprogramm-

Résumé: *Au printemps 2002, la SSR a arrêté la diffusion nationale de ses programmes de télévision par voie terrestre analogique. Désormais, à moins de disposer d'une liaison par câble ou d'une réception par satellite, la réception est régionale. La limitation de la diffusion pose toute une série de questions de droit public, notamment par rapport aux droits fondamentaux du destinataire de l'information, à la réglementation en matière de radio et télévision et au respect, par la SSR et le DETEC, des principes de l'action publique. En fait, même si cet arrêt partiel de la diffusion est problématique, il n'en est pas moins admissible. Du point de vue des droits fondamentaux cependant, les frais d'installation de la technologie digitale ne doivent pas constituer une haie infranchissable. Dans ce contexte, la SSR est invitée à améliorer rapidement son information sur le soutien financier dans les cas difficiles.*

Zusammenfassung: Im Frühling 2002 hat die SRG die landesweite Verbreitung ihrer ersten Fernsehprogramme auf analogem terrestrischem Weg abgeschaltet. Seitdem können diese Programme nur noch sprachregional empfangen werden - es sei denn, man verfügt über Kabelanschluss oder Satellitenempfang. Die Begrenzung der Ausstrahlung löst eine Reihe staatsrechtlicher Fragen auf: Liegt ein Eingriff in die Grundrechte der Informationsempfänger vor? Statuiert die geltende Rundfunkordnung eine Verbreitungspflicht? Sind die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns seitens der SRG und des UVEK eingehalten worden? Die Untersuchung kommt zum Schluss, dass die Teilabschaltung zwar nicht unproblematisch, aber dennoch zulässig ist. Aus grundrechtsprogrammatischer Sicht sollen immerhin die Beschaffungskosten für die digitale Technologie keine unüberwindbare Hürde darstellen. In diesem Kontext ist eine rasche Verbesserung der Information der SRG bezüglich der vorgesehenen finanziellen Unterstützung in Härtefällen angesagt.

tische Aspekte in Erwägung gezogen werden.

II. Liegt ein Eingriff in die Informationsempfangsfreiheit vor?

Die Informationsempfangsfreiheit ist die Freiheit, Informationen, welche andere äussern oder verbreiten, ohne staatliche Hindernisse empfangen und sammeln zu können. In der Lehre zu Art. 10 EMRK wird sie mannigfaltig als «passive Informationsfreiheit» definiert⁶.

Die Freiheit, Informationen zu empfangen, ist in allgemeiner Weise in Art. 16 Abs. 3 BV verankert. Der Empfang der Kommunikation in den Medien fällt auch unter den grundrechtlichen Schutz der spezifischeren Norm der Medienfreiheit gemäss Art. 17 Abs. 1 BV, die als qualifizierte Sondererscheinung des allgemeinen Tatbestands anzusehen ist. Unter den Tatbestand der Informationsempfangsfreiheit werden alle Meinungen oder Informationen, die geäussert und verbreitet werden dürfen und insofern als allgemein zugänglich zu qualifizieren sind, subsumiert. Der sachliche Schutzbereich umfasst insbesondere alle Mittel oder technische Infrastrukturen zur Wahrnehmung von Nachrichten, da diese die Zirkulation des freien Informationsflusses überhaupt ermöglichen⁷. Die Freiheit des Kommunikationsempfangs bildet das spiegelbildliche Gegenstück zur Äusserungs- und Verbreitungsfreiheit der Kommunizierenden. Die Informationsempfangsfreiheit ist in diesem Sinne ein «rezeptives» Recht, welches das Publikum schützt⁸. Im Rundfunkbereich steht also Zuschauern und Zuhörern das Recht zu, sich gegen jede staatliche Massnahme zu wehren, die den freien Kommunikationsempfang stört⁹.

Das Recht auf Empfang von Rundfunkprogrammen bildet einen besonders wichtigen Anwendungsfall der Medienfreiheit¹⁰. Schon vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung war es in Art. 52 RTVG verankert. Terrestrisch ausgestrahlte Radio- und Fernsehprogramme sind an die Allgemeinheit gerichtet und werden demzufolge von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹ und von der EMRK-Praxis¹² als «allgemein zugängliche Quellen» eingestuft. Jede staatliche Anordnung, die

den freien Empfang von Programmen in irgendeiner Weise stört, gilt daher als Einschränkung der Informationsempfangsfreiheit, welche die Voraussetzungen von Art. 36 BV und Art. 10 Ziff. 2 EMRK zu erfüllen hat. Zu erwähnen sind etwa die Beispiele einer Regelung des Programmempfangs durch technische Vorschriften über Antennen¹³ oder Kabelanlagen¹⁴. Als Grundrechtseingriffe sind weiter die Einführung einer Bewilligungspflicht für den Empfang von Sendungen¹⁵, der Erlass von Antennenverboten aus raumplanerischen

- 6 Vgl. z.B. VILLIGER M.E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, N 611; LAEUCHLI BOSSHARD I., Die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK, Bern u.a. 1990, S. 31; ähnlich KÜHLING J., Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin 1999 S. 154 («passiver Informationsempfang»).
- 7 Vgl. statt vieler AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2000, N 516; BARRELET D., Les libertés de la communication, in: Thüer D./Aubert J.-F./Müller J.P. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, § 45, N 12.
- 8 Zum Verständnis der Informationsempfangsfreiheit als «rezeptives» Recht zum Schutz der Meinungsbildungsfreiheit vgl. LAEUCHLI BOSSHARD (Anm. 6), S. 31.
- 9 Ob das Publikum Träger der Rundfunkfreiheit gemäss Art. 17 Abs. 1 BV oder «bloss» des Grundtatbestandes der Informationsempfangsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV ist, bleibt eine in der schweizerischen Lehre ungelöste Frage. Aus dem neueren Schrifttum vgl. z.B. die divergierenden Auffassungen von AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Anm. 7), N 549 und BARRELET (Anm. 7), N 31.
- 10 Vgl. HÄFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, N 464; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Anm. 7), N 524; MÜLLER J.P., Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 292; BARRELET D., Droit de la communication, Bern 1998, N 249 ff.; MORAND C.-A., La liberté de la communication audiovisuelle: le coma prolongé, in: Morand C.-A. (Hrsg.), Le droit des médias audiovisuels, Basel/Frankfurt a.M. 1989, S. 16.
- 11 Vgl. BGE 120 Ib 64 (66). Gleiches gilt gemäss BGE 120 Ia 190 (192 f.) für Filme.
- 12 Vgl. den Fall Autronic AG v. Schweiz, Urteil des EGMR vom 22. Mai 1990, in: EuGRZ 1990, S. 262; Fall Groppera Radio AG v. Schweiz, Urteil des EGMR vom 28. März 1990, in: EuGRZ 1990, S. 256.
- 13 Vgl. z.B. den Fall Autronic AG v. Schweiz, Urteil des EGMR vom 22. Mai 1990, in: EuGRZ 1990, S. 261 ff.
- 14 Vgl. z.B. den Fall Groppera Radio AG v. Schweiz, Urteil des EGMR vom 28. März 1990, in: EuGRZ 1990, S. 255 ff.
- 15 Vgl. DUMERMUTH M., Rundfunkrecht, in: Koller H. u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 422.

Gründen¹⁶ sowie die Erhebung von Abgaben oder Empfangsgebühren¹⁷ einzustufen.

