

comme dans la réglementation sectorielle, celle de position dominante⁴⁴. En effet, l'art. 11 al. 1 LTC prévoit que «les fournisseurs de services de télécommunication ayant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir l'interconnexion à l'égard d'autres fournisseurs (...)»⁴⁵. Qui plus est, la LTC met en place une procédure qui tend à développer une application cohérente de la notion de position dominante puisque, lorsqu'il mène l'enquête qui débouchera sur la décision de la Commission fédérale de la communication (ComCom), l'OFCOM consultera généralement la Commission de la concurrence «pour juger si un fournisseur a une position dominante»⁴⁶.

L'art. 9 LTC prévoit par ailleurs que le transfert de tout ou partie d'une concession est soumis à l'accord de la ComCom. L'autorité vérifie alors, notamment, que cette opération n'affecte pas la concurrence efficace (art. 1 al. 2 lit. c et 23 al. 4 LTC). Cette opération peut s'apparenter, voire être menée parallèlement à une procédure de contrôle de concentration en droit de la concurrence. La pratique de la ComCom est d'ailleurs d'assimiler à un transfert de concession une prise de participations significative ou un autre moyen qui permet à un tiers d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise concessionnaire⁴⁷.

III. Mesures correctives

1. Généralités et problématique

La définition du marché pertinent est le mécanisme qui permet de déterminer si une entreprise détient⁴⁸ ou détiendra⁴⁹ une position dominante. La démarche de la Commission CE, qui a émis une communication particulière au marché des télécommunications⁵⁰, concrétise le rôle central de cette phase de la procédure. Le régulateur suisse et les autorités de la concurrence ont eu l'occasion de constater de telles situations à plusieurs reprises: ensemble du marché suisse des télécommunications, tous services confondus, au moment de l'entrée en vigueur de la LTC⁵¹; marché des lignes louées⁵²; «dernier kilomètre»⁵³; réseau Internet (backbone)⁵⁴; téléphonie mobile⁵⁵. L'identification d'une position dominante n'est pas une fin en soi. Il s'agit ensuite

d'examiner si l'entreprise en abuse ou si, d'une autre manière, cette situation a des effets néfastes sur la concurrence ou le processus de libéralisation. Lorsque l'un ou l'autre de ces constats a été fait, il faut, conformément au principe de proportionnalité, déterminer quelle est la mesure la plus appropriée face à cette situation. L'interdiction est bien entendu la plus drastique. Mais, pour l'autorité concernée ou les parties à une concentration, par exemple, les mesures correctives peuvent constituer une alternative⁵⁶. Celles-ci peuvent aussi jouer en cas d'abus de position dominante ou de transfert de concession.

On distingue généralement entre mesures structurelles et mesures comportementales. Les premières sont des procédés qui visent à altérer la configuration structurelle du marché – nombre et identité des concurrents, parts de marché, barrières à l'entrée, etc. Les secondes comportent la promesse d'agir d'une manière déterminée dans le futur; elles portent sur le comportement stratégique des entreprises, soit sur les prix,

44 La définition de position dominante figurant à l'art. 4 al. 2 LCart est profondément inspirée de la jurisprudence communautaire.

45 Eg. art. 40 ss OST.

46 Art. 11 al. 3 LTC. Eg. art. 56 OST. Pour des cas d'application, DPC 2001/2, p. 348, Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG; DPC 2001/2, p. 360, Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG (avis de la ComCo selon l'art. 47 al. 1 LCart).

47 P.ex. chiffre 2.3.3 du modèle de concession GSM disponible à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/fournisseursdeservicesdetelecom/concession-pourfst/11.pdf>.

48 Dans le cas d'une procédure où l'on reproche à une entreprise un abus de position dominante ou dans le cas d'une procédure d'interconnexion.

49 Dans le cas d'une procédure de contrôle de concentration ou de transfert de concession.

50 Supra note 32. En droit communautaire de la concurrence, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE 1997 C 37, p. 3). En droit suisse, art. 11 al. 3 OCCE.

51 DPC 1997/2 p. 161, Telecom PTT/Blue Window; DPC 1997/1 p. 44, Telecom PTT/Blue Window – Mesures provisionnelles.

52 DPC 1999/3 p. 375, Swisscom – Angebot von Mietleitungen; Décision de la ComCom du 2 octobre 2000, Commcare c. Swisscom, décision annulée par l'ATF du 3 octobre 2001 dans les causes 2A.503/2000 et 2A.505/2000, Commcare c. Swisscom.

53 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>.

54 Décision WorldCom/MCI, infra note 61.

55 Voir par exemple les décisions de la Commission CE France Telecom/Orange, Vodafone/Airtouch, infra note 61.

56 Art. 6 et 8 du Règlement 4064/89 relatif au contrôle des concentrations. JOCE 1989 L 395 (Règlement 4064/89), p. 1, entré en vigueur le 21.9.1990 (art. 25 § 1 Règlement 4064/89), modifié par le règlement 1310/97, JOCE 1997 L 180 p. 1. Les dispositions du règlement modifié sont entrées en vigueur le 1er mars 1998. Le règlement est en cours de révision.

les quantités, les stratégies concernant la vente des produits, etc. Traditionnellement, les autorités antitrust ont pour leur part marqué une certaine préférence pour les mesures structurelles⁵⁷.

La distinction entre mesures structurelles et comportementales est parfois difficile à opérer en pratique. Elle n'a d'ailleurs aucune conséquence juridique, en droit communautaire⁵⁸ comme en droit suisse. En Suisse, la LCart ne donne aucune indication sur les mesures à adopter; la ComCo est dotée d'une libre appréciation en ce qui concerne le choix de la mesure appropriée.

57 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n 447/98 de la Commission, JOCE 2001 C 68, p. 3, considérant 13.

58 Arrêt du TPICE du 25 mars 1999 dans l'affaire T-102/96, Gencor Ltd c. Commission CE des Communautés européennes, RJCE 1999 II p. 753, § 318.

59 Voir la directive «accès» supra note 29, considérant 14; art. 7 de la directive «cadre» supra note 27. Voir également l'art. 6 de la directive «autorisation», supra note 28, et son annexe qui contient une liste exhaustive des conditions pouvant être attachées aux autorisations générales, aux droits d'utilisation de radiofréquences et aux droits d'utilisation des numéros (ressources d'adressage).

60 Surtout section II.2.

61 Le désinvestissement a été utilisé dans les affaires suivantes: Telia/Sonera, décision de la Commission CE du 10 juillet 2002 dans l'affaire M.2803 (cession de l'activité de téléphonie mobile de Telia en Finlande; cession de l'activité de Telia en Suède dans le secteur de la télévision par câble); Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, décision de la Commission CE du 20 septembre 2001 dans l'affaire M.2574 (cession de Blu, active dans le secteur de la téléphonie mobile et de Autostrada Telecom, active dans le marché de la capacité de transmission); YLE/TDF/Digita/JV, décision de la Commission CE du 26 juin 2001 dans l'affaire M.2300 (cession de l'activité de TDF/Telemast dans le marché de la transmission terrestre et de la distribution de services de télécommunications pour des programmes de radio); France Telecom/Orange, décision de la Commission CE du 11 août 2000 dans l'affaire M.2016 (cession des activités d'Orange dans le marché Belge de téléphonie mobile); Vodafone Airtouch/Mannesmann, décision de la Commission CE du 12 avril 2000 dans l'affaire M.1795 (cession de Orange, active dans le secteur de la téléphonie mobile); Telia/Telenor, décision de la Commission CE du 13 octobre 1999 dans l'affaire M.1439 (opération retirée par les parties); Vodafone/Airtouch, décision de la Commission CE du 21 mai 1999 dans l'affaire M.1430 (cession de participation dans E-Plus, active dans le secteur de téléphonie mobile en Allemagne); BT/AT&T, décision de la Commission CE du 30 mars 1999 dans l'affaire JV.15 (cession de l'activité des services téléphoniques locaux, nationales et internationales de ACC); WorldCom/MCI, décision de la Commission CE du 8 juillet 1998 dans l'affaire M.1069 (cession de l'activité Internet de MCI); British Telecom/MCI(II), décision de la Commission CE du 14 mai 1997 dans l'affaire M.856 (cession de l'activité audioconférence de MCI au Royaume-Uni).

62 Décision WorldCom/MCI, supra note 61, § 135; Communiqué de presse du Department of Justice (DOJ), «Justice Department Clears WorldCom/MCI Merger After MCI Agrees to Sell its Internet Business», du 15 juillet 1998. La Commission se réfère au marché de la fourniture de connectivité Internet du plus haut niveau (top-level ISP), ce qui correspond à Internet backbone market, le marché de fourniture de services de haut niveau aux FSI.

63 Les autres opérateurs sont AT&T, GTE et Sprint.

Les ARN jouissent également d'un pouvoir discrétionnaire important; toutefois, à la différence des autorités de la concurrence, elles ne peuvent, en principe, choisir que parmi les obligations maximales prévues dans les directives⁵⁹.

2. Principales mesures correctives appliquées

Les mesures présentées dans cette section n'ont aucun caractère exhaustif; il s'agit en effet d'adapter chaque fois la charge ou la condition administrative à l'objectif recherché. Elles illustrent cependant bien l'importance du réseau et de l'accès à celui-ci. Cet élément est déjà central dans les règles sectorielles ex ante⁶⁰.

A. Désinvestissement

Le désinvestissement porte sur la vente d'une partie des opérations, divisions ou filiales d'une entreprise. Il tend en particulier à diminuer le pouvoir de marché en réduisant ou éliminant le chevauchement des parts de marché; la cession de parts de marché contribue en outre à la création d'un «concurrent de remplacement» capable de sauvegarder l'état de concurrence qui prévalait avant la concentration. Le désinvestissement peut par ailleurs contribuer à éliminer une intégration verticale qui pourrait être à l'origine de problèmes d'exclusion. Le désinvestissement est la mesure la plus utilisée pour éliminer les effets négatifs des opérations de concentration dans le secteur des télécommunications⁶¹.

Le désinvestissement le plus important est sans doute celui de la cession des activités Internet de MCI dans la fusion entre WorldCom et MCI. L'opération envisagée résultait dans la création d'une position dominante sur le marché de la fourniture de connectivité Internet du plus haut niveau ou «universelle»⁶². Dans ce marché WorldCom et MCI étaient deux des cinq plus grands opérateurs⁶³; dans le cas de l'Internet le chevauchement des parts de marchés a des conséquences plus problématiques pour la concurrence à cause de l'effet de réseau. Celui-ci est caractéristique des marchés où la valeur que le consommateur attache à un produit ou à un service augmente avec le nombre de personnes qui utilisent le même produit ou un produit

complémentaire⁶⁴. Ainsi, l'effet de réseau crée des économies d'échelle du côté de la demande. Plus le réseau devient important, plus l'entreprise aura la possibilité d'exercer son pouvoir de marché sur les petits réseaux et les fournisseurs de services Internet (FSI). Comme les clients finaux ont intérêt à avoir une connectivité qui couvre le plus de réseaux possibles (la plus grande partie de l'Internet), une baisse de la qualité de la connexion des petits réseaux incitera leurs clients à changer et/ou les nouveaux clients à se connecter au plus grand réseau, «contribuant» de la sorte au renforcement de ce dernier – l'effet de réseau aide d'une certaine manière l'entité à devenir dominante. Ce réseau a de fortes chances ensuite de devenir le seul à fournir de la connectivité de haute niveau (tipping effect)⁶⁵.

L'importance de l'effet de réseau – la Commission CE se réfère à l'effet de réseau en l'appelant «effet boule de neige» – empêche l'entrée indépendante (sans acquisition) dans ce marché⁶⁶. En effet, le nouvel entrant ne peut pas bénéficier de l'effet de réseau, car il ne peut pas atteindre la taille nécessaire à cet effet; pour corriger l'effet anticoncurrentiel de cette concentration les autorités ont choisi de remplacer la perte de l'une des parties à la concentration par la création d'un concurrent viable dans ce marché à travers le désinvestissement des activités Internet de MCI (ci-après «activités iMCI»). Cette solution avait pour but de garder la parité entre les 'Internet backbone providers', en empêchant ainsi WorldCom/MCI d'accroître sa taille qui serait disproportionnée par rapport aux autres 'Internet backbone providers'. L'alternative était la réglementation de la connectivité des FSI dépendants et de l'interconnexion entre les réseaux de haut niveau, possibilité écartée par la Commission dans ce cas⁶⁷.

Le choix de la division à désinvestir est crucial. C'est ainsi que des tiers avaient émis des doutes quant à la cession des activités iMCI⁶⁸ à Cable & Wireless, car celles-ci étaient fortement intégrées à MCI, contrairement aux activités de UUNet, filiale de WorldCom fournissant des services dans le même secteur. Ces craintes n'ont pas tardé à se réaliser⁶⁹. Les difficultés rencontrées lors du désinvestissement des activités iM-

CI ont été prises en compte lors de l'examen de la fusion MCI WorldCom/Sprint⁷⁰. En analysant la position des concurrents, la Commission CE constate que: «*This network [of Cable & Wireless] is the result of the divestment of the MCI Internet network in 1998. Its internal traffic relative share has decreased since the divestiture and its market position has degraded. The reasons for that degradation are probably multiple but include the perception by the market place that the transfer was not entirely complete and that the service offering had been degraded.*»⁷¹

Dans l'appréciation de l'engagement des parties à céder les activités Internet de Sprint, la Commission CE est restée très prudente, considérant en particulier que la cession de ces activités ne pourrait pas remplacer immédiatement la perte de Sprint comme concurrent direct de MCI WorldCom sur le marché de fourniture de connectivité de haut niveau. Ces deux affaires montrent qu'après avoir exclu la réglementation de l'accès au réseau de haut niveau, le choix est limité à procéder à un désinvestissement ou à interdire purement et simplement la concentration. Cette dernière possibilité est la seule qui entre en ligne de compte lorsque les autres solutions ne sont pas capables d'éliminer les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration.

Un désinvestissement peut aussi empêcher l'apparition d'un effet de coordination suite à une concentration d'entreprises même lorsque la part de marché attachée à l'activité vendue est modeste. Ainsi, le désinvest-

64 D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 3ème édition, Massachusetts (Addison-Wesley) 2000, p. 374 ss.

65 Un tel scénario a été développé et étudié par J. Crémer, P. Rey, J. Tirole, *Connectivity in the commercial Internet*, *The Journal of Industrial Economics*, 2000 XLVIII(4), p. 433-472, qui ont conseillé GTE – concurrent direct de WorldCom et MCI – dans l'affaire WorldCom/MCI.

66 Décision WorldCom/MCI, supra note 61, §§ 129 ss.

67 Idem, § 139 s.

68 Idem, § 139.

69 La Commission CE avait estimé la période d'intégration des actifs de iMCI à deux ans. Toutefois, dans l'affaire MCI WorldCom/Sprint, décision du 28 juin 2000 dans l'affaire M.1741, §§ 390 et § 408, elle a constaté que cette estimation était très optimiste; en réalité la période pouvait être étendue à quatre ans.

70 IP/00/668 du 20 juin 2000: «Dans son appréciation des possibilités de réalisation de la cession [des activités internet de Sprint], la Commission a également tenu compte des points soulevés par Cable & Wireless après son rachat d'Internet MCI.»

71 Décision MCI WorldCom/Sprint, supra note 69, § 134.

tissement a été utilisé avec succès lors de l'opération France Telecom/Orange⁷², même si la part de marché de l'entité cédée était de 5%. L'opération affectait le marché de la téléphonie mobile en Belgique, où seuls trois opérateurs sont actifs. La cession de KPN Orange Belgium, filiale d'Orange, permettait d'éviter le passage de trois à deux opérateurs, ce qui aurait facilité un comportement parallèle dans ce marché⁷³. La mesure visait à maintenir un opérateur qui, jusqu'à l'opération, avait déstabilisé le comportement coordonné des anciens opérateurs dans le marché belge et qui, s'il restait indépendant de France Telecom/Mobistar et de Proximus, pourrait dans le futur jouer le même rôle.