Demgegenüber gilt der Schutzbereich von Art. 16 und 17 BV (bzw. von Art. 10 EMRK) grundsätzlich als nicht tangiert, wenn der Staat die aktive Tätigkeit zur Informationsversorgung und zur Orientierung der Bevölkerung unterlässt. In ständiger Rechtsprechung gehen Bundesgericht¹⁸ und EGMR¹⁹ davon aus, dass eine allfällige Informationsversorgungspflicht des Staates vom justiziablen Geltungsbereich der Informationsempfangsfreiheit auszunehmen ist. Grund dieser (nicht zwingend überzeugenden) Ausgrenzung seien die positive Natur²⁰ und die Durchsetzungsschwierigkeit einer solchen staatlichen Pflicht²¹. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der sachliche Geltungsbereich der Informationsempfangsfreiheit nur die Recherchetätigkeit des interessierten Bürgers, der sich konkrete Informationen beschaffen will, erfasst. Ein genereller Informationsanspruch des Bürgers kann allerdings aus der Informationsfreiheit nicht abgeleitet werden.

Die Schutzbereichserfassung im Fall der Begrenzung der analogen terrestrischen Verbreitung der SRG-Erstprogramme ist im Lichte der geschilderten restriktiven Umschreibung zu beurteilen. Die Programme von SF 1, TSR 1 und TSI 1 sind nach wie vor frei empfangbar. Dass dafür ein Kabelanschluss oder ein digitaler Satellitenempfang erforderlich ist, könnte nach bundesgerichtlicher Auffassung keinen genügenden Grund für die Annahme eines Eingriffs in die Informationsempfangsfreiheit darstellen²².

III. Statuiert die geltende Rundfunkordnung eine punktuelle Verbreitungspflicht?

Der Grundsatz, wonach aus der Informationsfreiheit kein umfassender Anspruch auf Information seitens des Staates abzuleiten ist, bedeutet nicht zwingend, dass keine punktuellen Informationsversorgungspflichten bestehen können. Freilich ist eine bereichsspezifische Rechtsgrundlage erforderlich. Falls eine solche staatliche Handlungspflicht angeordnet wird, steht jedem Normbegünstigten das Recht zu, eine Beeinträchtigung seiner Rechtspositionen zu

rügen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die geltende Rundfunkordnung eine Pflicht zur Verbreitung der ersten SRG-Programme auf analogem terrestrischem Weg statuiert.

1. Normative Anknüpfungspunkte

Der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag von Art. 93 Abs. 2 BV legt unter anderem fest, dass Radio und Fernsehen «die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone» berücksichtigen müssen. Die für die SRG spezifische Pflicht zur Berücksichtigung der Eigenheiten des Landes ist weiter in Art. 26 Abs. 2 RTVG verankert. In der Lehre wird diese Vorgabe dahingehend verstanden, dass Radio und Fernsehen der Realität des Landes gerecht werden müssen, indem sie in ihrer gesamten Programmgestaltung Minderheitsinteressen und schweizerischen Besonderheiten angemessene Beachtung schenken²³. Dieses Erfordernis bezieht sich nicht nur auf den Inhalt der Programme²⁴; darüber hinaus – und dieser Aspekt ist im vorliegenden Fall von zentraler Bedeutung – kann daraus ein verfassungsrechtlicher Auftrag zur landesweiten mehrsprachigen Ausstrahlung erblickt werden²⁵.

Die gesetzgeberische Erfüllung dieses Mandats scheint auf dem ersten Blick in Art. 28 Abs. 1 RTVG zu erfolgen. Diese Norm sieht als Grundsatz vor, dass die Fernsehprogramme für die Sprachregionen in der ganzen Schweiz verbreitet werden. Den-

- 16 Vgl. BGE 120 Ib 64 (66). – In Bezug auf Antennenverbote vgl. auch die Abwägungskriterien von Art. 53 RTVG.
- 17 Vgl. BGE 121 II 183 (185 f.).
- 18 Vgl. z.B. BGE 104 Ia 88 (95 ff.) oder BGE 107 Ia 304 (307 ff.).
- 19 Vgl. neuerdings den Fall Guerra u.a. v. Italien, Urteil des EGMR vom 19. Februar 1998, in: EuGRZ 1999, S. 190 ff.
- 20 Vgl. BGE 104 Ia 88 (95).
- 21 Vgl. BGE 107 Ia 304 (309).
- 22 Keine anderslautenden Ergebnisse würden sich aus einer Betrachtung aus dem Blickwinkel der Sprachenfreiheit ergeben. Zwar schützt Art. 18 BV den Gebrauch einer Sprache eigener Wahl. Die Tatsache, dass keine mehrsprachige Information empfangen werden kann, hindert aber in keiner Weise den Gebrauch der gewünschten Sprache.
- 23 Vgl. BARRELET (Anm. 10), N 192; MÜLLER J.P./GROB F.B., Kommentar zu Art. 55^{bis} BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, N 49; GROB F.B., Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz, Diss. Zürich 1994, S. 182 f.; SCHÜRMAN L./NOBEL P., Medienrecht, 2. Auflage, Bern 1993, S. 86; DUMERMUTH M., Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Basel 1992, S. 38.
- 24 Vgl. DUMERMUTH (Anm. 23), S. 348 ff.; GROB (Anm. 23), S. 183 ff.
- 25 Diese Argumentationslinie wird namentlich von GROB (Anm. 23), S. 183 und 216 f. verfochten.

noch kann das Departement (UVEK) festlegen, unter welchen Voraussetzungen davon abgewichen werden kann.

Nähere Angaben zur Konkretisierung der im Gesetz angedeuteten Grundzüge sind in der **SRG-Konzession** vom 18. November 1992 enthalten. Gemäss Art. 3 Abs. 7 der Konzession werden die Fernsehprogramme grundsätzlich national verbreitet. Die SRG sorgt für die analoge terrestrische Verbreitung ihrer Programme²⁶. Jedenfalls behält sich das UVEK die Möglichkeit ausdrücklich vor, der SRG Weisungen über die Verbreitung ihrer Programme zu erteilen²⁷. Die Details der technischen Verbreitung werden im Anhang zur Konzession geregelt, der vom UVEK genehmigt und periodisch angepasst wird²⁸. Ferner hat die SRG das UVEK jährlich über den Stand der technischen Verbreitung ihrer Programme zu informieren²⁹.

2. Tragweite des Grundsatzes der landesweiten Programmverbreitung

Weder dem Verfassungs- noch dem Gesetzeswortlaut lässt sich eine Pflicht zur lan-

desweiten Verbreitung der ersten SRG-Fernsehprogramme eindeutig entnehmen. Der Grundsatz wird zwar angesprochen, aber die Mittel zu dessen Umsetzung bleiben offen³⁰.

Zur Zeit der Entstehung von Art. 28 RTVG legte der Gesetzgeber grossen Wert auf die gesamtschweizerische Integrationsfunktion des mehrsprachigen SRG-Programmangebots³¹. Ausschlaggebend war das Argument, dass Art. 55^{bis} aBV Radio und Fernsehen eine politische und kulturelle Funktion zuweist. Daher sei der «Auftrag, dass alle Gebiete der Schweiz angemessen versorgt werden» von zentraler Bedeutung³². Im Lichte dieser Überlegung erachtete der Bundesrat die Empfangbarkeit der Programme der SRG in der ganzen Schweiz als «wünschenswert»³³. Im Nationalrat fand diesbezüglich – vor allem in Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Radioprogrammen – eine animierte Debatte statt³⁴. Dabei kam unter anderem zum Ausdruck, dass es für das Fernsehen eine Relativierung des Grundsatzes nur im Fall von punktuellen und zeitlich begrenzten Ereignissen geben sollte³⁵.

Es fragt sich, welcher Stellenwert dem Willen des historischen Gesetzgebers zuzumessen ist. Selbstverständlich hat die ratio legis, dass Abweichungen vom Grundsatz der landesweiten Programmverbreitung strengen Ausnahmecharakter aufweisen müssen, keineswegs an Aktualität verloren³⁶. Ungeachtet davon ist aber in Erwägung zu ziehen, dass sich Ende der Achtziger Jahre alternative Techniken zur analogen terrestrischen Programmausstrahlung kaum durchgesetzt hatten³⁷. Nach den heutigen technischen Standards ist indes die flächendeckende mehrsprachige Landesversorgung mit der digitalen Satellitentechnologie und – zum grossen Teil – mit der Kabelverbreitung sichergestellt³⁸.

Nach geltungszeitlicher Auslegung dürften mithin die verfassungs- und gesetzesrechtlich gebotenen Minimalstandards auch dann als erfüllt gelten, wenn die gesamtschweizerische Programmversorgung allein durch den digitalen Satellitenempfang gewährleistet wird³⁹. In diese Richtung scheinen jedenfalls die bundesgerichtliche

26 Vgl. Art. 16 Abs. 1 SRG-Konzession.

27 Vgl. Art. 28 Abs. 4 RTVG sowie Art. 16 Abs. 2 SRG-Konzession. In diesem Zusammenhang vgl. ferner die Grundsatznorm von Art. 20a Abs. 2 RTVG.

28 Vgl. Art. 1 Abs. 2 RTVV sowie Art. 16 Abs. 3 SRG-Konzession.

29 Vgl. Art. 16 Abs. 4 SRG-Konzession.

30 Zu dieser Offenheit vgl. die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987 (Botschaft RTVG), BBl 1987 III 689 (718): «Das Gesetz hat diesen von der Verfassung vorgegebenen Auftrag zu konkretisieren und Lösungen zu wählen, die diese Forderung erfüllen».

31 Die Integrationsfunktion der SRG wird in der Lehre allgemein hervorgehoben. Vgl. DUMERMUTH (Anm. 15), N 359; GROB (Anm. 23), S. 218; DUMERMUTH (Anm. 23), S. 352; SCHÜRMAN/NOBEL (Anm. 23), S. 148, sprechen in diesem Kontext von «Klammerfunktion».

32 Vgl. die Botschaft RTVG (Anm. 30) BBl 1987 III 718.

33 Botschaft RTVG (Anm. 30), BBl 1987 III 737.

34 Vgl. Amtl. Bull. NR 1989, S. 1646 ff. – Art. 28 Abs. 2 RTVG ist eben einem parlamentarischen Vorstoss zurückzuführen.

35 Die Botschaft RTVG (Anm. 30), BBl 1987 III 737, erwähnt das Beispiel der (nunmehr aufgehobenen) Sportkette. – Aus der Lehre vgl. DUMERMUTH (Anm. 15), N 358.

36 Von diesem Standpunkt gehen auch GROB (Anm. 23), S. 218 und DUMERMUTH (Anm. 23), S. 352 aus.

37 Dass die technische Fortentwicklung eines Tages neue Perspektiven eröffnet hätte, war der UBI bereits 1984 bewusst. Vgl. dazu den in VPB 1984, S. 474 ff. publizierter Entscheid.

38 Nach Angabe der SRG ist der Satellitenempfang überall in der Schweiz möglich. Am Kabel sind ungefähr 85 % der schweizerischen Haushalte angeschlossen.

39 In diesem Sinne dürfte auch die durch die Konzession der SRG eingeräumte Freiheit zu interpretieren sein.

Rechtsprechung⁴⁰ sowie die sich im Gang befindende Revision der Rundfunkgesetzgebung zu gehen⁴¹.

Die Pflicht zur landesweiten terrestrischen Verbreitung der ersten SRG-Fernsehprogramme auf analogem Weg könnte sich schliesslich aus der Weisungsgewalt des UVEK ergeben. Das neue Konzept der Programmverbreitung ist aber ohne eine Auflage in diesem Sinne angenommen worden. In der bewilligenden Verfügung vom 1. März 2002 beschränkte sich das Departement darauf, die zweisprachige Empfangsmöglichkeit entlang der Sprachgrenzen zu fordern und die finanzielle Hilfe seitens der SRG in Härtefällen zu verlangen.

IV. Einhaltung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

In Ermangelung eines Grundrechtseingriffs sind die Einschränkungsvoraussetzungen des Art. 36 BV nicht anwendbar. Dennoch sind die allgemeingültigen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns selbstverständlich zu beachten. Im Sinne einer überdachenden Bestimmung sieht Art. 5 BV vor, dass Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist (Art. 5 Abs. 1 BV). Ferner muss das Tätigwerden des Staates im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV).

Es fragt sich, ob diese Grundsätze bei der Teilabschaltung der analogen terrestrischen Verbreitung (bzw. bei der Änderung des Konzessionsanhangs seitens des UVEK) eingehalten worden sind.

1. Legalitätsprinzip

Durch das in Art. 5 Abs. 1 BV ausgesprochene Legalitätsprinzip bindet sich der Staat an die von ihm selbst erlassenen Rechtsnormen. Zudem ist staatliches Handeln nur gestützt auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage zulässig⁴². Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen eines genügend bestimmten Rechtssatzes. Rechtssätze von wichtiger Bedeutung müssen ferner in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Für die Bestimmung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm hat die Lehre eine Palette von Kriterien herausgeschält⁴³. Von entscheidender Bedeutung ist – vor allem bei grundrechtsrelevantem Ver-

halten – die Intensität des Eingriffs in die Rechtssphäre der Betroffenen. Je grösser der Kreis der Betroffenen und die finanzielle Auswirkungen der Regelung sind, desto mehr drängt sich eine formellgesetzliche Grundlage auf. Zu berücksichtigen ist auch, dass etliche Regelungen nur mit Widerstand seitens der Betroffenen hingenommen werden. Eine niedrigere Gesetzesform ist demgegenüber in der Regel zweckmässiger, wenn dem Flexibilitätsbedürfnis Priorität einzuräumen ist. Dies ist vor allem in technischen Gebieten, die erhöhte Fachkenntnisse und rasche Anpassungen verlangen, der Fall. Die Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an die Exekutive ist jedoch nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht voraussetzungslos zulässig. Erforderlich ist namentlich, dass die Delegation sich auf eine bestimmte, d.h. genau umschriebene Materie beschränkt, und dass die Grundzüge der delegierten Materie im delegierenden Gesetz im formellen Sinne enthalten sind⁴⁴.

Im Zusammenhang mit der Verbreitung der SRG-Fernsehprogramme hat der Bundesgesetzgeber eine grosszügige Delegationsnorm zugunsten des UVEK eingeräumt. Es besteht kein Zweifel, dass die Möglichkeit einer Abweichung vom Grundsatz der landesweiten Programmverbreitung im delegierenden Erlass, nämlich in Art. 28 RTVG, angesprochen ist. Fraglich ist immerhin, ob die Änderung des Konzessionsanhangs eine genügende Form darstellt. Zwar ist die Frequenzzuteilung eine für Laien komplexe Materie. Die technische Seite der Problematik soll aber die politische Brisanz des Entscheids von UVEK und

40 Vgl. BGE 121 II 183 (186): «Der Leistungsauftrag nach Art. 55^{bis} BV richtet sich an das öffentliche elektronische Mediensystem als Ganzes ..., der Einzelne kann daraus grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Bund auf terrestrischen Empfang eines bestimmten Programms ableiten».

41 Im Entwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz (VE-RTVG) ist es vorgesehen, den geltenden Grundsatz etwas abzuschwächen. Gemäss Art. 39 Abs. 1 VE-RTVG werden die Radio- und Fernsehprogramme der SRG mindestens in der betreffenden Sprachregion verbreitet. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, und insbesondere diejenigen Programme bestimmen, die in der ganzen Schweiz empfangbar sein müssen. Zudem legt er fest, «welche Programme in bestimmten Gebieten mit bestimmten Verbreitungsmitteln zu verbreiten sind» (Art. 39 Abs. 2 VE-RTVG).

42 Zum Inhalt des Legalitätsprinzips vgl. statt Vieler HÄFELIN U./MÜLLER G., Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1993, N. 296 ff.