Dans les marchés de télécommunication détenus auparavant par les opérateurs historiques, le désinvestissement du chevauchement horizontal peut ne pas être suffisant pour garantir les conditions de concurrence. Dans l'affaire Telia/Telenor⁷⁴, le désinvestissement des activités d'une des parties ne pouvait pas résoudre les effets négatifs du renforcement d'une position dominante dans le marché de la téléphonie fixe, car le cadre réglementaire en Suède et en Norvège n'ouvrait pas l'accès à la boucle locale aux tiers. L'absence de la possibilité d'avoir un accès à la boucle locale consti-

tuait une barrière importante à l'entrée pour les nouveaux arrivants; en l'absence d'un tel accès, les nouveaux arrivants avaient un choix limité: ils devaient ou bien construire un nouveau réseau – ce qui demandait des investissements importants – ou bien louer des lignes ou encore utiliser des services d'accès commuté – mesures qui demandaient aussi l'utilisation de la boucle locale⁷⁵. Ainsi, en plus du désinvestissement, les parties s'étaient engagées à ouvrir l'accès à leur boucle locale aux tiers, sur une base non discriminatoire. Le dégroupage de la boucle locale permettait en effet aux autres opérateurs d'établir une relation directe avec les consommateurs, ce qui augmentait la concurrence par rapport aux opérateurs existants⁷⁶. Le nouveau cadre réglementaire prévoit désormais la possibilité d'imposer aux opérateurs en position dominante d'accorder à des tiers l'accès dégroupé à la boucle locale⁷⁷.

B. Garantie d'accès

La garantie d'accès est une mesure utilisée largement par les autorités de concurrence et réglementaires. Son caractère structurel ou comportemental n'est pas bien établi, car si elle agit sur la structure du marché en diminuant les barrières à l'entrée, elle comporte aussi un engagement pour les entreprises de donner accès à une infrastructure pour une longue durée.

Les autorités de la concurrence utilisent cette mesure pour éliminer les effets négatifs d'un abus de position dominante sous la forme de refus de contracter ou d'une opération de concentration. Dans le premier cas il s'agit de l'application de la théorie des facilités ou installations essentielles (essential facilities), qui soumet l'octroi d'accès à des conditions strictes⁷⁸. La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a eu l'occasion de poser les principes de cette théorie dans l'affaire Oscar Bronner, où cette juridiction a conclu que pour avoir accès à un système de portage à domicile, il faudrait: «*non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce*

72 Décision France Telecom/Orange, supra note 61. L'origine de cette opération est le désinvestissement d'Orange imposé à Vodafone Airtouch dans l'affaire Vodafone Airtouch/Mannesmann (supra note 61).

73 Avant l'entrée de KPN Orange Belgium en 1999, Proximus, contrôlée par France Telecom, et Mobistar étaient les seuls opérateurs en Belgique; pendant quatre ans, l'évolution et la tendance des prix des deux sociétés étaient les mêmes et elles pratiquaient une politique de transparence sur les prix. Après l'entrée de KPN Orange Belgium, Proximus et Mobistar ont réduit les prix de 33 à 50%. Le comportement de KPN Orange Belgium, même avec une part de marché de 5%, a mis fin à la politique des prix collusifs des deux autres opérateurs.

74 Décision de la Commission CE du 13 octobre 1999 dans l'affaire M.1439, Telia/Telenor, opération retirée par les parties. Cette affaire est d'une importance particulière, car elle annonce les principes directeurs pour la délimitation de différents marchés de télécommunication.

75 Idem, § 130 ss.

76 Idem, § 390 ss.

77 Art. 12 de la directive «accès», supra note 29. Voir en outre la Communication de la Commission sur le dégroupage de l'accès à la boucle locale (supra note 26).

78 Voir sur la notion OCDE, The essential facilities concept, Roundtables n° 5, document OCDE/GD(96)113, disponible sur l'adresse Internet <http://www1.oecd.org/daf/clp/roundtables/ess02.htm>; Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications: cadre général, marchés en cause et principes, JO-CE 1998 C 265 p. 2, considérants 87 ss.

sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile.»⁷⁹

Appliquées au secteur des télécommunications, les conditions pour fonder une demande de fourniture d'accès en vertu de la théorie des installations essentielles sont les suivantes:

- l'accès à l'infrastructure en question est essentiel pour l'exercice de la concurrence;
- la capacité disponible est suffisante pour fournir l'accès;
- l'entreprise qui est propriétaire de l'infrastructure ne parvient pas à satisfaire la demande pour un service ou un produit existant, empêche la création de nouveaux produits ou services, ou entrave la concurrence sur un marché de produits ou de services potentiel ou existant;
- l'entreprise qui sollicite l'accès est disposée à payer une redevance et accepter toute condition d'accès non discriminatoires;
- il n'existe pas de raison objective de refuser l'accès.⁸⁰

Les obligations **réglementaires** vont au-delà de l'application de l'art. 82 CE ou de l'art. 7 LCart et de la théorie des installations essentielles, où une obligation de contracter avec de nouveaux clients ne peut être imposée à une entreprise en position dominante que si elle possède une installation essentielle (i.e. une installation pour laquelle il n'existe aucun substitut réel ou potentiel). En effet, l'obligation de contracter est une exception au principe général de la liberté contractuelle, principe qui découle de la liberté économique⁸¹; en outre, l'obligation de contracter peut entrer en conflit avec le droit de chaque entreprise de tirer profit et de disposer librement de sa propriété (du réseau), droit également reconnu dans les systèmes juridiques des pays membres et de la Suisse. Une autre considération économique entre en jeu: lorsque d'autres concurrents peuvent utiliser des installations construites et maintenues par un opérateur, l'accès obligatoire ne doit pas diminuer la motivation de ce dernier d'investir dans le développement et l'innovation du réseau. Ces raisons expliquent la retenue des autorités de la

concurrence lorsqu'elles doivent ordonner un devoir de contracter.

Dans la **réglementation sectorielle**, l'obligation de fourniture d'accès est indépendante de l'existence d'une installation ou infrastructure essentielle. Un opérateur de réseau peut en effet se trouver en position dominante en dépit de l'existence de réseaux concurrents⁸². Le nouveau cadre réglementaire européen prend cependant en compte les intérêts du propriétaire du réseau: ainsi, les ARN doivent peser l'intérêt du propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et celui des autres fournisseurs de services d'avoir accès à des infrastructures indispensables; une demande d'accès ne devrait néanmoins être rejetée que sur la base de critères objectifs, comme la faisabilité technique ou la nécessité de préserver l'intégrité du réseau⁸³.

Les opérateurs qui ont l'obligation d'octroyer l'accès doivent assurer également l'ouverture des interfaces techniques, ce qui garantit **l'interopérabilité**, un objectif important du nouveau cadre réglementaire⁸⁴: il s'agit d'un mécanisme indispensable à la mise en place et au développement d'un réseau transeuropéen et à la libre cir-

79 Arrêt de la CJCE du 26 novembre 1998 dans l'affaire Oscar Bronner c. Mediaprint, RJCE 1998 I 7791, § 41 (souligné par les auteurs). Le plaignant a demandé de faire une analogie avec l'affaire Magill, où la Commission ordonnait à RTE et ITP l'octroi de licences obligatoires. Les licences obligatoires imposées dans le cas d'abus au sens de l'art. 82 CE sont exceptionnelles en pratique. Un tel cas était Magill, où la CJCE a confirmé la décision de la Commission CE (et celle du TPICE du 10 juillet 1991 dans les affaires jointes T-69/89 et T-76/89, Magill, RJCE 1991 II 485 ss). Cette mesure a été prise pour mettre fin au refus par RTE et ITP de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur, pratique qualifiée d'abus par la Commission CE (arrêt du CJCE du 6 avril 1995 dans les affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, RTE et ITP c. Commission CE – Magill, RJCE 1995 I 743 ss).

80 Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications: cadre général, marchés en cause et principes, JOCE 1998 C 265, p. 2, considérant 93.

81 Art. 27 Constitution fédérale; en droit communautaire, un tel droit est dérivé par les juridictions communautaires lorsque la majorité des pays le reconnaît, ce qui est le cas pour la liberté économique (ou du commerce). Voir Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 28 mai 1998 dans l'affaire C-7/97, Oscar Bronner c. Mediaprint, RJCE 1998 I 7791.

82 Lignes directrices, considérant 81, supra note 82.

83 Directive «accès», considérant 19, supra note 29.

84 Directive «accès», considérant 9, supra note 29; selon l'art. 12 lit. e de cette directive, les opérateurs peuvent se voir imposer «d'accorder un accès ouvert aux interfaces techniques, protocoles ou autres technologies clés qui revêtent une importance essentielle pour l'interopérabilité des services ou des services de réseaux virtuels». Voir également l'art. 18 de la directive «cadre», supra note 27.

culution de l'information. Les autorités de concurrence ont également un intérêt marqué pour les mesures qui permettent d'assurer l'interopérabilité. Ainsi, dans l'affaire BSKyB/KirchPayTV la Commission CE a accepté les engagements de Kirch d'ouvrir l'accès, d'une part, à sa plateforme technique, qui inclut les décodeurs d-box, et, d'autre part, au système de contrôle d'accès⁸⁵. Pour cela, Kirch s'est engagé à incorporer l'interface d'application de programmes (API), standardisée et acceptée par le DVB dans le décodeur d-box pour assurer l'interopérabilité⁸⁶. Kirch acceptait en plus d'octroyer des licences de production pour les décodeurs d-box et de ne pas empêcher ces producteurs d'incorporer dans les décodeurs produits le système de contrôle d'accès d'une autre partie⁸⁷. Les mesures proposées avaient pour effet de diminuer les barrières à l'entrée dans le marché de la télévision payante et d'empêcher KirchPayTV de se servir de sa position dominante dans ce marché pour occuper une fonction de leader dans le marché des services pour la télévision digitale interactive (effet de levier)⁸⁸.

C. Non-discrimination

Tant l'art. 82 CE que l'art. 7 LCart sanctionnent – comme un abus de position dominante – la discrimination des partenaires commerciaux, lorsque celle-ci est dénuée de justification objective (par exemple sur les tarifs appliqués, l'accès technique, les délais, la qualité de la connexion).

La non-discrimination est le principe directeur de la réglementation de l'accès: les entreprises désignées comme puissantes sur le

marché ne doivent pas refuser l'accès pour des motifs non objectifs ou l'octroyer sous des conditions discriminatoires. Cette exigence demande une surveillance continue de l'application de l'obligation d'octroi d'accès, notamment par des mesures qui permettent de mettre en évidence les cas de discrimination, qu'il s'agisse du prix de la connexion ou de qualité du service offert. L'obligation réglementaire de non-discrimination prévue par le nouveau cadre réglementaire exprime les mêmes exigences qu'en droit de la concurrence: «Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires.»⁸⁹

En droit de la concurrence, les engagements de Vodafone Airtouch⁹⁰ donnent un exemple très complet d'un engagement de non-discrimination. Suite à l'acquisition de Mannesmann par Vodafone Airtouch, la nouvelle entité détient une position dominante dans le marché de la fourniture de services paneuropéens sans rupture (seamless). Cette entité a le contrôle unique ou conjoint d'opérateurs de téléphonie mobile dans onze Etats membres⁹¹; elle détient de cette façon une position unique pour construire et exploiter un réseau intégré dans le marché communautaire, ce qui lui permet d'offrir des services avancés de télécommunication sans rupture sur une base paneuropéenne. Les autres opérateurs concurrents ne peuvent pas offrir de tels services, à cause de la segmentation de leurs réseaux⁹². Pour empêcher la création d'une position dominante dans ce marché, les parties à l'opération se sont engagées à offrir aux tiers, d'une manière non discriminatoire, des arrangements d'itinérance et de vente en gros de services de télécommunication⁹³.

Cette mesure de garantie d'accès permettait aux autres opérateurs d'offrir les mêmes services que l'entité nouvelle et à des tarifs susceptibles de créer une situation de concurrence. Ainsi, l'engagement de ne pas pratiquer de pression sur les marges bénéficiaires des opérateurs tiers (margin squeezing) vise à empêcher l'entité

85 Décision de la Commission CE du 21 mars 2000 dans l'affaire COMP/JV.37, BSKyB/KirchPayTV. Pour favoriser l'interopérabilité, l'accès à des spécifications techniques a été utilisé également dans l'affaire Vodafone Airtouch/Mannesmann, supra note 61 (accès au standards et aux informations techniques).

86 Idem, point 5 (a) de l'Annexe (DVB «Digital Video Broadcasting Group»).

87 Idem, point 9 (a) de l'Annexe.

88 Idem, § 94. Le marché des services pour la télévision digitale interactive n'existait pas encore en Allemagne. Les offreurs de ces services mettront une plateforme à disposition des fournisseurs de contenu qui désirent offrir leur biens et services à travers la télévision digitale interactive (idem, §§ 30 ss). Ce marché est conçu comme complémentaire au marché de la télévision payante.

89 Directive «accès», art. 9 al. 2, supra note 29.

90 Décision Vodafone Airtouch/Mannesmann, supra note 61.

91 Idem, § 33.

92 Idem, §§ 42 s.

93 Idem, § 69.

nouvelle d'offrir les services promis à des tarifs qui ne donneraient pas aux autres opérateurs une marge suffisante pour rester dans le marché. Cette mesure comportementale est très proche des obligations réglementaires d'alignement des tarifs sur les coûts. Pour être effective, la promesse de ne pas discriminer est accompagnée de la publication d'un contrat-type de services d'itinérance, de la publication des principes comptables applicables et des spécifications techniques de la qualité de l'offre; ce qui rend cet engagement très transparent⁹⁴.

D. Contrôle des prix

Le contrôle des prix peut devenir nécessaire lorsque les conditions du marché ne sont pas celles d'une concurrence effective. Le contrôle des prix est une mesure hautement réglementaire; pour assurer une certaine efficacité à la mesure, les ARN peuvent prévoir un contrôle ex ante. L'art. 13 de la directive «accès» permet aux ARN d'imposer des obligations liées au contrôle des prix et d'exiger des entreprises leur adaptation, «lorsque l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals». Ainsi, ce système de contrôle des prix, pour la fourniture d'interconnexion et/ou d'accès, peut intervenir lorsqu'une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante et, comme en droit de la concurrence, vise à empêcher les prix excessifs et les prix prédateurs⁹⁵. L'art. 17 de la directive «service universel» permet aux Etats membres d'exiger des entreprises puissantes sur le marché de ne pas pratiquer de prix excessifs ou des prix d'éviction⁹⁶. Bien que, à la différence du droit de la concurrence, ces obligations peuvent intervenir ex ante, l'objectif se rapproche des buts poursuivis en droit de la concurrence. Relevons cependant qu'en pratique, l'autorité de la concurrence s'intéresse aux excès d'une certaine ampleur, alors que le régulateur, en raison des moyens mis à sa disposition, pourra procéder à une analyse plus fine. Le régulateur devra aussi considérer les risques qu'entraîne une telle intervention pour les investissements et l'état des réseaux à long terme et veiller à ce que les mécanismes de l'orientation des prix en

fonction des coûts «visent à promouvoir l'efficacité économique»⁹⁷.

E. Séparations comptable et juridique

Les règles sur la **séparation comptable** sont utilisées tant par les autorités réglementaires que par les autorités de la concurrence. Comme nous l'avons déjà relevé, la garantie d'accès est liée étroitement à la non-discrimination et au contrôle des prix. La détermination des composantes des coûts pour les différents services qui entrent en ligne de compte permet de fixer les tarifs appliqués aux autres opérateurs. Il est important que ces derniers, pour sauvegarder la capacité concurrentielle et leur viabilité, ne payent que pour les services qu'ils achètent et ne contribuent pas à financer les autres activités des offreurs. La séparation comptable contribue par ailleurs à accroître la transparence sur les coûts et les profits, en permettant ainsi de vérifier que les obligations de non-discrimination sont respectées⁹⁸. Il s'agit enfin d'avoir un instrument permettant de détecter d'éventuelles pratiques de subventions croisées abusives et, le cas échéant, de contrôler les prix eux-mêmes lorsque cela s'avère nécessaire. Ainsi, la directive «cadre» permet aux Etats membres de demander aux entreprises qui fournissent des réseaux de communications publiques ou des services de communication accessibles au public «de tenir une comptabilité séparée pour les activités liées à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques, de la même façon que si ces activités étaient entreprises par des sociétés juridiquement indépendantes, de manière à identifier, avec la base de leurs calculs et le détail des méthodes d'imputation appliquées, tous les éléments de dé-

94 Pour sa part, l'art. 9 de la directive «accès», supra note 29, prévoit que «lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations de non-discrimination, les autorités réglementaires nationales peuvent lui imposer de publier une offre de référence, qui soit suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé, comprenant une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris des prix.»

95 Art. 82 lit. a du traité CE; art. 7 al. 2 lit. c et d LCart.

96 Cette directive (supra note 30) a pour objectif d'assurer pour les utilisateurs un ensemble de services minimal, de qualité déterminé et d'un prix abordable. Du point de vue du consommateur, le caractère abordable des prix est lié à sa capacité de surveiller et de maîtriser ses dépenses (voir considérant 10).

97 Art. 13 al. 2 de la directive «accès», supra note 29.

98 Directive «accès», considérants 18 ss, supra note 29.

penses et de recettes liés à leurs activités associées à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques.»⁹⁹

La séparation comptable a aussi été utilisée comme une mesure accompagnatrice d'engagements de non-discrimination dans plusieurs affaires en droit de la concurrence¹⁰⁰.

La **séparation juridique** est utilisée pour les mêmes raisons que la séparation comptable¹⁰¹: lorsque les activités de fourniture

de réseaux et les services de télécommunication sont séparées en deux sociétés juridiquement indépendantes, la comptabilité est automatiquement tenue de manière distincte. Cette situation favorise par ailleurs une comptabilisation détaillée des coûts. La séparation juridique donne plus d'assurances que la séparation comptable: cette séparation conduit à une plus grande transparence des actifs, des coûts et de la rentabilité des entités¹⁰².

La séparation juridique a été utilisée comme mesure correctrice dans l'opération de concentration entre Telia et Sonera¹⁰³ pour contrôler le respect des obligations légales concernant les tarifs orientés en fonction des coûts imposés aux deux opérateurs historiques en Finlande et en Suède. Les parties se sont engagées à instaurer une séparation juridique, d'une part, entre leurs réseaux fixes et mobiles et, d'autre part, entre leurs réseaux et les services (de détail) dans leurs activités respectives¹⁰⁴. Cette séparation légale visait à accroître la transparence dans la fixation des tarifs par les opérateurs, réduisant ainsi le risque d'éviction, y compris par l'augmentation des coûts des autres opérateurs de téléphonie fixe et mobile.

Christian Bovet est membre de la Commission fédérale de la communication (ComCom). Les opinions exprimées dans le présent article appartiennent aux auteurs seuls et ne reflètent pas nécessairement la position de cette autorité.

99 Art. 13 al. 1 lit. a) de la directive «cadre», supra note 27. Voir également l'art. 11 de la directive «accès», supra note 29.

100 La séparation comptable ou des mesures relatives au principe de comptabilité ont été utilisées dans les affaires suivantes: Vodafone Airtouch/Mannesmann et Telia/Sonera (supra note 61); Atlas, décision de la Commission du 17 juillet 1996 dans l'affaire IV/35.337, JOCE 1996 L 239 p. 23; Phoenix/GlobalOne, décision de la Commission du 17 juillet 1996 dans l'affaire IV/35.617, JOCE 1996 L 239 p. 57.

101 Voir l'art. 13 al. 1 lit. b) de la directive «cadre», supra note 27, où la séparation structurelle est prévue comme une mesure alternative à la séparation comptable.

102 Voir également la directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, JOCE 1999 L 175 p. 39, art. 1: «Chaque Etat membre veille à ce que tout organisme de télécommunications ne fasse pas appel, pour l'exploitation de son réseau câblé de télévision, à la même entité juridique que pour son réseau public de télécommunications lorsque l'organisme en question: a) est contrôlé par cet Etat membre ou bénéficie de droits spéciaux; b) détient une position dominante dans une partie substantielle du marché commun pour fourniture de réseaux de télécommunications publics et de services publics de téléphonie vocale et c) exploite un réseau câblé de télévision établi en vertu de droits spéciaux ou exclusifs dans la même zone géographique.»

103 Décision Telia/Sonera, supra note 61.

104 Idem, § 135 ss.

LE JUGEMENT
DAS URTEIL

Exemplarische Berichterstattung über Missstände

Bundesgerichtsentscheid vom 15. Mai 2002 (5C.31/2002)

Berichtet ein (Print-)Medium über Missstände, die in einer bestimmten Branche herrschen, und illustriert es diese anhand eines konkreten Beispiels, hat es dafür zu sorgen, dass nicht der Eindruck entsteht, der aufgezeigte Missstand bestehe nur bei diesem.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der «Beobachter» veröffentlichte auf der Frontseite seiner Nummer vom 21. Februar 1992 die Schlagzeile «HEIM-AFFÄRE: Die Not der Alten». Im Editorial mit der Überschrift «Anstössig» wird auf die Titelgeschichte hingewiesen und unter anderem erläutert, es gehe um jene alten Menschen, «die in fragwürdig geführten Altersheimen vor sich hin kümmern müssen». Im Inhaltsverzeichnis figurier- te die Titelgeschichte «Die Not der Alten» mit der Zusammenfassung: «Dramatische Ereignisse rund um die Einweisung einer todkranken Frau, Personal ohne Fachausbildung, ungeeignetes Essen – Vorwürfe an die Adresse des Alters- und Pflegeheims «SenioRigi» in Brunnen SZ. Mit dem «zweiten Zuhause» ist es nicht weit her. Auch aus den Reihen des Personals kommt massive Kritik. Der Fall zeigt einmal mehr, wie akut hierzulande der Pflegenotstand ist.» Der Artikel mit dem Titel «Pflegenotstand in der Schweiz «Die Würde der alten Leute wird verletzt?»», wirft dem Pflegeheim «SenioRigi» anhand von Beispielen im Wesentlichen vor, die Heimbewohner in medizinischer und menschlicher Hinsicht mangelhaft zu betreuen, und macht dafür einen ausserordentlichen Personalwechsel, zu wenig und unqualifiziertes Personal und damit verbunden ein schlechtes Arbeitsklima verantwortlich. Des Weiteren wird ein ungenügendes Preis-Leistungs-Verhältnis, veranschaulicht an der Sparsamkeit bei der Verpflegung der Heimbewohner, und unzureichende Kontrolle der Behörden, unterlaufen durch Fehlinformationen der Heimleitung über den Personalbestand, moniert. In den Artikel sind drei Fotografien eingepasst, die «Exangestellte des «SenioRigi»», die «Behandlung von Betagten» und das «Altersheim «Zur Heuwaage» in Basel» zeigen, wobei in den Bildlegenden einzelne Behauptungen aus dem Text wiederholt sind. Der Artikel schliesst mit einem Abschnitt unter der Überschrift «Der steile Aufstieg des Clovis Défago». Darin wird zunächst der Wandel vom Familienbetrieb Défago zur CD-Holding AG, umfassend vier Aktiengesellschaften, die insgesamt neun Alters- und Pflegeheime kontrollieren, geschildert, sodann das Beispiel des Alters-

und Pflegeheims «Zur Heuwaage» in Basel hervorgehoben, das in Konkurs gegangen war mit der Folge, dass die Pensionäre verlegt und das Personal entlassen werden musste.

Durch die Presseäusserung sahen sich Clovis Défago, Inhaber und Verwaltungsratspräsident der CD-Holding AG und Verwaltungsratspräsident der SenioRigi AG, die CD-Holding AG, Alleinaktionärin der SenioRigi AG, und die SenioRigi AG, Betreiberin des gleichnamigen Alters- und Pflegeheims, in ihrer Persönlichkeit unmittelbar betroffen und widerrechtlich verletzt. Sie verlangten eine Gegendarstellung, die in der Ausgabe Nr. 8 vom 17. April 1992 der Zeitschrift veröffentlicht wurde, und erhoben gegen die Curti Medien AG, Herausgeberin der Zeitschrift «Beobachter», sowie gegen die beiden Redaktoren Klage wegen u.a. Persönlichkeitsverletzung.

Das Bezirksgericht Neutoggenburg hiess mit Urteil vom 23. Mai 1995 das Feststellungs- und Schadenersatzbegehren teilweise gut und ordnete die Publikation des Urteils auf Kosten der Beklagten an, wies hingegen den klägerischen Antrag um Veröffentlichung eines berichtigenden Textes ab. Das Kantonsgericht St. Gallen taxierte nur noch wenige Textstellen als persönlichkeitsverletzend und wies alle übrigen Begehren ab (Urteil vom 4. März 1997). Auf Berufung der Kläger hin hob das Bundesgericht das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen auf und wies die Sache zur Aktenergänzung und zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurück.

Gegen dieses Urteil legten die Kläger beim Bundesgericht Berufung ein u.a. mit dem Antrag der Feststellung der Persönlichkeitsverletzung der folgenden Textstellen:

- 1) «Heimaffäre: Die Not der Alten» (Titelseite).
- 2) «Meine Redaktionskollegen Hans Caprez und Fredi Lüthin haben sich in dieser Titelgeschichte dem Thema «alte Menschen» zugewandt; jenen (...) die in fragwürdig geführten Altersheimen vor sich hin kümmern müssen» (Editorial S. 3).
- 3) «Dramatische Ereignisse rund um die Einweisung einer todkranken Frau, Personal ohne Fachausbildung –

Im Übrigen hat das Kantonsgericht die Texte Nrn. 3 und 4 für unbedenklich gehalten und erwogen, es sei auf den allgemeinen Pflegenotstand in der Schweiz aufmerksam gemacht worden, ohne dass der Eindruck entstanden sei, nur das «SenioRigi» sei bedenklich. So gehe aus dem Artikel klar hervor, dass es nicht am Pflegeheim lag, wenn die alte und auf den Tod kranke Frau dorthin statt in ein Spital transportiert worden war. Es trifft allerdings zu, dass die Schilderung, wie sich das Heim mit der Aufnahme der Patientin anstellte, den Eindruck von Inkompetenz hinterlässt. Die in diesem Kontext erhobene Rüge, die Vorwürfe des «Beobachters» hätten sich als unrichtig oder übertrieben herausgestellt, spiegelt sich indes nicht in den tatsächlichen Sachverhaltsfeststellungen und läuft auf eine unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung hinaus, auf die nicht einzutreten ist (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 127 III 257 E. 5b S. 264). Insoweit geht auch die Kritik ins Leere, die Episode mit der alten Frau bleibe zu Unrecht als Vorwurf am «SenioRigi» hängen.

c) Textstelle 8 (knappes und unqualifiziertes Personal): Die Vorinstanz hat die beanstandeten Äusserungen als wahr bezeichnet. Gemäss der eingeholten Expertise sei der Arbeitsmarkt für das Pflegepersonal in den Jahren 1989 bis 1991 und zum Teil auch noch 1992 angespannt gewesen. Der Experte habe den Ausländeranteil bei Pflegeberufen auf 25% geschätzt; bezüglich der Qualität habe er ausgeführt, im Kanton Schwyz sei der Anteil des Pflegepersonals am Gesamtpersonalbestand unterdurchschnittlich gewesen, dafür habe der Anteil der diplomierten Pflegekräfte über jenem der Vergleichskantone gelegen. Das Kantonsgericht hat weiter befunden, im «SenioRigi» sei die Lage insoweit besonders prekär gewesen, als sich die Heimleitung zur Kostenersparnis weitgehend auf die Einstellung unqualifizierten Personals beschränkt habe. Auch das Amt für Gesundheit und Soziales habe festgestellt, dass zu wenig fachlich ausgebildetes Personal zur Verfügung stehe und es überdies zu Verständigungsproblemen gekommen sei, weil zwei Drittel des Personals ausländisch war.

Was die Kläger dagegen vorbringen, richtet sich teilweise gegen die verbindlichen kantonalen Sachverhaltsfeststellungen (Art. 63 Abs. 2 OG) und ist im Übrigen nicht geeignet, eine Bundesrechtsverletzung darzutun. Aus dem beanstandeten Text geht hervor, dass es ganz allgemein schwierig war, genügend und geeignetes Personal zu finden. Dadurch wird die Aussage, dass das «SenioRigi» aus Kostengründen zu wenig und weitgehend unqualifiziertes Personal angestellt hat, nicht rechtswidrig. Wer auf dem Gesundheitsmarkt gewerbmässig Leistungen anbietet, muss die erforderliche Qualität erbringen. Bei Leistungsdefiziten kann sich ein Anbieter nicht auf den ausgetrockneten Arbeitsmarkt berufen, denn niemand zwingt (private) im Pflegesektor tätige Institutionen, mehr Personen zur Pflege aufzunehmen, als die vorhandene Infrastruktur und der Personalbestand erlauben.

d) Textstelle 9 (Bespitzelung der Mitarbeiter): Der Aus-

druck «Bespitzelung» ist nach dem ersten Urteil des Bundesgerichts gerechtfertigt. Das Kantonsgericht hat befunden, auf Grund der Beweise könne auch die Aussage des «christlich geführten Heims» als wahr gelten.

Im Kontext richtet sich der Bespitzelungsvorwurf implizit an den Heimleiter Sackmann, der seine christliche Gesinnung offenbar auch in den Arbeitsalltag eingebracht hat. Der Vorwurf der Bespitzelung, die sich mit dem christlich geführten Heim schlecht vertrage, bleibt damit nicht einfach an den Mitarbeitern hängen und es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern diese unnötig in ihrem Glauben verletzt worden sein sollen. Allerdings wäre die mit dem Hinweis auf das christlich geführte Heim verbundene Anspielung auf das Auseinanderklaffen von Anspruch und Wirklichkeit allein um der sachlichen Information der Leserschaft willen entbehrlich gewesen. Damit sollte wohl dem Bespitzelungsvorwurf eine auf die Unterhaltung der Leser zielende Pointe aufgesetzt werden, über deren Geschmack man geteilter Meinung sein kann. Indes wurde der zulässige Hinweis auf die Bespitzelungspraxis damit nicht unzulässig.

e) Textstelle 10 (schlechtes Arbeitsklima): Soweit die Kläger von einem nur temporären Problem sprechen, halten sie sich nicht an die verbindlichen Tatsachenfeststellungen; darauf ist nicht einzutreten (Art. 63 Abs. 2 OG). Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Arbeitsklima und die Personalführung offenkundig nur die Privatsphäre der Kläger berühren sollen.

Beim «SenioRigi» handelt es sich nicht um einen Betrieb, der irgendein Produkt herstellt, sondern um ein Pflegeheim. Die Pflege alter Menschen bedingt einen intensiven persönlichen Kontakt zwischen Pflegenden und Gepflegten, weshalb ein schlechtes Arbeitsklima und Führungsprobleme zwangsläufig direkt auf die Qualität der Pflegearbeit und damit der zu erbringenden Dienstleistung durchschlagen. Solange Betreuung und Pflege in Ordnung sind, mag die Auffassung angehen, das Arbeitsklima und die Art der Führung eines Betriebes seien dessen Privatsphäre zuzuordnen; diesfalls würde ja auch kein unmittelbarer Anlass zur Berichterstattung bestehen. Bieten sie indes Anlass zu berechtigter Kritik, ist es auf Grund des Zusammenhanges zwischen dem Arbeitsklima und der Qualität der angebotenen Dienstleistung legitim, auf diesbezügliche Mängel hinzuweisen.

f) Textstelle 14 (Aufstieg Défagos und Schliessung der «Heuwaage»): Das Kantonsgericht hat den Hinweis, dass im Heim «Heuwaage» in Basel früher ein Bordell betrieben worden ist, als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung gewertet. Dagegen ist es zum Schluss gelangt, die Empfehlung Défagos an die Angestellten, eine Insolvenzschiädigung zu verlangen, und die Schilderung der konkursbedingten Verlegung der Pensionäre in einer «Blitzaktion» seien wahr und es bestehe ein öffentliches Interesse an der Berichterstattung. Was die Kläger dagegen vortragen – an einer eigentlichen Auseinandersetzung mit den vorin-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

stanzlichen Erwägungen gebricht es - ist nicht geeignet, eine Bundesrechtsverletzung darzutun (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).

5.- Das Kantonsgericht hat das klägerische Begehren um Schadenersatz mit der Begründung abgewiesen, der gleiche Schaden wäre auch bei rechtmässigem Alternativverhalten (Verzicht auf die widerrechtlichen Passagen) entstanden. Zudem treffe die Kläger ein schweres, den Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden.