43 Vgl. wiederum HÄFELIN/MÜLLER (Anm. 42), N 316.

44 Vgl. statt Vieler BGE 118 Ia 245 (247 f.).

SRG nicht verdecken. Die Integrationsfunktion des mehrsprachigen Programmangebots der SRG ist im Bewusstsein der Bevölkerung weit verbreitet und wird allgemein dem «Service Public»-Auftrag zugeordnet. Es wundert daher nicht, dass die Umstellung der Verbreitungstechnik auf Unverständnis und Empörung gestossen ist, zumal die betroffenen Personen durchaus spürbare finanzielle Folgen zur Anpassung an die neue Technologie hinnehmen müssen.

Im Lichte dieser Situation hätte man eine andere Vorgehensweise seitens des UVEK und der SRG erwarten können. Zwar ist einzuräumen, dass die Forderung eines referendumpflichtigen Erlasses zu weit gehen würde. Unabhängig davon hätte aber eine transparentere und zeitlich besser abgestimmte Informationspolitik zur demokratischen Legitimation des Entscheids ohne weiteres beigetragen. Die Medienmitteilungen der SRG vermögen in dieser Hinsicht keinesfalls zu genügen⁴⁵. Auch die Änderungen im Konzessionsanhang durch das UVEK, die gar nicht im Bundesblatt publiziert worden sind, überzeugen – was ihre demokratische Abstützung anbelangt – nicht.

2. Öffentliches Interesse

Die Einstellung der analogen terrestrischen Verbreitung anderssprachiger SRG-Programme ist einerseits aus Kostengründen, andererseits im Hinblick auf den Aufbau des neuen terrestrischen digitalen Fernsehnetzes DVB-T erfolgt. Mit der Reduktion

der terrestrischen Ausstrahlung auf die gleichsprachigen SRG-Fernsehprogramme sind neue technische Ressourcen, nämlich Frequenzen, für DVB-T befreit worden. Die SRG plant, die ersten DVB-T-Sender im Zeitraum 2003-2004 in Betrieb zu nehmen⁴⁶. Dank dieser neuen Technologie wird es künftig möglich sein, bedeutend mehr Fernsehprogramme auszustrahlen und damit die existierenden Frequenzen effizienter zu nutzen. Dies wird es der SRG ermöglichen, alle sieben Fernsehprogramme terrestrisch in der ganzen Schweiz zu verbreiten.

Dass die Anpassung an den technologischen Fortschritt eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse darstellt, darf nicht ernsthaft bezweifelt werden. Dies gilt umso mehr, als man sich der Tatsache bewusst ist, dass das Frequenzmanagement kein ausschliesslich schweizerisches Problem darstellt. Da Funkwellen sich nicht an Landesgrenzen halten, müssen sich Nachbarstaaten über den Gebrauch der Funkfrequenzen verständigen. Die Koordination der Benutzung des Frequenzspektrums wird auf europäischer Ebene von der «Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications» (CEPT) koordiniert⁴⁷. Diese völkerrechtliche Organisation, der auch die Schweiz angehört, leistet unter anderem auch Planungs- und Vorbereitungsarbeiten zur europaweiten Einführung der DVB-T-Technologie. In diesem Zusammenhang haben die Mitgliedstaaten 1997 ein Koordinationspapier, das sogenannte «Chester Agreement», abgeschlossen⁴⁸. Mit diesem völkerrechtlichen Vertrag verpflichteten sich die Staaten, die neue digitale Fernsehtechnologie DVB-T unter Beachtung der internationalen technischen Massstäbe einzuführen. In etlichen europäischen Ländern ist sie bereits eingeführt oder steht unmittelbar vor der Einführung⁴⁹.

3. Verhältnismässigkeit

Die für den Ausbau der DVB-T-Technologie eingesetzten Frequenzen haben bis vor kurzem zur analogen terrestrischen Verbreitung der nunmehr abgeschalteten Programme gedient. Techniker der SRG und des Bakom behaupten einhellig, dass die Einführung der DVB-T-Technologie ohne Befreiung dieser Ressourcen nicht möglich

45 Vgl. die Medienmitteilungen vom 29. November 2001, vom 26. April 2002 und vom 8. Mai 2002. Alle Mitteilungen können von der Homepage der SRG (<http://www.srg.ch>) heruntergeladen werden.

46 Diesbezüglich hat das UVEK der SRG einen beschleunigten Zeitplan vorgegeben. Vgl. die Medienmitteilung vom 20. September 2002 (abrufbar unter: <http://www.uvek.admin.ch>).

47 Zu Zielen, Struktur und Aufgabenbereiche der CEPT gibt die amtliche Internet-Seite dieser Organisation (<http://www.cept.org>) ausführlich Information.

48 Der offizielle Name des am 25. Juli 1997 abgeschlossenen Abkommens lautet «Chester 1997 Multilateral Coordination Agreement relating to Technical Criteria, Coordination Principles and Procedures for the Introduction of Terrestrial Digital Video Broadcasting (DVB-T)». Das Abkommen kann von der Adresse <http://www.ero.dk/EROWEB/chester/Chstr97.pdf> heruntergeladen werden (Seite am 30. September 2002 besucht).

49 Für einen gesamteuropäischen Überblick des Entwicklungsstandes vgl. die regelmässig aktualisierte Internet-Seite <http://www.ero.dk/EROWEB/DVB/T/Status%20for%20the%20implementation%20of%20DVB.htm>.

sei⁵⁰. Die gleichzeitige analoge und digitale Ausstrahlung der Fernsehprogramme sei während der Übergangszeit undurchführbar, weil die neue Technologie angemessen getestet werden müsse. Zudem sei es für die Schweiz von äusserst wichtiger Bedeutung, DVB-T-Frequenzen möglichst schnell zu besetzen, denn so könne man die Verhandlungsposition gegenüber anderen Staaten verstärken. Die Inanspruchnahme der von den anderssprachigen SRG-Programmen belegten Frequenzen sei deswegen unvermeidlich gewesen.

Selbstverständlich besteht kein begründeter Anlass, die Zuverlässigkeit der Aussagen fachkompetenter Personen in Frage zu stellen. Unter dieser Optik erscheint die sprachregionale Begrenzung der analogen terrestrischen Ausstrahlung eine verhältnismässige Massnahme. Angenommen, dass keine mildere Vorgehensvariante möglich gewesen wäre, erscheint sie nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich, um das angestrebte Ziel der raschmöglichen Digitalisierung zu erreichen. Aus der Sicht der Betroffenen dürfte schliesslich das ganze Vorgehen zumutbar sein, bietet doch die SRG finanzielle Unterstützung in Härtefällen an⁵¹.

V. Beurteilung aus grundrechtsprogrammatischer Sicht

Grundrechten kommt nicht nur eine subjektive Schutzfunktion gegenüber staatlichem Eindringen in die Freiheitssphäre des Bürgers zu; sie stellen darüber hinaus objektive Prinzipien dar, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Rechtsbereiche gelten. Die Mehrdimensionalität des Prozesses der Grundrechtsverwirklichung gilt selbstverständlich auch im Bereich der Kommunikationsgrundrechte, namentlich bei der Umsetzung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie der Medienfreiheit (Art. 17 BV). Nach nunmehr unbestrittener Auffassung weisen Kommunikationsgrundrechte – neben einer justiziablen – eine programmatische Geltungsschicht auf.

Programmatische Grundrechtsgehalte richten sich primär an rechtsetzende und rechtsanwendende Behörden. Diese müssen sich bei ihrem Handeln von der Idee leiten lassen, dass das gesamte System des

Grundrechtsschutzes auf die Sicherung der tatsächlichen Möglichkeit subjektiver Entfaltung ausgerichtet sein muss. Dass die SRG, als Trägerin des verfassungsrechtlich festgelegten Leistungsauftrags, gehalten ist, die Grundrechte zu respektieren und zu verwirklichen, dürfte im Lichte von Art. 35 Abs. 1 und 2 BV ausser Zweifel stehen⁵².