Die Kläger taxieren den «Beobachter»-Artikel als unlauter und leiten daraus ohne weitere Begründung einen Schadenersatzanspruch ab. Indes quantifizieren sie den Schaden nicht einmal ansatzweise und sie legen auch mit keinem Wort dar, inwiefern die Hauptbegründung des Kantonsgerichts, die persönlichkeitsverletzenden Textstellen seien für den Schaden in keiner Weise adäquat kausal, gegen Bundesrecht verstossen soll. Tatsächlich enthalten die rechtmässigen Textpassagen zum Teil massive Vorwürfe und sind für sich allein geeignet, potentielle Interessenten von einem Heimeintritt abzuhalten, und es lässt sich auch nicht sagen, der veröffentlichte Artikel hinterlasse einen wesentlich negativeren Eindruck als die Gesamtheit der rechtmässigen Texte. Eine Bundesrechtswidrigkeit der vorinstanzlichen Hauptbegründung ist deshalb nicht ersichtlich. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Eventualbegründung des Kantonsgerichts (Kausalität unterbrechendes Selbstverschulden der Kläger).

6.- Beim vorstehenden Ergebnis stösst die Kritik, die vom Kantonsgericht zugestandene Urteils publikation sei vom Umfang her ungenügend, ins Leere.

7.- Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (...). ■

ANMERKUNGEN:

In dem an dieser Stelle wiedergegebenen Entscheid geht es um einen Artikel in der Zeitschrift «Beobachter» über fragwürdig geführte Altersheime. Besonders attackiert wurde ein Alters- und Pflegeheim in Brunnen. Im insgesamt zehn Jahre dauernden Zivilprozess ging es um die Widerrechtlichkeit einer Mehrzahl von Äusserungen im Beobachter-Artikel. Einzelne Passagen wurden von den Gerichten als persönlichkeitsverletzend bewertet, andere waren nicht zu beanstanden. Im hier wiedergegebenen Entscheid ging es noch um sieben Passagen und um ein Schadenersatzbegehren in der Höhe von Fr. 200'000.-. Die Berufung wurde in Bezug auf diese offenen Restanzen abgewiesen. Auf Einzelheiten braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen zur **Zulässigkeit einer exemplifizierenden Kritik**, d.h. zur Frage, ob pars pro toto einzelne Institutionen herausgegriffen oder ob jeweils ein umfassender branchenbezogener Quervergleich erfolgen muss. Diese Thematik ist vom Bundesgericht bereits im Contra-Schmerz-Entscheid (BGE 124 III 72) angesprochen worden. Des weiteren sind die Ausführungen des Bundesgerichts über das öffentliche Interesse an der Berichterstattung über den Pflegesektor und zur Rechtsfigur der Person der Zeitgeschichte von Belang.

Im **Contra-Schmerz-Fall** führte das Bundesgericht aus, es sei irreführend und daher unlauter, wenn bei einer exemplifizieren-

den Kritik bei den Adressaten der falsche Eindruck erweckt werde, die negative Eigenschaft eines Produktes sei ein spezifisches Merkmal dieser Ware, obwohl es sich um eine gemeinsame Eigenschaft einer Gruppe von Produkten handle. Das Schweizer Fernsehen wurde gestützt auf dieses Urteil zu einer Schadenersatzzahlung von Fr. 480'000.- verurteilt. Kritiker führten aus, Wirtschaftskritik werde sehr erschwert, wenn das verbreitete Stilmittel des pars pro toto indirekt verboten und indifferenziert verlangt werden sollte, bei jeder Bemängelung eines Produkts stets auch alle vergleichbaren Erzeugnisse miteinzubeziehen. Dieses Problem bestand auch nach der Abweisung der Beschwerde des Schweizer Fernsehen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung von Art. 10 EMRK (Entscheid vom 1.5.2001 Nr. 43524/98, *medialex* 2001, 101 ff.).

Der jetzt vorliegende Entscheid führt zu einer **erfreulichen Präzisierung und Einschränkung des Contra-Schmerz-Urteils**. Das Bundesgericht führte aus, der Begriff der unvollständigen Berichterstattung setze stillschweigend voraus, dass sie überhaupt vervollständigt werden bzw. vollständig sein könnte. Dies möge bei der relativ geringen Zahl marktdominierender Schmerzmittel, um die es im Contra-Schmerz-Entscheid ging, der Fall gewesen sein. Bei der Vielzahl von Pflegeheimen wäre jedoch ein umfassender Quervergleich, d.h. eine aufwendige Bestandesaufnahme in jedem einzelnen Heim, praktisch unmöglich, selbst wenn die verglichenen Anbieter geographisch eingegrenzt würden. Wenn nicht durch letztlich unerfüllbare Anforderungen die Berichterstattung über gewisse Themen von vornherein verunmöglicht werden sollte, müsse es genügen, dass der Eindruck unterbleibe, im betreffenden Bereich bestünden Missstände nur gerade im beispielhaft erwähnten Betrieb. Das war übrigens auch ein Kritikpunkt gegen das Contra-Schmerz-Urteil. Dort ging das Bundesgericht unbedarft davon aus, die geäusserte Kritik am Produkt Contra-Schmerz sei in diesem Sinn verstanden worden. In Tat und Wahrheit war jedoch höchst fraglich, ob das Publikum die geäusserte Kritik so empfand. Bei einer Visionierung der umstrittenen Sendung hatte man überhaupt nicht diesen Eindruck. Im vorliegenden Fall stellte jedoch das Bundesgericht mit der Vorinstanz aufgrund einer Gesamtwürdigung der beanstandeten Texte fest, es sei nicht der Eindruck entstanden, einzig im zur Diskussion stehenden Altersheim hätten unhaltbare Zustände geherrscht. Die Befürchtungen, die man gestützt auf das Contra-Schmerz-Urteil für den Fall der Verallgemeinerung der darin geäusserten Thesen haben musste, werden somit durch den vorliegenden Entscheid wesentlich relativiert. Eine exemplifizierende Berichterstattung ist grundsätzlich möglich. Ein umfassender Quervergleich ist höchstens diskutabel, wenn eine relative geringe Zahl von Produkten oder Institutionen kritisiert wird. In jedem Fall darf nicht der Eindruck entstehen, der kritisierte Mangel bestehe nur gerade in dem als Exempel gewählten Fall.

Was die Bedeutung von Altersheimen für die Gesellschaft anbetrifft, erwähnte das Gericht das eminente **öffentliche Interesse**, darüber informiert zu werden, wie die betreffenden Leistungserbringer ihre Aufgabe erfüllen. Wer im sensiblen Bereich der Pflege und Betreuung alter, vielfach relativ hilfloser Menschen tätig sei, könne sich nicht auf das Recht der «Normalsterblichen» berufen, nicht namentlich genannt zu werden. Es sei auch nicht erforderlich, dass es sich bei den kritisierten Verantwortlichen um sogenannte **absolute oder relative Personen der Zeitgeschichte** handle. Es lasse sich keine strikte Zuteilung zwischen diesen und solchen Personen vornehmen, die grundsätzlich immer ihre Privatsphäre geltend machen können. Vielmehr seien verschiedene Abstufungen denkbar und es sei jeweils zwischen den Interessen an der Berichterstattung und dem Anspruch des Betroffenen auf Privatsphäre abzuwägen. Es ist positiv zu bewerten, dass der Begriff der Person der Zeitgeschichte im geschilderten Sinn relativiert und aufgezeigt wird, dass die Grenzen dieser Zuordnung fließend sind.

PROF. F. RIKLIN, FREIBURG

de la cession du nom de domaine reste ouverte, le Tribunal fédéral s'étant contenté de juger licite d'exiger de l'usurpateur qu'il fournisse tous les renseignements utiles pour le transfert de la titularité du site litigieux. ■

PIERRE VUILLE, AVOCAT, GENÈVE

Städtename Luzern als Domainname

Bundesgerichtsurteil vom 23. Juli
2002 (4C.9/2002; BGE-Publikation
vorgesehen)

Das Bundesgericht hat eine Berufung der Head Web GmbH gegen das Urteil des Luzerner Obergerichts (siehe *medialex* 2/02, S. 49) abgewiesen und damit endgültig bestätigt, dass die Stadt Luzern den Domainnamen «www.luzern.ch» erhält und führen darf. Das Bundesgericht ist der Meinung, dass ein Städtename als Domainname für die Stadt in Anspruch genommen werden kann, wenn dieser für das Gemeinwesen individualisierungs- und kennzeichnungs-kraftig sei. Es darf von einer Gemeinde grundsätzlich nicht verlangt werden, dass sie unter einer Internet-Adresse auftritt, in der ihrem Namen der Zusatz «Stadt» oder «Gemeinde» beigefügt ist. «Anders als etwa der Begriff «Berner Oberland», der eine gemeinfreie geographische Bezeichnung darstellt (vgl. BGE 126 III 239 E. 3b S. 245), individualisiert das Wort «luzern» eine altbekannte öffentliche Körperschaft, die Stadt Luzern. Der Ansicht der Beklagten, die Internet-Benutzer könnten beim Begriff «Luzern» ebenso gut an den Kanton Luzern oder den Verkehrsverein Luzern denken, kann nicht gefolgt werden. Insbesondere enthalten die Bezeichnungen von Organisationen, die mit der Förderung des Tourismus in einer Stadt betraut sind, den Namen der entsprechenden Stadt offensichtlich, um auf ihr Tätigkeitsfeld hinzuweisen, das eben diese Stadt beschließt. Was die behauptete Gleichnamigkeit zum Kanton Luzern angeht, ist zu bedenken, dass sich der Stand Luzern, der 1332 der Eidgenossenschaft beitrug, in der damaligen Epoche auf das Gebiet beschränkte, das unmittelbar um die gleichnamige Ortschaft lag. Diese war um die Mitte des 8. Jahrhunderts gegründet worden und hatte sich bis zum 12. Jahrhundert zu einer Stadt entwickelt. Der Kanton vergrösserte sich in der Folge allmählich, bis er Ende des 15. Jahrhunderts, vorbehaltlich einer Gebietsumteilung im Jahre 1803, die aktuellen Grenzen erreichte (vgl. Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz, Band IV, 1927, S. 743 f.; Johannes Dierauer, Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Band I, 2. Auflage, St. Gallen 1912, S. 179 ff.). Aus diesen historischen Ausführungen folgt, dass das Wort «luzern» klarerweise die Stadt bezeichnet, die schon einige Jahrhunderte vor dem Kanton Luzern existierte. Dies entspricht auch dem allgemeinen Sprachverständnis, nach dem mit der isolierten Verwendung eines bekannten Städ-

te oder Ortsnamens die betreffende Stadt bzw. das dahinterstehende Gemeinwesen bezeichnet wird. Aus dem Dargelegten folgt, dass die Klägerin für die Individualisierungs- und die Kennzeichnungswirkung des Namens «luzern» den Schutz nach Art. 29 ZGB in Anspruch nehmen kann (vgl. dazu Roland Bühler, a.a.O., N. 5 und 10 ff. zu Art. 29 ZGB). Ob es sich bei der Bezeichnung «luzern» um einen gemeinfreien geographischen Begriff handelt, der markenrechtlich nicht geschützt werden könnte, kann hier offen gelassen werden (vgl. dazu Art. 2 lit. a MSchG; David, Basler Kommentar, Markenschutzgesetz Muster- und Modellgesetz, 2. Auflage, N. 22 ff. zu Art. 2 MSchG).»

Zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei der Verwendung des Domain-Namens «www.luzern.ch» durch einen privaten Anbieter führt das Bundesgericht folgendes aus: «Indem die Beklagte den Namen der Klägerin in der Adresse ihres Internet-Sites verwendet, nutzt sie deren grosse Bekanntheit aus, um Internet-Nutzer, die offizielle Informationen über die Stadt Luzern suchen, auf ihren Internet-Site zu ziehen. Die Vorinstanz hat eine Verwechslungsgefahr in diesem Zusammenhang zu Recht bejaht. Dieses Ergebnis wird auch durch die Feststellungen der Vorinstanz erhärtet, wonach sich Internet-Benutzer in einigen Fällen tatsächlich getäuscht und geglaubt haben, der Site «luzern.ch» werde von der Klägerin betrieben (vgl. dazu BGE 82 II 346 E. 2b S. 353) (...) Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr, die von einer registrierten Internet-Adresse ausgeht, ist nicht der Inhalt oder die Gestaltung des damit bezeichneten Internet-Sites entscheidend, sondern die Beschaffenheit der Adresse, die den Zugriff auf den Site erlaubt, als solche. Eine Verwechslungsgefahr besteht bereits im Moment, in dem der Internet-Benutzer sich an einem Domain-Namen orientiert und in ihm Assoziationen sowie das Interesse geweckt werden, darunter bestimmte Informationen zu finden. Auch kann eine Internet-Adresse nicht immer nur in der Nähe des damit bezeichneten Sites auftauchen, sondern ebenso beispielsweise auf Briefköpfen, als Teil der Absenderadresse eines E-mails («xxx@luzern.ch») oder in Adresslisten, die von Internet-Suchmaschinen dargestellt werden. In solchen Fällen kann die Verwechslungsgefahr durch Hinweise im Site und auch durch seinen weiteren Inhalt nicht unmittelbar behoben werden (vgl. in diesem Sinne Jann Six, a.a.O., Rz. 143 ff.). Eine Behebung der Verwechslungsgefahr durch den Inhalt des Sites würde zudem voraussetzen, dass die dort zu diesen Zweck angebrachten Hinweise von den Internet-Benutzern in allen Fällen aufmerksam gelesen werden. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, wie auch Buri (Verwechselbarkeit, S. 128) einräumt. Mit anderen Worten entsteht die Verwechslungsgefahr unmittelbar mit der Verwendung des Namens einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft durch einen unbefugten Dritten als Domain-Name. Eine wie auch immer geartete Gestaltung des Web-Sites kann dagegen nicht aufkommen.» ■

Siehe dazu die Anmerkungen von Pierre Vuille auf Seite 215 f.

Pornographie et injure par e-mail

Arrêt du Tribunal fédéral du 21 août 2002 (6S.147/2002)

La Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral a rejeté le pourvoi en nullité formé contre un arrêt de la Cour pénale du Tribunal cantonal jurassien du 28 février 2002 confirmant le jugement de première instance. Le recourant avait été condamné en première instance pour pornographie (art. 197 ch. 2 al. 1 CP) et injure (art. 177 al. 1 CP), à une peine de 15 jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et au versement à la plaignante d'un franc symbolique à titre de réparation du tort moral. Il avait utilisé à l'insu de la plaignante, cheffe du Bureau jurassien de l'égalité entre femmes et hommes, son adresse e-mail pour transmettre un courrier comprenant un message, ainsi qu'un fichier électronique constitué de treize diapositives représentant une jeune femme habillée en peintre en bâtiments qui se dénude peu à peu. Selon le Tribunal fédéral, «l'art. 197 ch. 2 al. 1 CP n'exige pas que la victime soit scandalisée, choquée ou apeurée par la représentation pornographique. L'interdiction visée par cette disposition constitue un délit de mise en danger.» La punissabilité est exclue «si le contenu de la représentation n'est pas perceptible spontanément et que le destinataire reçoit un avis au sujet du caractère pornographique de la représentation». En l'espèce, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en qualifiant de pornographique le document expédié par le recourant. «Une telle représentation, par les gestes et poses insistant de manière crue sur les parties génitales, son caractère vulgaire et primitif et son aspect sexuel inopportun, constitue de la pornographie douce, laquelle reste punissable aux conditions visées par l'art. 197 ch. 2 al. 1 CP.» En outre, «le fait de désigner l'intimée comme l'expéditrice d'un message à caractère pornographique porte atteinte à son respect et à sa considération et constitue une marque de mépris excédant ce qui est socialement acceptable. Le comportement du recourant est dès lors attentatoire à l'honneur de l'intimée». S'agissant de l'injure, le Tribunal fédéral estime que les juges cantonaux auraient plutôt dû envisager la qualification de calomnie. Compte tenu cependant de l'interdiction de la «reformatio in pejus», le bien-fondé de l'application de l'art. 177 CP n'a pas été discuté. ■

.....

Unzulässiger Vertrieb von pornographischem Material

Bundesgerichtsentscheid vom 26. Juli 2002 (6S.129/2002; BGE-Publikation vorgesehen)

Die Bestrafung wegen des Vertriebes von pornographischen Magazinen und Videofilmen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten bzw. mit menschlichen Ausscheidungen zum Inhalt haben, verstösst auch dann nicht gegen die Meinungsäusserungsfreiheit, wenn mit diesen Erzeugnissen ausschliesslich interessierte und eingeweihte Erwachsene bedient werden. Zu diesem Schluss kommt das Bundesgericht bei der Beurteilung der gegen einen Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde.

«Auch pornographische Darstellungen werden von Art. 10 EMRK erfasst, selbst wenn sie keinen informativen Gehalt aufweisen, sondern rein kommerziellen Zwecken dienen. Denn die genannte Konventionsgarantie schützt - ohne Wertung des Inhalts - alle Formen der Äusserung (Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission i. S. Scherer c. Schweiz vom 14. Januar 1993, Nr. 17116/90, Ziff. 53; VILLIGER, a.a.O., N. 615; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. 1999, S. 207; noch offen BGE 114 IV 116 E. 4b S. 120 f.; kritisch MARTIN SCHUBARTH, Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus, SJZ 93/1997 S. 386). Dementsprechend wird auch der von den Beschwerdeführern vorgenommene Verkauf pornographischer Magazine und Videokassetten durch Art. 10 EMRK geschützt. (...) Die Strafbarkeit pornographischer Darstellungen mit Gewalttätigkeiten und menschlichen Ausscheidungen gemäss Art. 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB dient dem Schutz der öffentlichen Moral und damit eng verknüpft jenem der Rechte anderer. Es soll der Verrohung auf dem Gebiet der Sexualität vorgebeugt werden (JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, Strafrecht III, 7. Aufl. 1997, S. 419). Insbesondere soll verhindert werden, dass die unter Strafe gestellten Darstellungen beim Betrachter die Bereitschaft erhöhen, das Gesehene selber nachzuahmen; es soll also eine korrumpierende Wirkung dieser Darstellungen vermieden werden (BGE 124 IV 106 E. 3c/aa S. 111 f.). Bei diesen mit Art. 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB verfolgten Zielen handelt es sich um Motive, die gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen. (...) Auch wenn es Stimmen gibt, die eine weitere Einschränkung der Strafbarkeit der Exkrementenpornographie - namentlich ihre Gleichstellung mit der weichen Pornographie - verlangen, vermag dies die Rechtfertigung der heutigen Regelung im Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit nicht in Frage zu stellen. Der Gesetzgeber überschreitet das ihm in diesem Bereich zustehende Ermessen nicht, wenn er davon ausgeht, dass nach der vorherrschenden Moral sexuelle Handlungen mit Urin und Kot von weiten Teilen der Bevölkerung als bizarr und pervers empfunden werden. Wie bereits erwähnt, lässt Art. 197 Ziff. 3 StGB den Erwerb und Besitz exkrementenpornographischer Erzeugnisse straflos und verbietet nur Handlungen, die zu ihrer Verbreitung beitragen. Die Strafnorm will also der kommerziellen Ausbeutung solcher als abartig empfundener Sexualpraktiken und der damit verbundenen Gefahr der Verrohung der Sexualität Einhalt gebieten. Zugleich dient sie

dem Schutz der Darsteller solcher Handlungen vor erniedrigender und menschenunwürdiger Behandlung (vgl. BGE 124 IV 106 E. 3c/aa S. 112). Das Interesse an diesem Schutz der öffentlichen Moral rechtfertigt die von den Beschwerdeführern gerügte Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit.»

Das Bundesgericht hatte sich auch noch mit der *urheberrechtlichen Problematik des Eigengebrauchs* zu befassen. «Der Beschwerdeführer 1 stellte die Kopien unstreitig nicht für seinen eigenen Gebrauch oder für den Gebrauch durch ihm eng verbundener Personen her. Er fertigte sie vielmehr auf Vorrat an, um sie in der Folge an Kunden zu veräussern. Allerdings verwendeten die Kunden, wovon auszugehen ist, die gekauften Kopien zum Eigengebrauch. Doch sind in Anbetracht der festgestellten Sachlage die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 2 URG nicht erfüllt. Die Kunden liessen nicht im Sinne dieser Bestimmung als zum Eigengebrauch Berechtigte die dazu erforderlichen Werkexemplare (das heisst die Kopien) durch Dritte (das heisst durch den Beschwerdeführer 1) herstellen. Vielmehr kauften sie Kopien, die bereits vorhanden waren und im Ladengeschäft des Beschwerdeführers 1 lagerten. Dies ist kein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG (siehe zum Ganzen CHRISTOPH GASSER, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Diss. Bern 1997, S. 110). Selbst wenn man davon ausgehen wollte, der Beschwerdeführer 1 habe, zumindest in Einzelfällen, eine Kopie erst hergestellt, nachdem ein Kunde sich für einen bestimmten Videofilm entschieden hatte, wären die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 2 URG nicht erfüllt. Der Inhaber einer Buchhandlung oder einer Videothek ist nicht berechtigt, an Stelle der originalen Werkexemplare Kopien zu verkaufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kopien auf Vorrat angefertigt oder erst hergestellt werden, nachdem ein Kunde sich für ein bestimmtes Buch beziehungsweise einen bestimmten Videofilm entschieden hat. Zwar ist es unerheblich, dass die Kunden weder Eigentum noch Besitz an den originalen Werkexemplaren hatten, von denen sie durch den Beschwerdeführer 1 Kopie anfertigen liessen. Der rechtmässige tatsächliche Zugang zum Original exemplar, das man zum Eigengebrauch kopieren (lassen) will, genügt (siehe CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 60 ff.; DENIS BARRELET/WILLY EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. 2000, Art. 19 N 7b, 20). Er ist gegeben, wenn etwa der Inhaber einer Videothek bereit ist, aus den in seinem Sortiment enthaltenen originalen Werkexemplaren auszugswise Kopien für dritte Eigengebraucher anzufertigen. Die Schranke liegt insoweit allein in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG. Gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a URG ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare ausserhalb des privaten Kreises nicht zulässig. Art. 19 Abs. 2 URG betreffend das Herstellenlassen von Werkexemplaren zum Eigengebrauch durch Dritte steht unter dem Vorbehalt von Art. 19

Abs. 3 lit. a URG. Es ist somit erlaubt, zum Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG Auszüge aus im Handel erhältlichen Werkexemplaren (etwa Büchern, Videofilmen etc.) durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG kopieren zu lassen; es ist hingegen untersagt, im Handel erhältliche Werkexemplare vollständig oder weitgehend vollständig zum Eigengebrauch durch Dritte kopieren zu lassen (siehe zum Ganzen DENIS BARRELET/WILLY EGLOFF, a.a.O., Art. 19 N 7, 10, 22 ff.; CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 112 ff.; Botschaft des Bundesrates zum Urheberrechtsgesetz etc., BBl 1989 III 475 ff., 541). Diese sich bereits aus dem geltenden Recht ergebende Regelung soll gemäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte durch eine neue Fassung von Art. 19 deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Der Erläuternde Bericht (S. 9) hält fest, in Art. 19 Abs. 2 gemäss der vorgeschlagenen Fassung werde lediglich zwecks 'Klarstellung' und zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten 'ausdrücklich' darauf hingewiesen, «dass die Befugnis, sich für den Eigengebrauch Kopien durch Dritte herstellen zu lassen, unter Vorbehalt von Artikel 19 Absatz 3 gilt». Es sei also beispielsweise «nicht zulässig, in einem Geschäft ganze Tonträger oder Videokassetten für den privaten Gebrauch der Kunden zu vervielfältigen, oder der Kundschaft entsprechende Selbstbedienungsgeräte bereitzustellen» (S. 9). Im Erläuternden Bericht wird ausdrücklich festgehalten, dass die vorgeschlagene Änderung von Art. 19 Abs. 2 URG lediglich der Klarstellung diene und an der geltenden Rechtslage nichts ändere (S. 9).» ■

REMARQUES:

Faut-il pénaliser la pornographie dure? S'il est une question actuelle, c'est bien celle-là. Mais cet arrêt est important à d'autres égards encore.

1. Pour juger de la légitimité de cette pénalisation, le Tribunal fédéral n'hésite pas à entrer dans l'habit d'une cour constitutionnelle. Cela ne va pas de soi. En effet, selon l'art. 191 Cst., il est tenu d'appliquer les lois fédérales, quelle que soit leur conformité avec la Constitution. Il est donc tenu d'appliquer l'art. 197 al. 3 CP qui punit le commerce de la pornographie dure. Cette loi est claire et le Tribunal fédéral ne peut pas non plus la mettre entre parenthèses, ou en affaiblir la portée, par le biais du devoir qui est le sien de toujours interpréter les lois à la lumière de la Constitution, en particulier des libertés fondamentales. D'autre part, en votant la réforme de la justice en mars 2000, le souverain a expressément écarté l'idée d'une juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales. En fait, depuis plusieurs années déjà, le Tribunal fédéral contourne cette interdiction, avec de moins en moins de prudence. Il se fonde, pour cela, sur la prééminence qui revient au droit international; d'ailleurs, l'art. 191 Cst. précité l'oblige en toutes lettres à appliquer non seulement les lois fédérales, mais également le droit international. En 1999, pour la deuxième fois dans son histoire, le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer une loi fédérale contredisant la Convention européenne des droits de l'homme (cf. J.-F. AUBERT, *Le Conseil fédéral face à la propagande subversive*, *medialex* 2000, p 33 s.). En l'espèce, le Tribunal fédéral se souvient de ces précédents. C'est d'autant plus remarquable qu'entre-temps, il y a eu la réforme de la justice de 2000. Or le Tribunal fédéral fait savoir, pour la première fois, que cette réforme

ne changera rien au chemin emprunté jusqu'ici. C'est donc en véritable Cour constitutionnelle qu'il va juger l'art. 197 al. 3 CP et le jugement bâlois attaqué.

2. La norme de référence, c'est l'art. 10 CEDH qui garantit à chacun la liberté d'expression, sous réserve des restrictions «nécessaires dans une société démocratique» pour assurer notamment le respect de la morale. En l'espèce, il ne s'agissait pas de pornographie infantine. Celle-ci n'est en rien justifiable, et sa répression, y compris la punition de la simple consommation introduite le 1^{er} avril 2002, n'est guère discutable. Qu'en est-il en revanche de la pornographie impliquant des actes de violence et mettant en scène l'utilisation d'excréments? Si elle ne sort pas du cercle des initiés et qu'elle ne parvient pas à des jeunes, l'Etat est-il en droit de sévir? Par bonheur pour le Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais prononcée sur la justification des normes pénales concernant la pornographie dure; elle a au contraire toujours répété qu'en matière de morale, les Etats parties à la Convention disposent d'une large marge d'appréciation, tant les conceptions de la morale sont variables d'un Etat à l'autre. Le Tribunal fédéral se sent donc à l'aise pour reprendre la justification invoquée par le législateur, à savoir la protection de la société contre la dégradation des mœurs. En fait, la réflexion aurait peut-être mérité d'être poussée un peu plus loin. Pour la pornographie avec excréments, le Tribunal fédéral se sent un peu moins sûr de lui et constate que le législateur l'a exclue du renforcement de la pénalisation intervenue en avril 2002. Cela aurait pu l'amener à faire un pas de plus et à dire que le commerce de ce type de produits, finalement, n'est pas une menace véritable pour la société, même si la majorité de la population les trouve bizarres. L'opinion de la majorité, en l'occurrence, n'est pas un argument probant.

3. Le fait pour une vidéothèque de copier des cassettes et de vendre les copies au prix fort à ses clients ne bénéficie évidemment pas de la licence légale de l'art. 19 LDA. Pour arriver à cette conclusion tout à fait correcte, il suffisait d'invoquer l'al. 3 qui interdit «la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'exemplaires d'oeuvres disponibles sur le marché», à moins d'être faite par l'utilisateur lui-même pour son propre usage. Le fait que la vidéothèque ait fait des provisions de copies, et n'ait pas réalisé chaque copie individuellement sur demande du client est certes un argument supplémentaire. Mais celui-ci, pour l'essentiel, ne fait que montrer la faiblesse, pour ne pas dire la mauvaise foi de la vidéothèque dans sa défense lorsqu'elle croit pouvoir invoquer l'art. 19 al. 2 LDA.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

Kostspieliges Verpassen einer Rekursfrist

Bundesgerichtsentscheid vom
2. August 2002 (6P.82/2002)

Weil auf Grund von Problemen mit der elektronischen Überweisung des Kostenvorschusses dieser zu spät beim Bundesgericht eingetroffen ist und das Gericht eine Wiederherstellung der Rekursfrist ablehnte, wird das Urteil des Berner Obergerichtes rechtskräftig, wonach die SRG eine Busse von CHF 5'000.00 zahlen sowie die Nettoeinnahmen von CHF 548'000.00 abliefern muss. Der Fall bezieht sich auf einen Werbespot über ein Feldschlösschen Bier, in dem erst in den letzten Sekunden klar wurde, dass es sich um alkoholfreies Bier handelt. Der Sport wurde als Verstoß ge-

gen die verbotene Alkoholwerbung gewertet (vgl. *medialex* 1/00, S. 47 ff. und 3/01, S. 178). ■

Unzulässige Buchpreisbindung

Bundesgerichtsentscheid vom
14. August 2002 (2A.298/2001 und
2A.299/2001)

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde des Schweiz. Buchhändler- und Verlegerverbandes gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001 gut und weist die Sache zur Neuprüfung an die Wettbewerbskommission (Weko) zurück. Begründet wird das Urteil im Wesentlichen damit, dass die Buchpreisbindung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, da der Sammelrevers 1993 eine auf der Stufe des Buchhandels horizontal koordinierte vertikale Wettbewerbsabrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen darstelle, bei der gestützt auf Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten sei. Die Weko muss nun prüfen, ob sich dies allenfalls rechtfertigen lässt. Und dies konnte das Bundesgericht nach einer summarischen Prüfung nicht von vornherein verneinen, da nicht auszuschliessen ist, dass mit der Buchpreisbindung die Vertriebs- und Herstellungskosten gesenkt oder das Produktesortiment verbessert werden könnte. ■

Le droit de réponse se limite aux faits

Arrêt de la Cour de justice de Genève
du 26 septembre 2002
(C/17277/2002)

La Cour de justice de Genève a débouté le Parti du travail genevois (PdT) de sa requête en exécution du droit de réponse du 31 juillet 2002 à l'encontre de Le Temps SA. A la suite de la parution dans le quotidien «Le Temps» du 5 juillet 2002 d'un article consacré à des réunions houleuses du PdT, ce dernier a demandé au journal de publier un droit de réponse. Il estimait notamment que la diffusion de procès-verbaux était illicite et que les faits, pour partie inexactes, étaient orientés en faveur de la thèse rédactionnelle d'une crise de direction sérieuse au PdT. Le Temps SA a refusé de publier l'intégralité du texte, mais a offert d'en publier une partie dans son courrier des lecteurs. La Cour de justice rappelle que «la publication comme lettre de lecteur d'une prise de position de la personne touchée ne répond pas aux exigences du droit de réponse. Elle doit être

assimilée à un refus de diffuser la réponse». Le Cour reconnaît au PdT un droit propre à la protection de la personnalité. Concernant la raison d'être du droit de réponse, la Cour souligne qu'il consiste à «restaurer l'égalité des armes» en permettant à la personne concernée de faire connaître sa version des faits et de mettre ainsi le lecteur ou l'auditeur en position de se former une opinion plus exacte (...). Le droit de réponse ne doit pas être prétexte à faire état de jugements de valeur, d'opinions personnelles ou de commentaires». Analysant le texte proposé par le PdT au titre du droit de réponse, la Cour a estimé qu'une seule phrase portait sur des faits, le reste n'étant qu'appréciations et opinions. Dès lors, «permettre un droit de réponse en ne publiant qu'une seule phrase n'aurait aucun sens». ■

REMARQUES:

Voilà un jugement qui reflète bien le désarroi (toujours plus grand) des juges face à la distinction opérée par notre législateur entre les opinions et les faits, ces derniers étant seuls matière à réponse. Lumineuse en théorie, cette distinction perd de son éclat dès qu'elle est confrontée à la pratique. Car, comme bien d'autres par le passé, la présente cause démontre que faits et opinions sont le plus souvent indissociables, contribuant ensemble à donner de la personne visée cette impression négative que le droit de réponse devrait ensuite dissiper. Certes, la doctrine, consciente de la difficulté, ne s'est pas fait faute de proposer des lignes de démarcation : le caractère vérifiable de l'assertion litigieuse en serait une; l'entendement du lecteur moyen une autre (il semble d'ailleurs avoir été décisif dans le cas d'espèce), la prédominance de l'objectif sur le subjectif une troisième. Reste qu'à ce jour aucun critère ne fait l'unanimité. A tel point que c'est l'institution même d'un droit de réponse circonscrit aux faits qui est en définitive sur la sellette.