1. Der Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit

Die formelle Gewährleistung kommunikativer Freiheiten würde kaum Sinn machen, wenn nicht zugleich die faktischen Voraussetzungen zur Grundrechtsausübung bestehen würden. In diesem Sinne ist eine staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit, also zur Einräumung gleicher Startbedingungen zur Teilnahme am Kommunikationsprozess, anzunehmen⁵³. Denn ein System zum grundrechtlichen Schutz der Kommunikation, in welchem das Gleichgewicht unter Kommunikationspartnern a priori nicht möglich wäre, würde die zwischenmenschliche Dimension jedes Kommunikationsvorgangs verachten.

Der Gedanke chancengleicher Partizipation an der gesellschaftlichen Entwicklung ist ein übergreifendes Prinzip, das in mehreren Verfassungsbestimmungen enthalten ist und in der bundesgerichtlichen Praxis in den verschiedensten Zusammenhängen etabliert ist⁵⁴. Die normative Tragweite des Grundsatzes kommunikativer Chancen-

50 In diesem Sinne z.B. das von der SRG publizierte «fact sheet» «Was ist DVB-T und wann wird es eingeführt?», welches von der Internet-Adresse <http://www.srgssrideesuisse.ch/de/home/dvb.doc> heruntergeladen werden kann (Web-Seite am 30. September 2002 besucht).

51 Vgl. dazu hinten V.3.

52 Der Grundrechtsbindung der SRG steht auch ihre Organisation als privatrechtlicher Verein nicht entgegen: Art. 35 Abs. 2 BV stellt klar, dass der einzig massgebende Anknüpfungspunkt die Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben ist.

53 Der Begriff «kommunikative Chancengleichheit» zur Bezeichnung des programmatischen Gehalts der Kommunikationsgrundrechte ist in der deutschen Lehre zu Art. 5 GG entwickelt worden. Grundlegend dazu HOFFMANN-RIEM W., Kommunikations- und Medienfreiheit, in: Benda E. u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin u.a. 1994, § 7, N 1 ff.

54 Der Gedanke der Chancengleichheit spielt eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Gleichheitssatzes sowie im Kontext von Wahlen und Abstimmungen. Er prägt ferner die neuere Praxis zur Gleichbehandlung der Konkurrenten und entfaltet eine gewisse Bedeutung im Bildungswesen. Aus der reichhaltigen Praxis vgl. nur BGE 123 I 152 ff.

gleichheit ist jedoch nicht zu überschätzen. Präambel, Zweckartikel und Sozialziele gelten nach unbestrittener Auffassung als Zielnormen der Bundesverfassung⁵⁵. Insofern ist auch der Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit «bloss» programmatischer Natur.

Es fragt sich, ob SRG und UVEK bei der Entscheidung, die analoge terrestrische Programmausstrahlung sprachregional zu begrenzen, diesem programmatischen Gehalt der Kommunikationsgrundrechte hinreichend Rechnung getragen haben.

2. Technische Infrastruktur

Jeder Einzelne ist auf ein funktionsfähiges System angewiesen, falls eine technische Infrastruktur für die Kommunikationsvermittlung in Anspruch genommen wird. Die Garantien der Äusserungs-, Verbreitungs- sowie Empfangsfreiheit würden ins Leere hinauslaufen, wenn deren Verwirklichung aus technischen Gründen verunmöglicht würde. Je mehr die eingesetzte Kommunikationstechnologie «Basischarakter» aufweist, desto mehr drängt sich eine staatliche Pflicht auf, die benötigte Infrastruktur für den möglichst grossen Kreis von Kommunikationswilligen verfügbar zu machen. Aus dem programmatischen Gehalt der Kommunikationsgrundrechte erwächst mithin die Pflicht des Staates, eine hinreichende Grundversorgung der Bevölkerung zu garantieren. Welchen Dienstleistungen Grundversorgungscharakter zuzurechnen ist, stellt eine Frage dar, die nur im Zusammenhang mit dem sich entwickelnden gesellschaftlichen und technologischen Stand beantwortet werden kann. Die Erarbeitung einer Antwort obliegt dem Gesetzgeber.

Nach geltendem Rundfunkrecht genügt es, dass nur die digitale Verbreitung angeboten wird⁵⁶. Eine weitergehende Schutzpflicht darf sinnvollerweise auch aus grundrechtsprogrammatischer Sicht nicht postuliert werden: sofern ein qualitativ einwandfreier flächendeckender Empfang der SRG-Programme gewährleistet ist, bestehen – in technischer Hinsicht – gleiche Kommunikationschancen unter den Grundrechtsträgern.

3. Zugangskosten zur neuen Technologie

Das Bestehen einer funktionierenden technischen Infrastruktur reicht an sich noch nicht, um kommunikative Chancengleichheit zu gewährleisten. Darüber hinaus ist es nötig, dass die angebotenen Kommunikationstechnologien, namentlich der Satellitenempfang, zugänglich sind. Zu beachten ist namentlich, dass die Kosten der technischen Umstellung aus der Sicht mancher Kommunikationsempfänger eine schwer überwindbare Zugangshürde darstellen können⁵⁷.

In der Vergangenheit haben sich weder der Staat noch die SRG für die Beschaffung der Empfangsgeräte seitens der Benutzer gekümmert. Insofern hat man bisher eine staatliche Schutzpflicht nicht für nötig gehalten. Die Entwicklungen der letzten Jahre, namentlich das rasante Wachstum immer neuerer Kommunikationstechnologien, dürften das Gesamtbild verändert haben. Es liegt im Interesse der demokratischen Gesellschaft, die «digitale Spaltung» zwischen Informierten und Nicht-Informierten in Grenzen zu halten. Im Fall der sprachregionalen Begrenzung der terrestrischen analogen Programmverbreitung ist zudem zu berücksichtigen, dass nur ein relativ marginaler Kreis von Betroffenen direkt tangiert ist⁵⁸. Meist wohnen diese Personen in Randgebieten und werden von den via Kabel vermittelten Leistungen nicht bedient. In Anbetracht all dieser Umstände erscheinen sie quasi als Sonderopfer des technologischen Fortschritts. Es dürfte aus grundrechtsprogrammatischer Sicht unbillig sein, die kommunikative Chancengleichheit der finanziell Schwächsten nicht zu fördern.

55 Art. 41 Abs. 3 und 4 BV stellen klar, dass die Sozialziele der Bundesverfassung weder eine anspruchsbegründende noch eine kompetenzbegründende Norm darstellen. Zudem ist die Verwirklichung der Sozialziele der «verfügbaren Mittel» untergeordnet.

56 Vgl. vorne III.2.

57 Der Preis einer digitalen Empfangstechnologie (parabolische Antenne, Set Top Box, Sat Access Karte und Installationsarbeiten) bewegt sich nach Angabe der SRG zwischen 500 und 1000 Franken. Demgegenüber gehen die Konsumentenorganisationen von einem Betrag in der Grössenordnung von 2500 Franken aus.

58 In einer Medienmitteilung vom 26. April 2002 (vgl. Anm. 44) rechnet die SRG den abgeschalteten Programmen Marktanteile zwischen 1,9 % und 0,5 % zu.

Im Rahmen dieser Optik ist die Stellung des UVEK zu begrüssen. Mittels einer Verfügungsaufgabe hat es die SRG verpflichtet, Härtefälle in beratender und finanzieller Hinsicht zu unterstützen⁵⁹. Als Härtefälle gelten nach Ansicht des Departements insbesondere jene Haushalte, die von den Fernsehempfangsgebühren befreit sind. Gemäss Art. 45 Abs. 2 RTVV sind dies Personen im Genuss einer Ergänzungsleistung zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Ob es weitere zu unterstützenden Konstellationen gibt, wird von der SRG jeweils anhand des konkreten Falles entschieden⁶⁰.