En optant pour le modèle germano-italien du droit de réponse, et en le coulant dans le moule de notre protection de la personnalité, le Parlement a fait un choix heureux sur le plan de la systématique, mais malheureux sur le plan de l'efficacité. Soucieux d'égalité des chances, il entendait offrir à la victime les moyens de répliquer en opposant sa version des faits. Or notre législateur se retrouve aujourd'hui avec un instrument perçu par tous les acteurs - journaliste, victime et lecteur - comme destiné à rétablir non l'égalité des armes, mais la Vérité.

En effet en limitant la réponse aux faits, le législateur a placé l'exactitude au centre du débat et partant a créé la confusion avec la rectification judiciaire qui elle procède d'une autre logique, celle du jugement, donc celle du vainqueur et du vaincu: la réponse prend alors les apparences de la version définitive et sa publication sonne comme un verdict de culpabilité contre des journalistes sans scrupules. On comprend dès lors pourquoi le droit de réponse est si mal accueilli par la presse, laquelle fait tout son possible pour y échapper - la stratégie de conversion de la réponse en lettre de lecteur en est ici un exemple courant. Ce n'est pas tout: les publications de droit de réponse se faisant ainsi rares, le lecteur les reçoit comme un événement exceptionnel, ce qui fortifie en lui l'impression que la vérité de la victime vient chasser la contre-vérité du journaliste.

Si le législateur avait à l'instar de la France ouvert le droit de réponse aux jugements de valeur (quitte à tempérer l'ardeur des répondants en limitant la longueur de la réponse), on n'en serait pas là: les opinions étant par définition multiples et guère vérifiables, la publication des réponses se serait banalisée, et surtout n'aurait plus été placée sous le sceau de l'infamie, mais sous celui de la circulation des informations. Le droit de réponse ne retrouvera sa fonction première de contrepoids que si notre parlement supprime l'artificielle restriction aux faits. Les tribunaux peuvent toutefois déjà donner un signal fort en ordonnant la publication à

chaque fois que les faits et opinions s'enchevêtrent; et ce au nom de la *favor respondendi*.

PROF. BERTIL COTTIER, PRÉVERENGES

Zulässige Links zu rassistischen Websites

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002 (nicht rechtskräftig)

Auf der Website des angeklagten ETH-Assistenzprofessors war ein Link «click here» installiert, durch dessen Anwählen der jeweilige Internet-Benutzer auf die Page von «stop-the-hate.org/neo-nazi.html» gelangte, die ihrerseits eine Liste mit über 100 kommentierten Links zu sogenannten «Hass-Seiten» enthielten und über ein weiteres Anklicken auf Homepages mit rassendiskriminierenden Inhalten führten.

In seiner Beurteilung hält es das Bezirksgericht für entscheidend, ob sich der Linkanbieter den Inhalt, auf den er verweist, zu eigen gemacht hat oder nicht. Erst dann kann ihm der Inhalt der verlinkten Website rechtlich relevant zugerechnet werden. Zur Beurteilung dieser Frage hat es die folgenden Unterkriterien geprüft: «Der konkrete Kontext des Link (d.h. die konkrete Stellungnahme zur einzelnen Linkverweisung); wer z.B. einen Link zu einer Website mit strafbarem Inhalt mit einer positiven Wertung im Sinne einer Werbung verbindet, ist nicht gleich zu behandeln wie jemand, der derartige Inhalte gerade bekämpft und nur im Sinne eines «abschreckenden Beispiels» einen Link auf eine solche Website setzt. Der thematische Bezug des Link (d.h. es ist die Frage zu prüfen, in welchem Zusammenhang die Inhalte, auf die verwiesen wird, zum gesamten Inhalt des Angebots des Verweisenden stehen) (...). Die Link-Methode (gewöhnlicher Link bzw. Hyperlink, evtl. Deeplink oder IMG-Link [auch Inline-Link oder Image-Link] oder Frames; (...)); das Setzen eines Links auf eine Website, die keine verbotenen Inhalte aufweist, ihrerseits aber einen Link zu verbotenen Inhalten enthält, ist juristisch nicht ohne weiteres gleich zu behandeln wie ein Link, der direkt, d.h. ohne weitere Links (bzw. «clicks»), zu strafbaren Inhalten führt.»

Das Gericht kam zum Schluss, dass die Webseite des Angeklagten selbst keinerlei Inhalte mit rassistischem Gehalt enthielt und dass aus dem Inhalt der Website und dem konkreten Kontext des Links erkennbar war, dass sich der Angeklagte mit dem Setzen des Links auf die Website der Organisation gegen Rassismus deren Inhalt nicht zu eigen gemacht hatte. Ausserdem verneinte das Gericht den Vorsatz des Angeklagten, rassistische Propagandaaktionen zu fördern. ■

medialex wird in seiner nächsten Ausgabe 1/03 ausführlich in einem wissenschaftlichen Aufsatz auf die Problematik der Strafbarkeit von Links sowie das oben zusammengefasste Urteil zurückkommen.

Religiöse Gefühle verletzt

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 23. August 2002 (b.451)

Schweizer Fernsehen DRS (SF DRS) strahlte im Rahmen der Sendung des Konsumentenmagazins «Kassensturz» zum Jahresabschluss 2001 einen satirischen Beitrag zu den Vorfällen um die Fluggesellschaft «Swissair» aus. Ein aus Rom kommender Priester nimmt auf dem Terminal A des Zürcher Flughafens nacheinander die Beichte von verschiedenen früheren Swissair-Exponenten ab. Gegen den Beitrag gingen zwei Beschwerden ein.

In ihrem Entscheid weist die UBI darauf hin, dass auch für Satiresendungen Grenzen bestehen. Dies ist der Fall bei sensiblen Bereichen wie den besonders geschützten religiösen Gefühlen. Unter diesen besonderen Schutz fallen zentrale Glaubensinhalte, nicht aber die Kirche als Institution und kirchliche Würdenträger. In der beanstandeten Sendung hat der Priester während der Beichte wiederholt Pommes Chips gegessen und aus einem goldenen Kelch getrunken. Der Beitrag hat damit Bezug auf die Eucharistie bzw. das Abendmahl genommen. Die beanstandete Szene hat religiöse Gefühle verletzt, indem zentrale Glaubensinhalte wie die Sakramente, wozu die Beichte und die Eucharistie gehören, lächerlich gemacht wurden. «Die Beschwerdegegnerin führt an, dass die zentralen Glaubensinhalte nicht mehr die gleiche Bedeutung hätten wie früher und die UBI die Doktrin der sensiblen Bereiche dem gesellschaftlichen Wandel anpassen müsse. Tatsächlich kann festgestellt werden, dass die Beichte vielerorts nicht mehr individuell, sondern im Rahmen von kollektiven Bussfeiern abgenommen wird. Auch die Zahl der die Sakramente feiernden Gläubigen mag allenfalls abgenommen haben. Rein quantitative Aspekte sind aber im Zusammenhang mit der programmrechtlichen Beurteilung des kulturellen Mandats und der Verletzung von religiösen Gefühlen nicht entscheidend. Es ist dann auch nicht auf die Rezeption des «Durchschnittspublikums» abzustellen, sondern auf die dem betreffenden Glauben zugehörige Zuschauerschaft. Nicht- bzw. Andersgläubige mögen sich an der Darstellung des während einer Beichte aus einem Messkelch trinkenden und Pommes Chips essenden Priesters nicht stossen. Für die nach wie vor beträchtliche Zahl an gläubigen Katholiken verletzt die grobe Verzerrung von sakralen Handlungen, welche zentrale Glaubensinhalte darstellen, aber religiöse Gefühle. Der Umstand, dass der Ort der Beichte

auf einen Flughafen verlegt wurde, mildert dies nicht, weil wichtige Symbole von gläubigen Katholiken missbraucht und ins Lächerliche gezogen worden sind. Nicht von grosser Sensibilität zeugt überdies die Ausstrahlung dieses satirischen Beitrags in der letzten «Kassensturz»-Sendung unmittelbar vor Weihnachten.»■

Keine Frauenquoten im Fernsehen

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 23. August 2002 (b.458)

Eine Beschwerde gegen eine «Arena»-Sendung zur «Borer»-Affäre und der Rolle der Medien hat die UBI abgewiesen. Die Beschwerdeführerin hat gerügt, dass in der ganzen Sendung nur zwei Frauen zu Wort gekommen seien. Nach Auffassung der UBI konnte sich das Publikum aufgrund der Diskussion trotzdem eine eigene Meinung zum Thema bilden. Auch die Würde der Frau ist nicht verletzt worden. Voten von Frauen wurden nicht unterdrückt oder unterbunden. «Das kulturelle Mandat von Art. 3 Abs. 1 RTVG gebietet in lit. b, die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung zu berücksichtigen. Daraus lässt sich u.a. auch ableiten, dass Veranstalter in angemessener Weise Frauenmeinungen in ihren Programmen zu berücksichtigen haben. Das kulturelle Mandat richtet sich aber an Radio und Fernsehen in ihrer Gesamtheit, d.h. an die Programme der in der Schweiz konzessionierten Radio- und Fernsehveranstalter. Ein entsprechender Anspruch lässt sich dagegen nicht für jede einzelne Sendung ableiten. Da die Beschwerdeführerin nur die «Arena»-Sendung vom 5. April 2002 formell beanstandet hat, ist dieser Aspekt des kulturellen Mandats deshalb vorliegend nicht relevant.»■

Reportage télévisé unilatéral

Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision du 21 juin 2002 (b.452)

L'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) a admis une plainte dirigée contre un reportage du téléjournal de la Télévision suisse romande (TSR). Celui-ci faisait le point sur certaines accusations parues dans le tout-ménage de l'Association contre les usines d'animaux (ACUSA). Deux exploitants du Haut-

Valais incriminés et le directeur de l'Ecole cantonale d'agriculture de Châteauneuf ont été interrogés. Il est résulté du reportage que les exploitations en cause respectent la loi et que les accusations, par conséquent, sont sans fondement. L'AIEP rappelle que le diffuseur doit, lors d'émissions d'actualité, veiller que les faits et les opinions présentés satisfassent aux critères de la véracité et de la diligence journalistique. Un journaliste fait notamment preuve de partialité s'il ne mentionne pas certains faits objectifs essentiels et s'il ne présente pas le point de vue de celui qui est mis en cause. Par un tel comportement, il donne au public une fausse image de la réalité et l'empêche de former librement son opinion. En l'occurrence, l'AIEP constate que plusieurs manquements à la diligence journalistique ont été commis. Le reportage a fait preuve de partialité, en diffusant des informations tendancieuses et en omettant des faits objectifs sur l'activité d'ACUSA. Le journaliste n'a pas mentionné le fait que les améliorations apportées dans certains élevages l'ont été en réponse aux interventions de cette association. Les responsables de celle-ci n'ont pas été mis en mesure de s'exprimer. L'AIEP en conclut que la TSR a violé le principe de la présentation fidèle des événements.■

.....

Eurovision verletzt EG-Wettbewerbsrecht

Urteil des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 8. Oktober 2002 (verbundene Rechtssachen T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00; nicht rechtskräftig)

Der kollektive Einkauf der Europäischen Rundfunk- und Fernsehunion (EBU) von Übertragungsrechten für sich allein verstösst noch nicht gegen Art. 81 EG. Indessen gewährt die Unterlizenzregelung in ihrer praktischen Handhabung durch die EBU den Konkurrenten ihrer Mitglieder keinen ausreichenden Zugang zu den Rechten für die Übertragung sportlicher Ereignisse, über die Letztere aufgrund ihrer Beteiligung an dieser Einkaufsgemeinschaft verfügen. Zu diesen Schlüssen gelangt der EuGH in seinem Urteil. Unhaltbar sei vor allem die Tatsache, dass selbst die von der EBU nicht verwerteten Rechte an der Direktübertragung von einzelnen Wettbewerben im Rahmen von besonderen sportlichen Grossereignissen wie den Olympischen Spielen den Konkurrenten nicht zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeit, Unterlizenzen für die Aufzeichnung von Veranstaltungen zu erwerben, sei an Bedingungen geknüpft, die diese Übertragungsmodalität für frei zu empfangende landesweite Sender mit allgemeinem Programmangebot völlig unattraktiv mache (u.a. Embargo bis

eine Stunde nach Ende des letzten Wettbewerbs). Die Dritten zur Verfügung stehende Möglichkeit, Lizenzen zur Ausstrahlung von Zusammenfassungen zu erwerben, sei aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht genügend. Aufgrund dieser Erwägungen erklärte das EuG den Freistellungsentscheid der Kommission für nichtig.

Bereits in den 1980er Jahren untersuchte die Kommission die Vereinbarkeit der Regeln über das Eurovisionssystem des gemeinsamen Erwerbs und der gemeinsamen Nutzung von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen mit Artikel 81 EG (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung von Amsterdam vom 2. Oktober 1997). Durch die Kommission aufgefordert, meldete die EBU ihre Satzungsbestimmungen und sonstigen Regeln über den Erwerb von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen, den Austausch von Sportprogrammen im Rahmen der Eurovision und den vertraglichen Zugang Dritter zu diesen Programmen an. Sie stellte den Antrag, ein Negativattest oder ersatzweise eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG zu erhalten. Am 11. Juni 1993 verfügte die Kommission die Freistellung der EBU nach Artikel 81 Absatz 3 EG. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) mit Urteil vom 11. Juli 1996 in den Rechtssachen T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93 (Métropole télévision u. a./Kommission, Slg. 1996, II-649) für nichtig erklärt. Daraufhin und auf Aufforderung der Kommission erließ die EBU Regeln für den Zugang zu den Eurovisionsrechten, die im Pay-TV verwertet werden (Regelung für die Vergabe von Unterlizenzen zur Verwertung von Eurovisionsrechten im Pay-TV [1999] vom 26. März 1999, im Folgenden: Vergaberegulation), und legte diese der Kommission vor. Am 10. Mai 2000 erliess die Kommission die Entscheidung 2000/400/EG in einem Verfahren nach Artikel 81 EG (Sache Nr. IV/32.150 - Eurovision) (ABl. L 151, S. 18; im Folgenden: angefochtene Entscheidung), mit der sie eine neue Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG gewährte.

Die Unterlizenzregelung und die Vergaberegulation bilden zusammen die Regelung über den Zugang Dritter zum Eurovisionssystem. Zur Unterlizenzregelung heisst es in der angefochtenen Entscheidung, dass die EBU und ihre Mitglieder sich verpflichten, Nichtmitgliedern ausführlichen Zugang zu Sportprogrammen der Eurovision zu gewähren, für die in kollektiven Verhandlungen ausschliessliche Rechte erworben wurden. Dritte sollen sowohl Rechte für Direktübertragungen als auch für Aufzeichnungen erhalten und in großem Umfang Zugang insbesondere zu nichtverwerteten Rechten haben, z. B. zur Übertragung von Sportveranstaltungen, die von einem EBU-Mitglied nicht oder nur zu einem geringen Teil gezeigt werden. Zur Vergaberegulation wird in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass ein Nichtmitglied die Möglichkeit habe, Fernsehrechte zu kaufen, um auf seinem Pay-TV-Kanal identische oder vergleichbare Wettbewerbe wie die auf dem Pay-TV-Kanal der Eurovisionsmitglieder ausgestrahlt zu übertragen.

.....