Ob ein Anspruch auf finanzielle Unterstützung zur Beschaffung der notwendigen Satellitenempfangsanlagen besteht, ist unklar. Richtigerweise wäre das Bestehen eines Rechtsanspruchs – angesichts der Anlehnung an die Kriterien für die Befreiung von den Empfangsgebühren – zu bejahen. Unabhängig von dieser Qualifikation forderte Bundesrat Leuenberger in seiner Verfügung vom 1. März 2002 die SRG auf, dem UVEK ein Finanzierungskonzept vorzulegen, welches die Kriterien für die Unterstützung festlegt und im Sinne eines Kostendaches von der Beschaffung von 5000 Satellitenanlagen für betroffene Haushalte ausgeht. Eine noch grosszügigere Haltung vertrat er im Juni vor dem Ständerat⁶¹.

Die ersten Erfahrungen zeigen jedoch eine gewisse Zäsur zwischen den deklarierten Zielen und der Realität. Bis Ende August 2002 sind lediglich rund 350 Unterstüt-

zungsgesuche bei der SRG eingereicht worden. Davon sind ungefähr 160 bewilligt worden⁶². Angesichts der in der tangierten Bevölkerung verbreiteten Empörung ist es zu bezweifeln, dass der bescheidene Erfolg der Finanzierungskampagne von der relativ geringen Zahl von Betroffenen abhängt. Vielmehr dürfte die Situation auf die Kommunikationsstrategie der SRG zurückzuführen sein. Bisher hat sie sich auf die Mitteilung eher knapper und vager Angaben beschränkt. Die konkreten Entscheidungskriterien oder die Grundzüge der bisher entwickelten Praxis sind beispielsweise (noch) nicht öffentlich bekannt gegeben worden. Eine rasche Verbesserung der Informationspolitik ist angesagt, will man doch nicht programmatische Grundrechtsziele bloss auf dem Papier verwirklichen. ■

- 59 Infolge dieser verbindlichen Weisung hat die SRG ein mehrsprachiges Helpdesk eingerichtet (telefonische Hotline 0848 88 44 22). Gesuche um finanzielle Unterstützung sind an der Adresse «SRG SSR Distribution/Kundendienst, Leutschenbachstrasse 95, 8050 Zürich» einzureichen.
- 60 In diesem Sinne auch Bundesrat Leuenberger vor dem Ständerat, Amtl. Bull. SR 2002, S. 456.
- 61 Vgl. Amtl. Bull. SR 2002, S. 456. Auf die Frage einer Parlamentarierin, wie viel die SRG zur Verfügung gestellt habe, antwortete er: «Das ist nicht nach oben begrenzt, aber wir stellen uns vor, dass pro Haushalt, der einen Satellitenschlüssel nötig hat, durch die SRG ungefähr 500 Franken bezahlt werden sollen. Das kann also etwa 5 Millionen Franken bedeuten».
- 62 Die Zahlen der Gesuche und deren Bewilligungen stützen sich auf einer am 28. August 2002 telefonisch erteilten Angabe der SRG-Unternehmenskommunikation, die am 9. September 2002 schriftlich bestätigt worden ist.

Positions dominantes dans le secteur des télécommunications

Cadre réglementaire et mesures correctives

Christian Bovet

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Pranvera Këllezi

Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Zusammenfassung: Die grenzüberschreitende Dimension der Fernmeldedienste und das internationale Engagement der Schweiz und der Europäischen Union, speziell im Rahmen der WTO, haben eine kohärente Betrachtungsweise der regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Probleme zur Folge. Die Schweiz hat sich im Übrigen für das Prinzip der Eurokompatibilität in diesem Bereich entschieden. Diese Anforderungen übersteigen die geographische Dimension und betreffen das anwendbare Recht: Der neue EU-Rechtsrahmen, der von den Mitgliedsstaaten bis 24. Juli 2003 umgesetzt werden muss, gleicht die Prinzipien der beträchtlichen Marktmacht und der beherrschenden Stellung einander an. Die Methoden und Instrumente der Regulatoren und der Wettbewerbsbehörden scheinen sich nun ebenfalls anzunähern.

I. Introduction

Certes, le cours des titres des entreprises du secteur de la télécommunication a subi durant ces derniers 12 à 18 mois des « corrections de valeur » particulièrement significatives¹. Il n'en demeure pas moins que cette branche de l'économie est très active: par exemple, les Suisses ont consommé par tête, en 2001, pour plus de 2'100 francs suisses en services de télécommunication, alors qu'en 1998 ils dépensaient au total environ 1'600 francs suisses². Pourtant, durant la même période, les prix de ces prestations ont baissé de 31% pour la téléphonie fixe et de 20% pour la téléphonie mobile³. On observe un phénomène similaire dans l'Union européenne (UE)⁴ et dans d'autres pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁵.

C'est donc à la lumière de ce contexte économique général qu'il convient d'examiner les effets de la libéralisation menée tant en Suisse que dans l'Union européenne depuis 1998. Le moment est particulièrement propice pour reprendre les réflexions dans ce domaine, puisque l'Union européenne vient d'adopter un **nouveau cadre réglementaire** et que le Conseil fédéral propose une nouvelle révision de la réglementation applicable dans notre pays⁶. Il ne s'agit cependant pas ici de traiter de l'ensemble de ces questions, mais plutôt de se limiter à un aspect particulier: les positions dominantes de certains opérateurs et les moyens que la réglementation secto-

rielle et le droit de la concurrence mettent à disposition des autorités pour en corriger les effets.

Ce thème revêt un **double intérêt**: d'une part, cette problématique est au centre du processus de libéralisation, quelle que soit la perspective réglementaire choisie; d'autre part, cette analyse contribue à mettre en évidence les convergences entre ces deux domaines du droit. Les régimes

1 Par exemple, durant les 12 derniers mois, le cours de l'action Vodafone a varié entre 3.4 Euro (maximum) et 1.22 Euro (minimum); quant à Deutsche Telekom, le maximum et le minimum durant la même période étaient respectivement de 20.84 et 8.14 Euro.

2 Voir le document à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/marktanalysen/2.pdf>. Etat des liens Internet au 25 octobre 2002.

3 Voir le document à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/principesetconsultations/statistiquesdestelcommunications/5.pdf>.

4 Voir le 7ème Rapport sur la politique des télécommunications (7th Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, 2001), disponible à l'adresse Internet http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/implementation/annual_report/7report/index_en.htm.

5 Voir p.ex. la documentation à l'adresse Internet <http://www.oecd.org/EN/document/0,,EN-document-20-nodirectorate-no-1-35101-20,00.html>.

6 Une documentation complète est disponible à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/fr/aktuell/ull/index.html>. Il faut aussi y ajouter le projet de révision de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40); documentation disponible à l'adresse Internet http://www.bakom.ch/fr/aktuell/revision_rtv/index.html.

légaux et la pratique des autorités tendent en effet à se rapprocher, même si chacun garde une certaine spécificité et des compétences propres. Comme l'ont démontré des affaires récentes, tant le régulateur⁷ que l'autorité de la concurrence⁸ appliquent ces concepts dans leurs décisions. Cette tendance a encore été renforcée en droit communautaire par la fusion en 2002 des notions de position dominante et de puissance significative sur le marché⁹ – un concept déjà intégré dans la loi suisse de 1997 sur les télécommunications¹⁰.