Gegen den Freistellungsentscheid der Kommission erhoben Métropole télévision SA (M6), Antena 3 de Televisión SA, Gestevisión Telecinco SA und SIC (Sociedade Independente de Comunicação) SA Klage beim EuG. Den vier Fernsehunternehmen ist gemeinsam, dass sie nicht Mitglieder der EBU sind und in Frankreich, bzw. Spanien oder Portugal landesweit frei zu empfangende Sendungen veranstalten. M6 hatte sich seit 1987 bereits mehrfach ohne Erfolg um die Aufnahme in die EBU beworben. Die vier Veranstalter machten geltend, dass die EBU den Markt der TV-Übertragungsrechte für Grossanlässe des Sports abschotete und den Wettbewerb ausschaltete. ■

ANMERKUNGEN:

Das Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) hatte bereits in einem Urteil vom 11. Juli 1996 einen ersten Kommissionsentscheid zur Freistellung des Eurovisions-Systems der EBU für nichtig erklärt (vgl. *medialex* 1996, 164 f. mit Anmerkungen von OLIVER SIDLER). Den damaligen Entscheid begründete das EuG vor allem damit, dass die Kommission nicht festgestellt habe, ob die EBU neue Mitglieder nach objektiven und einheitlichen Regeln aufnehme und niemanden diskriminiere. Nachdem die EBU ihre Regeln für den Zugang zu den Eurovisionsrechten insbesondere für die Veranstalter von Pay-TV geöffnet hatte, erließ die Kommission am 10. Mai 2000 eine neue Freistellungsentscheidung, die Anfechtungsgegenstand des besprochenen Urteils ist. Die Kommission knüpfte ihre neue Freistellung an die Bedingung, dass die EBU und ihre Mitglieder sich verpflichten, Dritten ausführlichen Zugang zu Sportprogrammen der Eurovision zu gewähren. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, Sportveranstaltungen übertragen zu dürfen, die von einem EBU-Mitglied nicht oder nur zu einem geringen Teil gezeigt werden.

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Zentraler Punkt bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung ist die Feststellung des relevanten Marktes. In der angefochtenen Entscheidung liess die Kommission diese Frage jedoch offen. Sie begründete dies damit, dass die Vereinbarungen der EBU selbst dann keine Wettbewerbsbedenken aufwürfen, wenn die engste Definition gewählt und die Märkte für die Fernsehrechte an einzelnen Sportveranstaltungen wie den Olympischen Sommerspielen oder den Fussball-Weltmeisterschaften zugrunde gelegt werden. Angesichts der Regelung in der Freistellungsverfügung zur Weitervergabe von Eurovisionsrechten an Nichtmitglieder der EBU, sei der Zugang Dritter in jedem Fall ausreichend gewährleistet.

Für die EBU erweist sich der Verzicht der Kommission, den relevanten Markt zu bestimmen, im Nachhinein als verhängnisvoll: Das EuG baut seine urteilsentscheidenden Erwägungen nämlich auf die Feststellung der Kommission, dass der Zugang Dritter selbst unter Annahme der engsten Marktdefinition gewährleistet sei. Unter dieser Hypothese untersucht es, ob die von der Kommission verordneten Freistellungsbedingungen in ihrer praktischen Anwendung den Anforderungen von Art. 81 Abs. 3 EG genügen. Ungeprüft lässt es jedoch das von der EBU bereits ge-

genüber der Kommission vorgebrachte Argument, dass der sachlich relevante Markt enger zu fassen sei als in der Hypothese der Kommission. Nach Auffassung der EBU sei von einem Markt für wichtige Sportereignisse in allen Disziplinen auszugehen, unabhängig vom nationalen oder internationalen Charakter der Veranstaltung. Auf diesem Markt sei die EBU nur eine von zahlreichen Veranstaltern, die Sportereignisse übertragen. Somit unterfalle das Eurovisions-System dem Art. 81 Abs. 1 EG gar nicht und es sei ein Negativattest auszustellen.

Das Urteil erweckt stellenweise den Eindruck, dass das EuG die Gemeinwohlziele und die tatsächlichen Modalitäten der Eurovisions-Zusammenarbeit nicht genügend berücksichtigt. So wirft das EuG der EBU vor, die Konkurrenz bei Olympischen Spielen nicht mindestens so lange im voraus über die nicht beanspruchten Rechte zu informieren, als erforderlich sei, «um die für die Fernsehübertragung sportlicher Veranstaltungen notwendigen technischen Mittel bereitzustellen und sowohl ihre Programmgestaltung als auch ihre Publikumsinformationen darauf einzustellen...» (Rz. 77). Nähme man das EuG beim Wort, würde das bedeuten, dass die EBU diese Informationen etliche Stunden, wenn nicht sogar Tage vor dem fraglichen Wettkampf liefern müsste. Hätte sich das EuG die praktischen Rahmenbedingungen der EBU-Arbeit hinlänglich vor Augen geführt, hätte es feststellen müssen, dass während Olympischen Spielen andauernd rund 30 Signale parallel in der EBU-Zentrale zusammenlaufen. Mit wenigen Ausnahmen sind die Mitglieder der EBU heute allesamt öffentlich-rechtliche bzw. gebührenfinanzierte Veranstalter, die im Rahmen eines öffentlichen Dienstes auf dem gesamten Territorium ihres Sitzstaates Programme veranstalten. Angesichts ihres Grundversorgungsauftrags müssen sie flexibel auf unvorhergesehene Entwicklungen in einzelnen Wettkämpfen reagieren können, um die für die jeweilige nationale Öffentlichkeit wichtigen Ereignisse nicht zu verpassen. Wenn in einer bestimmten Sportart unerwartet eine Sportlerin des betreffenden Landes plötzlich ganz weit vorn im Rennen liegt, muss sofort auf dieses Signal umgeschaltet werden können. Diese Modalitäten verunmöglichen es der EBU, der Konkurrenz im voraus verlässliche Informationen über nicht beanspruchte Rechte liefern zu können. Der im Urteil zu findende Vergleich mit der Geschäftspraxis reiner Rechthändler (Rz. 67) ist verfehlt, weil das Eurovisionsystem nicht dem Handel mit Rechten, sondern der Einsparung von Kosten dient, die beim Ankauf von Fernsehrechten anfallen. Ohne diese Möglichkeit der Kräftebündelung haben die im Eurovisions-System zusammenarbeitenden Service-public-Veranstalter gegenüber den finanzkräftigen multinationalen Konzernen im Kampf um die Fernsehrechte von vornherein das Nachsehen. Die ungehaltenen Reaktionen von Teilen des Publikums in Deutschland auf den Entscheid, die Fussball-WM 2002 mehrheitlich im Privatfernsehen auszustrahlen, zeigten einmal mehr die grosse politische Bedeutung dieses Systems.

Zur Zeit ist noch offen, ob die EBU oder die Kommission gegen dieses Urteil Berufung beim Europäischen Gerichtshof i. S. v. Art. 225 Abs. 1 EG einlegen werden. Wächst das Urteil in Rechtskraft, wird die Kommission die Modalitäten für den Zugang Dritter in der Freistellungsverfügung neu festlegen müssen. Einstweilen bleibt das bei der Kommission eingereichte Gesuch der EBU um Ausstellung eines Negativattestes bzw. um Freistellung hängig, weshalb sie ihre Unterlizenzierungspraxis nicht von heute auf morgen ändern müssen.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN UND LUZERN

Aktive Behördeninformation in Abstimmungskämpfen

Gion-Andri Decurtins

Dr.iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

Andreas Auer warnt in seinem Beitrag in medialex 3/02, S. 133 ff. ausdrücklich vor einer Entwicklung in Richtung «douce propagande de l'Etat». Nicht der heute mehr oder weniger anerkannte Grundsatz der rechtlichen Zulässigkeit einer aktive(re)n Behördeninformation in Abstimmungskämpfen steht im Zentrum, sondern deren Begrenzung. Nach meinem Dafürhalten jedoch sollte der Staat endlich als eigentliche «Partei», als eine der massgeblichen «players» am Abstimmungskampf teilnehmen dürfen, selbstverständlich unter Einhaltung der anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätze. Aktive Behördeninformation in Abstimmungskämpfen ist im Grundsatz verfassungsrechtlich zulässig, ja bis zu einem gewissen Grade sogar notwendig.

Behördliche Informationen und Öffentlichkeitsarbeit vor bzw. in Abstimmungskämpfen können zugegebenermassen die politische Freiheit und Selbstbestimmung des einzelnen Stimmbürgers begrenzen. Aber staatliche Information ermöglicht eben erst, ja erweitert bis zu einem gewissen Grad die (politische) Freiheit. Staatliche Information vor Abstimmungskämpfen ist nicht per se eine Gefahr für den Meinungs- und Willensbildungsprozess. Vielmehr kommt es nach meinem Dafürhalten auf die Qualität des öffentlichen Diskurses («public debate») und weniger auf die Sprecher («speaker») an (FISS).

Pointiert ausgedrückt spielt es demnach keine Rolle, wer informiert, sondern worüber und auf welche Weise informiert und kommuniziert wird. Entscheidend ist letztlich, ob die jeweilige Information dem Stimmbürger bei der Suche nach einer bestimmten Lösung eines Sachproblems dienlich ist oder nicht. Darüber hinaus kommt es natürlich auch noch auf die Art und Weise sowie auf die jeweilige Zurechenbarkeit der Aussage zum Sprecher («speaker») an. Letztlich soll sich der Stimmbürger auf Grund einer breiten Meinungs- und Willensbildung, die alle relevanten öffentlichen und privaten Interessen berücksichtigt, zu einem (Stimm)Entscheid durchringen (vgl. BGE 114 Ia 438).

Die halbdirekte Demokratie schweizerischen oder auch kalifornischen Zuschnitts hat sich – politologisch, soziologisch und vor allem medial – in den letzten Jahrzehnten wesentlich gewandelt. Ausgehend von einem modernen, fast schon partnerschaftlichen Verhältnis zwischen Bürger und Behörden, sieht der einzelne Stimmbürger den Staat und seine politischen Behörden in Bezug auf Informationsvermittlung nicht mehr (nur) als «Feind» sondern (auch) als «Freund». Solange Behördeninformation den «marketplace of ideas» (den Freiraum der Meinungs- und Willensbildung) bereichert und nicht dominiert, verdient sie Schutz. Verschiedene politologische Untersuchungen

der letzten Jahre sowie ein beträchtlicher Teil der aktuellen staatsrechtlichen Literatur diagnostizieren eine eigentliche Krise der Volksrechte angesichts der vielen hochkomplexen Probleme auf kantonaler, nationaler und zunehmend auch auf internationaler Ebene. Die Idealdemokratie Rousseauscher Prägung (der Bürger als aufgeklärter, rational entscheidender «Gesetzgeber») hat wohl realistischerweise ausgedient. Der Stimmbürger ist meiner Ansicht nach gerade bei komplexen Vorlagen zwingend (auch) auf staatliche Grundlageninformation und Orientierung angewiesen.

Wesentlich ist Behördeninformation sodann auch zur Vertretung öffentlicher Interessen bzw. als Schutz vor massiver Propaganda partikulärinteressierter Kreise. Auch hier bleibt Auer m.E. etwas gar legalistisch. Denn je länger je mehr stellt sich in Abstimmungskämpfen die Frage, wer sich letztlich für die öffentlichen Interessen, für die Belange des Gemeinwohls stark macht. Partikuläre Gruppen (wie z.B. Wirtschafts- und Umweltverbände) vertreten naturgemäss und legitimerweise recht kantig ihre besonderen Interessen. Dabei müssen aber in jedem Falle drei Bedingungen erfüllt sein: Erstens müssen die öffentlichen Interessen durch Verfassung, Gesetz oder Regierungsrichtlinien einigermaßen definiert sein. Zweitens sind die verschiedenen (und teilweise auch kontroversen) öffentlichen Interessen zu berücksichtigen. Drittens kommt es darauf an, wie stark bereits andere «players» Gemeinwohlinteressen vertreten. Bei letzterer Bedingung ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit mehr Beachtung zu schenken, was übrigens Auer lehrbuchmässig abhandelt. Schliesslich bewertet auch das Schweizerische Bundesgericht (BGE 108 Ia 160) die Gefahr der Abstimmungsbeeinflussung durch potente private Interessengruppen als um einiges grösser als die einer Behörde. Private Aktivitäten seien schwerer durchschaubar und rechtsstaatlichen Kontrollen weniger zugänglich. ■

Marc Bächli: Das Recht am eigenen Bild. Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person.

Diss., Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München 2002, 182 Seiten

Ausgangslage der Dissertation ist die zunehmende kommerzielle Bedeutung, die den Personenbildern in den Medien, in der Werbung und in der Unterhaltungsindustrie zukommt. Der Autor leuchtet die Rechte an diesen Bildern unter dogmatischen und rechtstatsächlichen Aspekten sorgfältig aus. Er definiert das Recht am eigenen Bild als «jenes Selbstbestimmungsrecht, das vor widerrechtlicher Verkörperung des eigenen Erscheinungsbildes schützt» (S. 31). Die Frage, ob das Bildnisrecht ein selbstständiges, über die Persönlichkeitsgüter der Ehre und der Privatsphäre hinausgehendes Rechtsinstitut darstellt, bejaht er insbesondere mit dem Hinweis auf klare Äusserungen der historischen Gesetzgeber in den Materialien zu Art. 28 ZGB. Den Privatsphärenschutz erachtet er aber dennoch als umfassend genug, weshalb nach seiner Auffassung der (ideelle) Schutzbereich des Rechts am eigenen Bild lediglich die Veröffentlichung und die Verbreitung, nicht jedoch die Herstellung von Personenbildern umfasst. Im Kapitel über die privatrechtlichen Schranken des Rechts am eigenen Bild ist der konzise Überblick über Lehre und aktuelle Rechtsprechung zum Informationsinteresse der Allgemeinheit besonders beachtenswert.

Angesichts der weltweiten Vermarktung von Personenbildern und der Erkenntnis, dass auch ein rein ideell verstandenes Recht am eigenen Bild indirekt die damit verbundenen ökonomischen Interessen der abgebildeten Person schützt, kommt der Verfasser zum Schluss, dass an der Qualifizierung des Bildnisrechts als rein ideelles Recht nicht mehr festgehalten werden kann. Er wird dabei bestärkt durch die Tendenzen in der Praxis einzelner kantonalen Gerichte und in der neueren Literatur. Ferner macht er sowohl auf der Tatbestandsebene von Art. 28 ZGB als auch auf der Rechtsfolgeebene von Art. 28a ZGB Gründe aus, die für den Schutz ökonomischer Interessen durch Art. 28 ZGB sprechen. Der Autor plädiert deshalb dafür, das Recht am eigenen Bild «als Vermögensrecht aufzufassen, das neben dem Schutz ideeller Interessen auch die damit zusammenhängenden Eingriffe in das Vermögen des Abgebildeten erfasst» (S. 152). In der Folge kommt er u.a. zum Schluss, dass sich das Bildnisrecht zu einem «Publizitätsrecht» gewandelt hat, das die ökonomischen Interessen des Persönlichkeitsträgers schützt, ohne von der Verletzung der ideellen Interessen abhängig zu sein.

Dank ihres breiten Spektrums schliesst die Dissertation in Bezug auf das Recht am eigenen Bild eine Lücke in der Schweizer Rechtsliteratur. Sie enthält eine wertvolle Verar-

beitung der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung zu diesem Rechtsbegriff. Sie überzeugt auch in dogmatischer Hinsicht, ohne dabei die praktischen Interessen der Berechtigten und der Nutzenden zu vernachlässigen. ■

DR. CHRISTOPH BORN, ZÜRICH

Babette Kibele: Multimedia im Fernsehen - Die gesetzlichen Grundlagen audiovisueller Informations- und Kommunikationsdienste auf der Basis des deutschen und europäischen Medienrechts

Verlag C.H. Beck, München 2001, 258 Seiten

Auf die technologischen Entwicklungen des Online-Zeitalters reagierte der deutsche Gesetzgeber 1997 mit einem Bündel neuer Rechtsnormen, welche die elektronischen Dienste in verschiedene Kategorien mit je unterschiedlichen Anforderungen einteilen. Zu unterscheiden sind **Rundfunk**, **rundfunkähnliche Mediendienste** (beide geregelt im Rundfunkstaatsvertrag, der solche Dienste einer Lizenzierungspflicht unterstellt), **Mediendienste** (geregelt im Mediendienste-Staatsvertrag, welcher solche an die Allgemeinheit gerichteten Dienste zwar zulassungsfrei erklärt, aber u.a. Vorschriften über journalistische Standards und die Werbung unterwirft) sowie **Teledienste** (geregelt im Teledienstegesetz, welches die für eine individuelle Nutzung bestimmten Dienste betrifft und diese weniger streng normiert als die Mediendienste). Die technisch-organisatorischen Fragen der Datenübermittlung schliesslich werden in einem weiteren Erlass geregelt (Telekommunikationsgesetz).