II. Cadre réglementaire

Même si cela peut parfois paraître paradoxal, le processus de libéralisation du secteur des télécommunications a engendré une réglementation particulièrement dense et complexe qui intervient tant au niveau international que national. A cela, il faut ajouter les règles de droit de la concurrence régissant les positions dominantes, sous le double angle des abus et du contrôle des concentrations. Pour comprendre ces mécanismes, il y a lieu de commencer par le régime d'ouverture des marchés mis en place dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (1), pour aborder ensuite le droit communautaire (2) et suisse (3).

1. OMC

Il faut en quelque sorte passer par des **strates réglementaires successives** avant de parvenir aux principes régissant, dans le cadre de l'OMC, la libéralisation des services de télécommunications. En effet, le premier texte applicable est l'Accord général sur le commerce des services (GATS), qui constitue une des principales annexes à l'Accord instituant l'OMC¹¹. Le GATS contient ainsi deux dispositions générales sur la politique de la concurrence: ses art. VIII et IX. La première règle est la plus pertinente dans cette contribution puisqu'elle exige en particulier de chaque membre de faire «en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du membre au titre de l'article II (GATS) et ses engagements spécifiques.»¹² L'art. II GATS – auquel l'art. VIII al. 1 GATS se réfère expressément – institue pour sa part le principe de la nation la plus favorisée dans les secteurs de services visés par l'accord¹³. La portée de l'art. VIII al. 1 est précisée et étendue par ses deuxième et cinquième alinéas qui prévoient respectivement que: «Dans les cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements», et que les dispositions de l'art. VIII «s'appliqueront également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services, aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire.» Ces règles jouent à l'évidence un rôle tout à fait significatif dans le domaine des télécommunications, ce d'autant que, par la suite, elles ont été concrétisées par des engagements spécifiques des Etats membres, y compris la Suisse et les pays formant et appartenant à la Communauté européenne. Les membres de l'OMC ont en effet adopté plusieurs **annexes** au GATS afin de

Résumé: La dimension transfrontière des services de télécommunication et les engagements internationaux de la Suisse et de la Communauté européenne, en particulier dans le cadre de l'OMC, imposent une approche cohérente des questions réglementaires et des problèmes de concurrence. La Suisse a par ailleurs opté pour une application étendue du principe d'eurocompatibilité dans ce domaine. Cette exigence de cohérence dépasse la dimension géographique et touche le droit applicable: le nouveau cadre réglementaire européen, qui devra être transposé dans les Etats membres de l'UE d'ici au 24 juillet 2003, assimile désormais la notion de puissance significative sur le marché à celle de position dominante. Les méthodes et instruments des régulateurs et des autorités de la concurrence ont donc une certaine tendance à se rapprocher. Les mesures correctives constituent ainsi une excellente illustration de ce constat.

7 Décision de la ComCom du 5 février 2002, TDC (diAx), disponible à l'adresse Internet <http://www.fedcomcom.ch/comcom/docs/ComCom-Verf-ULL-off.pdf>.

8 Par exemple les travaux de l'UE sur les lignes louées (leased lines) à l'adresse Internet http://europa.eu.int/comm/competition/anti-trust/others/sector_inquiries/leased_lines/.

9 Infra section II.2.

10 Infra section II.3.

11 Annexe 1.B à l'Accord instituant l'OMC, du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1er juillet 1995 (RS 0.632.20). L'ensemble de ces textes sont en outre disponibles sur le site Internet de l'OMC <http://www.wto.org/index-fr.htm>.

12 Art. VIII al. 1 GATS. L'art. IX régit pour sa part les autres pratiques commerciales limitant la concurrence et par là restreignant le commerce des services.

13 Le premier alinéa de cette norme prévoit en particulier que: «chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.»

poser, dans l'axe de ce dernier accord, les bases de futures négociations sur des secteurs économiques pour lesquels un accord complet n'avait pas pu être trouvé en avril 1994. Formellement, deux de ces annexes concernent directement les télécommunications.

Dans la première, les parties commencent par reconnaître «les spécificités du secteur des services de télécommunication et, en particulier, le double rôle qu'il joue en tant que secteur d'activité économique distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques». La définition large du concept de «réseau public de transport des télécommunications», adoptée dans le chiffre 3/c de cette annexe, témoigne de l'importance de cet élément dans l'ouverture des marchés de télécommunication: «l'infrastructure publique de télécommunication qui permet les télécommunications entre deux extrémités terminales définies du réseau ou plus.»

Pour le surplus, cette annexe, d'une part, replace dans ce contexte – mais toujours dans les limites des futurs engagements spécifiques des parties – les principes d'accès au marché¹⁴, de non-discrimination¹⁵ et de transparence¹⁶ énoncés dans le GATS et, d'autre part, propose une première définition de l'interconnexion. L'autre annexe, traitant de points particuliers liés aux négociations, ne trouve pas d'application spéciale dans cette contribution.

C'est dans la «couche» finale, la plus concrète, que les règles de concurrence énoncées par l'art. VIII GATS prennent toute leur ampleur en matière de télécommunication. Elles apparaissent comme un des instruments essentiels de la libéralisation et sont sous-jacentes dans les mécanismes d'accès au marché définis par le **Quatrième Protocole** concernant l'Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base de l'Accord général sur le commerce des services, du 15 avril 1997¹⁷. Le Document de Référence annexé aux listes d'engagements spécifiques et d'exemptions propose une définition du «fournisseur principal»¹⁸, qui se rapproche fortement du concept de position dominante ou, à tout le moins, d'entreprise puissante sur le marché en droit de la concurrence: «Un fournisseur principal est un fournisseur qui a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (en ce qui concerne le prix et l'offre) sur le marché pertinent de services de télécommunication de base par suite:

- a) du contrôle qu'il exerce sur des installations essentielles; ou
- b) de l'utilisation de sa position sur le marché.»¹⁹

Dans une traduction officielle française pas entièrement satisfaisante, le même document définit les «installations essentielles» de la manière suivante: «L'expression installations essentielles désigne les installations d'un réseau ou service de transport des télécommunications publiques

- a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs; et
- b) dont il n'est économiquement ou techniquement pas faisable qu'elles soient remplacées en vue de la fourniture d'un service.»²⁰

A nouveau, ce concept peut être en grande partie assimilé à la théorie dite des «**essential facilities**» en droit de la concurrence. On reconnaîtra cependant – mais cela n'a pas de réel impact sur le fond – que les conditions de cette théorie sont plus élaborées et subtiles que celles que les parties au Quatrième Protocole ont choisi de faire figurer dans ce document. La symbiose entre la réglementation de l'OMC et le droit de la concurrence apparaît enfin comme évidente dans la liste exemplative des pratiques anticoncurrentielles²¹ et, sur-

14 En particulier, art. XVII GATS.

15 Art. XVI GATS.

16 En particulier, art. III GATS.

17 Entré en vigueur en Suisse le 5 février 1998. Seul le texte du protocole proprement dit, sans les listes d'engagements spécifiques et d'exemptions, est publié au RO 1998 2049. Les listes précitées peuvent être consultées en ligne sur le site de l'OMC, à l'adresse Internet http://docsonline.wto.org/gen_search.asp, en inscrivant les cotes suivantes: pour la Suisse «GATS/SC/83/Suppl.3/Rev.1» et pour la Communauté européenne «GATS/SC/31/Suppl.3».

18 «Major supplier» dans la version anglaise.

19 Section «Définitions» dans la partie introductive du Document de Référence (supra note 17).

20 Ibidem.

21 Selon le chiffre 1.2 du Document de Référence (supra note 17): Les pratiques anticoncurrentielles mentionnées ci-dessus consistent en particulier: a) à pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel; b) à utiliser des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels; et c) à ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services.

tout, l'exigence que des mesures appropriées soient prises pour les empêcher. Celles-ci viennent s'ajouter au mécanisme de l'interconnexion, pour l'accès aux réseaux, et de prévention de procédures discriminatoires pour l'attribution²² et l'utilisation de ressources rares²³.