Die deutsche Regelung erklärt sich aus der unterschiedlichen Gesetzgebungszuständigkeit für Rundfunk (Kompetenz der einzelnen Bundesländer) und andere Telekommunikationsanwendungen (Kompetenz des Bundes). Sie erscheint auf den ersten Blick kompliziert. Die ausführliche Diskussion der zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten in der vorliegenden Dissertation belegt, dass der erste Eindruck in diesem Falle zutrifft. Die Verfasserin zeigt auf, dass praktikable Abgrenzungskriterien zwischen den einzelnen Kategorien weitgehend fehlen. Und sie macht deutlich, dass die auf herkömmliche Radio- und Fernsehprogramme zugeschnittenen Normen des Rundfunkstaatsvertrages den neuen multimedialen Angebotsformen (wie Cyber TV und Online-Rundfunk) nicht gerecht werden.

Die Ausführungen erhellen, weshalb die deutschen Bestimmungen andernorts als «Regelungschaos» bezeichnet worden sind. Die Verfasserin anerkennt in ihrer differenzierten Beurteilung immerhin das Bedürfnis des deutschen Gesetzgebers, den Besonderheiten der neuen Medien durch flexible, inhaltsbezogene Abgrenzungskriterien gerecht zu werden. Eine der Materie angemessene und der

Rechtssicherheit genügende Lösung wurde indessen nicht gefunden. Hauptgrund ist nach Einschätzung der Verfasserin die aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung fließende Aufspaltung der multimedialen Regulierung. Letztlich schein ein Ausweg nur über eine Neuorientierung der deutschen Regelungsstruktur möglich.

Ausgangspunkt einer umfassenden Reform des deutschen Rundfunk- und Multimediarechts könnte nach Auffassung der Autorin eine Zweiteilung in Rundfunkdienste einerseits und in Dienste der Informationsgesellschaft andererseits sein. Diesem Ansatz folgt das europäische (und auch das schweizerische) Medienrecht. Der Anregung der Verfasserin, die Umsetzung der im Jahre 2000 verabschiedeten EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce) für eine grundlegende Reform zu nutzen, ist der deutsche Gesetzgeber nicht gefolgt. Die im Juli 2002 in Kraft gesetzten Änderungen der massgebenden Erlasse halten an der Einteilung in Rundfunk-, Medien- und Teledienste fest.

Die Lektüre der reich dokumentierten Dissertation ist nicht nur für die deutsche Leserschaft lohnenswert. Das Werk bietet einen guten Einstieg in die Thematik der sich rasant wandelnden neuen multimedialen Dienste (Split-Screen TV, Business TV, Intercast, Online TV und Cyber TV). Von besonderem praktischen Nutzen sind die insgesamt 16 Tabellen, welche die Übersicht über komplexe technische Phänomene und die damit verbundenen komplexen rechtlichen Regelungen erleichtern. ■

DR. FRANZ ZELLER, BERN

.....

Leila Roussianos-Moayedi: Les concessions de services de télécommunication

Editions Staempfli, Berne 2002, 386 pages

Après une analyse juridique générale du phénomène de libéralisation, cet ouvrage décrit le régime instauré par la nouvelle loi sur les télécommunications de 1998 (LTC). Des contradictions apparentes découlent du système législatif suisse, qui soumet une activité libéralisée à concession. L'auteur résout cette problématique en comparant concrètement la portée et les conditions de la concession de services de télécommunication avec les exigences d'un marché libéralisé. Les autorités compétentes ainsi que les conditions d'octroi des trois types de concession et les voies de recours sont ensuite présentées.

Enfin, l'auteur trace l'évolution législative à venir. Le phénomène de convergence, qui implique à long terme une révision des structures existantes, y est également abordé. Cet ouvrage tend à donner un aperçu pratique des prescriptions légales en matière de télécommunication. ■

Lothar Ende/Alexander Klein: Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet

C.H. Beck, München 2001, 263 Seiten

Das Buch gewährt dem Rechtsanwender eine erste Hilfestellung bei der rechtlichen Einordnung seiner Internet-Aktivitäten. Es soll dabei praxisorientiert sowohl dem Unternehmer der sog. «old economy», der sein Vertriebssystem um die Variante des Internetvertriebs erweitern will, als auch den zahlreichen Vertretern der sog. «new economy», die sich ausschliesslich der Vorzüge des Internet bedienen, einen Überblick darüber geben, wie derzeit Gesetz, Rechtsprechung und Literatur den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen im Internet zu beurteilen sind. ■

.....

Annette Schneider: Verträge über Internet-Access

C. H. Beck, München 2001, 333 Seiten

Standard-Verträge über Internet-Nutzung, inkl. Webhosting und E-Mail-Dienst beherrschen das Massengeschäft mit nicht-kommerziellen Endnutzern. Ihre juristische Durchdringung ist bisher allerdings oftmals thesenhaft und unsicher. Dies erschwert die Bewertung und Eingrenzung von Risiken. Dieser Band schafft die Grundlage für eine sichere rechtliche Bewertung der häufigsten Internet-Leistungen und die praxisnahe Behandlung der häufigsten Fehlerquellen. In leicht verständlicher Weise werden die technischen und rechtlichen Bedingungen erläutert. ■

.....

Claudia Rinke: Zugangsprobleme des digitalen Fernsehens

Duncker&Humblot, Berlin 2002, 156 Seiten

Die vorliegende Dissertation hat die Regulierung der digitalen Infrastruktur, der sogenannten «digitalen Vertriebsdienstleistungen» zum Gegenstand. Diese Vertriebsdienstleistungen beinhalten zum einen technische Komponenten wie Multiplexing, Verschlüsselung und Payout. Zum anderen zählen auch inhaltsbezogene Serviceangebote wie die Bündelung der digitalen (Pay-TV-)Programme zu sog. Bouquets dazu. Diese Leistungen werden in Deutschland nur von wenigen Unternehmen erbracht, während andere Unternehmen für die Verbreitung ihrer digitalen Fernsehprogramme und anderer digitaler Inhalte auf die Nutzung fremder Infrastruktur angewiesen sind. Rinke untersucht daher, ob und wie jene Unternehmen, die über digitale In-

frastrukturen verfügen, verpflichtet werden können, Dritten Zugang zu ihren Einrichtungen zu gewähren.

Dabei wird zunächst der rundfunkrechtliche Regelungsansatz dargestellt und auf seine Zweckmässigkeit untersucht. Im Anschluss daran erläutert die Autorin die telekommunikationsrechtliche Gesetzgebung zur Lösung von Zugangsfragen und überprüft sie auf ihre Anwendbarkeit auf die digitalen Vertriebsdienstleistungen. Im zweiten Teil der Arbeit wird auf die englische Regulierung zum digitalen Fernsehen eingegangen. ■

.....

Hanna Muralt Müller/Thomas Koller (Hrsg.): Tagung 2001 für Informatik und Recht/Journée 2001 d'informatique juridique

Stämpfli Verlag, Bern 2002, 308 Seiten

Der Band über die dritte (zweisprachige) Tagung für Informatik und Recht enthält sämtliche 14 Referate zu den Themenbereichen «Nationale und internationale Bezüge des E-Commerce» sowie «Auswirkungen von E-Democracy auf den Rechtsstaat». Behandelt werden die privat-, straf-, steuer- und kollisionsrechtlichen Aspekte des E-Commerce sowie verfassungsrechtliche Gesichtspunkte des E-Voting und Auswirkungen der Rechtsinformatik auf die Rechtsprechung: Die Beiträge stammen von Michel Jaccard, Wolfgang Wiegand, Mario Marti, Marc Henzelin, Günter Heine, Bernd Stauder, Urs Weber-Stecher, Michael Isler, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Fridolin M.R. Walther, Xavier Oberson, Roger M. Cadosch, Andreas Auer, Andreas Kley, Bernhard Rütsche, Michel Bibent und Nikolaus Forgó. ■

.....

Rolf H. Weber: Finanzierung der Rundfunkordnung

Schulthess Verlag, Zürich 2000, 209 Seiten

Die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre und die Globalisierung des Medienwesens führen dazu, dass gesetzgeberisch eine grundsätzliche Neukonzeption des Rundfunkrechts ansteht, d.h. punktuelle Korrekturen am heutigen Regulierungsmodell nicht mehr ausreichen. Zu den besonders prägenden Problembereichen gehören die Sicherstellung des Service Public und dessen Finanzierung. Zur Diskussion steht dabei nicht nur, wer zur Finanzierung der Rundfunkleistung beiträgt, sondern auch die Frage, wie die entsprechenden Mittel eingesetzt werden sollen, genauer zu betrachten sind somit die Ausgestaltung

der Einnahmenseite (Gebühren, Werbung, Sponsoring) und die Zuteilung der entsprechenden Mittel an Veranstalter und Produzenten. Die Studie geht diesen Problemen in weiterführender, auch die Entwicklungen in anderen Ländern berücksichtigender Weise nach. ■

.....

Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.): Aktuelle Fragen des E-Commerce

Schulthess Verlag, Zürich 2001, 177 Seiten

Gibt es in der Schweiz ein Recht des E-Commerce (wie der Titel dieses Tagungsbandes mutig unterstellt), und wenn ja, welchen Inhalts? Die Autoren gehen diesen Fragen von praktischer und wissenschaftlicher Warte aus nach. Sie loten in ihren Beiträgen aus, wie weit die Probleme der New Economy mit den Werkzeugen des Old Law zu bewältigen sind. Die Beiträge sind erweiterte Fassungen von Referaten, welche die Autoren an einer Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung im Jahre 2001 in Zürich gehalten haben. ■

.....

Karin Schwab: Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge

Schulthess Verlag Zürich 2001, 181 Seiten

Der Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist aus dem Geschäftsalltag nicht mehr wegzudenken. Entsprechend werden AGB regelmässig in elektronisch abgeschlossene Massenverträge übernommen, in welchen ein individuelles Aushandeln von Vertragsbedingungen praktisch ausgeschlossen ist. Damit treten neben den hinlänglich bekannten AGB-Problemen neue, medien spezifische Rechtsfragen auf. Diesen geht die vorliegende Dissertation nach. Einleitend skizziert die Publikation die Grundproblematik des AGB-Rechts sowie des E-Commerce, wobei sowohl die Rahmenbedingungen in der Schweiz als auch jene in der EU Beachtung finden. Der Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Frage, wie AGB rechtswirksam in elektronisch abgeschlossene Verträge übernommen werden können. Dabei analysiert die Autorin die Anforderungen, welche an den Hinweis auf die AGB gestellt werden, widmet sich der zumutbaren Möglichkeit zur Kenntnisnahme und setzt sich mit der Übernahmeerklärung auseinander. Bei fünf konkreten Anwendungsbeispielen wird anschliessend geprüft, inwieweit sie den Ergebnissen der theoretischen Untersuchung zu genügen vermögen, und werden, wo erforderlich, Verbesserungsvorschläge gemacht. ■

**Bruno Baeriswyl/Beat Rudin
(Hrsg.): Perspektive Daten-
schutz.**

Schulthess Verlag Zürich 2002, 493 Seiten

Der vorliegende Sammelband legt Beiträge von anerkannten Autoren vor, die sich mit der Entwicklung des Daten(schutz)rechts und der Technologie beschäftigen und Perspektiven diskutieren für einen effektiven Datenschutz.

Sie zeigen damit Wege für eine wirksame Umsetzung des Datenschutzes in der Praxis auf und weisen zugleich auf die notwendige konzeptionelle Weiterentwicklung der Gesetzgebung hin. Die mit grossem Erfahrungswissen aus der Praxis geschriebenen Beiträge bieten sowohl den Praktikern im Bereich des Rechts und der Informationsverarbeitung wie auch dem Gesetzgeber viele Hinweise für einen praxisbezogenen und wirksamen Datenschutz, der die Grundrechte der betroffenen Personen auch angesichts der rasanten technologischen Entwicklungen respektiert. ■

Les Livres de *media* Bücher
L E X

Livres/Bücher

Weber Rolf H., Regulatory Models for the Online World, Zürich 2002, 207 S. (Schulthess)

Wesche Claude, Das sync right. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz über die Nutzung vorbestehender Musik in audiovisuellen Produktionen, Bern 2002, 240 S. (Stämpfli)

Revues/Zeitschriften

Empt Martin, Virtuelle Kinderpornographie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?, in: ZUM 8,9/02, S. 613 ff.

Freund Matthias, Die Überbrückung des «Digital Divide», in: MMR: 10/02, S. 666 ff.

Gabel Detlev, Neue Rahmenbedingungen für den Datenschutz im Internet, in: ZUM 8,9/02, S. 607 ff.

Sidler Oliver, Das neue Telekommunikationsrecht der Europäischen Union, in: sic! 9/02, S. 631 ff.

Spies Alex, Transatlantischer Datenschutz: Turbulenzen und sichere Häfen, in: MMR 10/02, S. 641 ff.

Vassilaki Irni E., Das Prinzip Vertrauen für Informationsdienste, in: Computer und Recht 10/02, S. 742 ff.

Vehslage Thorsten, Beweiswert elektronischer Dokumente, in: Kommunikation&Recht 10/02, S. 522 ff.

Forum-Actualité / Forum-News

**Das revidierte Schweizer Design-
recht**

Tagung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE), der ETH Zürich, des Instituts für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES), des Museums für Gestaltung Zürich und des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht (SF-FS) vom 26. und 27. Februar 2002.

Felix Addor, Leiter der Abteilung Recht und internationale Angelegenheiten sowie Mitglied der Direktion des IGE, führte in die wesentlichen Änderungen des Designgesetzes ein. Die wichtigsten Neuerungen seien die folgenden: neue Bezeichnung des Gesetzes, ausdrückliche Erfordernis der Eigenart, Verlängerung der Schutzdauer, Veröffentlichung von Reproduktionen der hinterlegten Designs, Klageberechtigung des ausschliesslichen Lizenznehmers und Änderung im Arbeitnehmerdesignrecht.

Peter Heinrich eröffnete sein Referat über die materiellen Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart (Art. 2 DesG) mit der Feststellung, dass seiner Ansicht nach für die Gültigkeit (Art. 2 DesG) und den Schutzbereich (Art. 8 DesG) dieselben Kriterien gälten. Als Bezugsgrösse für die Prüfung der Neuheit und der Eigenart (Art. 2 Abs. 2 und 3 DesG) schlug Heinrich den Begriff «Stand des Designs» vor. Der Stand des Designs bestimme sich nach dem absoluten Teil-Kriterium «der Öffentlichkeit zugänglich gemacht»,

welches durch das zweite Teil-Kriterium «bekannt sein können in schweizerischen Verkehrskreisen» relativiert werde. Um die Neuheit zu zerstören, ist ein identisches Design nötig. Keinen Einfluss haben laut Heinrich aber Unterschiede, die niemand beachtet.

Patrick Troller beleuchtete in seinem Referat die Schutzzfähigkeit technisch funktionaler Produkte und Produktelemente nach revidiertem Designrecht. Troller hielt fest, dass der Schutzausschlussgrund von Art. 4 lit. c DesG nur dann greife, wenn für die Erreichung der gleichen technischen Funktion keinerlei zumutbare Gestaltungsalternative zur Verfügung stehe. Troller sprach sich für eine grosszügige Gewährung von Designschutz für technisch funktionale Produkte aus.

Fspr. Prof. Eugen Marbach behandelte die Frage der Kohärenz des Schutzes von Gestaltungen aus der Sicht des Markenrechts. Dabei stellte er die These auf, dass jedes denkbare Design das Potential zur Marke habe, aber nicht jede denkbare Marke auch als Design schutzfähig sei. Das Markenrecht biete den Vorteil des attraktiveren internationalen und vor allem zeitlich unbefristeten Schutzes. Das Designrecht sei dafür einfach, schnell und billig zu erlangen, biete also verfahrensmässig gegenüber der Marke Vorteile. Der Designschutz sei daher vor allem in der Startphase eines Erzeugnisses sowie bei kurzlebigen Produkten attraktiv.

Weitere Referate stammten von Markus Wang, Alessandro Celli, Christian Hilti, Ivan Cherpillod und Lucas David. ■