2. Droit communautaire

Le cadre réglementaire européen régissant le domaine des télécommunications est d'une telle densité qu'on ne peut en donner ici qu'une présentation générale: ces règles reposent, d'une part, sur les art. 81 (ex-85), 82 (ex-86) et 86 (ex-90) CE pour la politique de la concurrence et, d'autre part, sur les art. 14 (ex-7A) et 154 (ex-129B) CE pour la libéralisation de ce secteur. Le premier groupe de normes est bien connu, et il n'y a donc pas lieu de s'y attarder. Quant au second, on rappellera que l'art. 154 CE affirme expressément que l'établissement et le développement d'un réseau transeuropéen de télécommunication est l'une des missions de la Communauté européenne et que «dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels, l'action de la Communauté vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux.» Cette norme applique à ce domaine économique l'objectif d'intégration des marchés exprimé à l'art. 14 CE.

Les règles sur la concurrence et sur l'ouverture contribuent ainsi **ensemble** à la libéralisation du marché des télécommunications. On retrouve cette alliance dans les règlements, directives, recommandations et communications adoptées dans ce cadre. Cette complémentarité repose en partie sur le fait que le droit de la concurrence – sauf le contrôle des concentrations – s'applique ex post; il était donc nécessaire, pour assurer une concurrence effective, d'adopter en outre des règles régissant ex ante les mécanismes et modalités de libéralisation du secteur des télécommunications²⁴. Le déclic initial de l'ouverture des marchés nationaux fut donné par des mesures fondées avant tout sur l'art. 86 CE et qui exigeaient des Etats membres qu'ils retirent à leurs «opérateurs historiques», titulaires de monopoles, leurs droits spéciaux ou exclusifs dans certaines activités de télécommunication²⁵. Bien que favorisant la mise en place

d'un régime de concurrence effective, ce premier train de règles n'a pas éliminé tous les monopoles de fait; certaines positions dominantes, aux effets négatifs, continuent à subsister. Il s'avérait dès lors indispensable de passer à un niveau supérieur. Dans ce sens, l'adoption en 2000 de la réglementation actuelle sur le dégroupage de la boucle locale (unbundling) annonçait le nouveau cadre réglementaire de 2002²⁶.

Ce dernier se fonde sur la directive «cadre»²⁷, laquelle est accompagnée de directives particulières: la directive sur les autorisations d'exercer une activité dans le domaine des télécommunications²⁸, la directive relative à l'accès aux réseaux²⁹, la directive sur le service universelle³⁰ et celle

22 Idem, chiffre 2.

23 Idem, chiffre 6.

24 Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JOCE 1990 L 192 p. 1; directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE 1992 L 165 p. 27; directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, JOCE 1997 L 117 p. 15; directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE 1997 L 199 p. 32; directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, JOCE 1998 L 268 p. 37.

25 En se fondant sur les pouvoirs donnés par l'al. 3 de cet article, la Commission a adopté la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JOCE 1988 L 131 p. 77; la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, JOCE 1990 L 192 p. 10, modifié par la directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, JOCE 1996 L 074 p. 13.

26 Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE 2000 L 336 p. 4; Communication de la Commission dégroupage de l'accès à la boucle locale: permettre la fourniture concurrentielle d'une gamme complète de services de communications électroniques, notamment les services multimédias à large bande et l'Internet à haut débit, JOCE 2000 C 272 p. 10.

27 Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), JOCE 2002 L 108 p. 33.

28 Directive 2002/20/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), JOCE 2002 L 108 p. 21.

29 Directive 2002/19/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), JOCE 2002 L 108 p. 7.

portant sur le traitement des données à caractère personnel³¹. Il faut enfin citer un document de grande importance pratique dans notre domaine: les lignes directrices de la Commission CE sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché³².

C'est ainsi que les marchés sujets à la régulation sont définis à l'annexe I de la directive «cadre». En substance, le cadre réglementaire gouverne uniquement la **transmission par réseau** et les services qui y sont directement associés³³, à l'exclusion du contenu des services fournis au travers de ces réseaux. Il est toutefois permis aux autorités réglementaires nationales (ARN) de désigner des marchés différents de ceux recensés dans les lignes directrices et d'appliquer à ces derniers le régime prévu par le nouveau cadre réglementaire; la Commission CE dispose cependant d'un véritable droit de veto, qui lui permet de s'opposer à ces modifications de la liste des marchés lorsque les mesures prévues ont des incidences sur les échanges entre les Etats membres³⁴. Ceux-ci doivent par ailleurs limiter les obligations des intervenants sur ce marché à celles prévues par le nouveau cadre réglementaire³⁵. Le droit communautaire limite ainsi le pouvoir discrétionnaire des ARN en leur imposant de choisir la me-

sure adéquate parmi les obligations (maximales) prévues dans les directives; en vertu du principe de proportionnalité, les ARN peuvent cependant, à l'évidence, opter pour une mesure inférieure.

L'une des caractéristiques du nouveau cadre réglementaire communautaire est d'assimiler dans le contexte de la régulation la notion de puissance significative sur le marché à celle de position dominante. Outre l'intégration de ces concepts par renvoi exprès dans les directives³⁶, les lignes directrices de la Commission CE lient étroitement la situation de concurrence effective à celle d'absence de position dominante: «Conclure qu'une concurrence effective existe sur un marché pertinent revient à conclure qu'aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une position dominante sur ce marché. Ainsi, aux fins de l'application du nouveau cadre réglementaire, on parlera de 'concurrence effective' lorsqu'aucune entreprise sur le marché pertinent n'occupe, seule ou avec d'autres entreprises, une position dominante individuelle ou conjointe.»³⁷

3. Droit suisse

En Suisse, on constate les mêmes convergences entre réglementation sectorielle et droit de la concurrence. Celui-ci est constitué pour l'essentiel par la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence³⁸ et l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises³⁹. Le droit suisse des télécommunications se caractérise aussi, comme le droit communautaire, par un nombre relativement grand de textes⁴⁰; ceux qui nous intéressent avant tout ici sont la loi fédérale sur les télécommunications⁴¹ et l'ordonnance sur les services de télécommunication⁴². L'ensemble de cette réglementation est pour l'essentiel **eurocompatible**, le législateur ayant même appliqué ce principe par des renvois exprès à la réglementation européenne. Pour le surplus, le projet de révision récemment mis en consultation tend à parfaire cet objectif en incorporant dans le droit suisse, de manière autonome, le nouveau cadre réglementaire communautaire – en particulier, en matière de dégroupage⁴³.

Il est cependant piquant de constater que la LTC ne retenait en 1997 déjà qu'un **concept unique**, en droit de la concurrence

- 30 Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), JOCE 2002 L 108 p. 51.
- 31 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE 2002 L 201 p. 37.
- 32 Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE 2002 C 165 p. 3, adopté sur la base de l'art. 15 de la directive «cadre» (supra note 27).
- 33 Les réseaux de communications électroniques et les services de communications sont définis à l'art. 2 lit. a et c de la directive «cadre» (supra note 27). A noter par ailleurs que la convergence exige que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire (idem, considérant 5).
- 34 Art. 7 al. 3 et 4 de la directive «cadre» (supra note 27).
- 35 Voir considérant 14 de la directive «accès» (supra note 29).
- 36 Directive «cadre» et autres directives. Voir art. 14 al. 2 de la directive «cadre» (supra note 27). Eg. infra note 59.
- 37 Lignes directrices, § 19 (supra note 32).
- 38 RS 251 (LCart).
- 39 RS 251.4 (OCCE).
- 40 RS 784.10 ss.
- 41 RS 784.10 (LTC).
- 42 RS 784.101.1 (OST).
- 43 Voir supra note 6.