

# LA REGULACIÓ DELS SERVEIS MULTIMÈDIA A ALEMANYA\*

María Jesús García Morales

Departament de Dret Constitucional i Ciència Política  
de la Universitat de Barcelona

## I. Introducció

La República Federal d'Alemanya és el primer país de la Unió Europea on, des del 1997, els nous serveis de comunicació electrònica, com el telebanc, la transmissió de dades o el correu electrònic disposen d'una regulació específica. Així, Alemanya ha esdevingut, en aquest àmbit, un estat pioner dins la Unió per un doble motiu: d'una banda, és el primer estat políticament descentralitzat que ha hagut d'afrontar la delimitació de competències entre la Federació i els estats membres a l'hora de regular aquests nous serveis; i, de l'altra, la normativa alemanya ha avançat categories i criteris de regulació en un àmbit summament innovador.

Aquests serveis, generalment coneguts com a *multimèdia*, permeten que l'usuari rebi prestacions, amb freqüència interactives, de tota mena d'informacions, textos, sons i imatges fixes o en moviment, transmeses a través d'una xarxa independentment que l'equip terminal sigui un ordinador o un televisor.<sup>1</sup> Així, els multimèdia combinen elements de diversos mitjans de comunicació. Per això, la seva aparició representa el sorgiment d'un tercer àmbit entre la comunicació individual, habitualment inscrita en la telecomunicació, i la tradicional comunicació de massa que representa la radiotelevisió.<sup>2</sup>

Aquests serveis nous enclouen un enorme potencial econòmic a mitjà i a llarg termini. No obstant això, fins fa ben poc, a Alemanya no hi havia una regulació que especifiqués en quines condicions s'havien d'oferir. Així, extrems com la necessitat o no necessitat d'una llicència per prestar-los, o bé en quina mesura el proveïdor era responsable per la difusió d'ofertes amb pornografia infantil o propaganda nazi, eren qüestions no gens clares jurídicament. El recurs al marc normatiu ideat per a la radiotelevisió podia donar algunes pautes, però no semblava adequat per a la majo-

---

\* Aquest treball és el resultat d'una estada a l'Institut für Informations-, Telekommunikations-, und Medienrecht (Öffentlich-rechtliche Abteilung), de la Universitat de Münster (República Federal d'Alemanya), durant els tres mesos de l'estiu de 1998, la qual ha estat possible gràcies a una beca de l'Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya. Vull expressar el meu agraïment a aquest Institut i al professor Bernd Holznel, director del centre on s'ha realitzat aquesta investigació, com també als seus col·laboradors per tota l'ajuda que m'han prestat.

1. Entre d'altres, A. Rossmagel, *Telekommunikations- und Multimediarecht*, Beck, Munic, pàg. XIV.

2. Sobre la superació de l'esquema tradicional telecomunicació-radiotelevisió, es pot consultar M. Bullinger i E.-J. Mestmäcker, *Multimedienrecht*, Nomos, Baden Baden, 1997, pàg. 15 i seg.

ria d'aquests serveis, que representen una cosa qualitativament nova i diferent d'aquella. Per això, el motiu principal de la regulació dels multimèdia a Alemanya ha estat dotar els empresaris del sector d'un marc jurídic segur que els estimulé les inversions, però que també garantís l'acceptació d'aquests serveis mitjançant la protecció dels usuaris davant dels riscos que aquestes formes de comunicació comporten per a la seva privacitat o per als menors.

Amb aquesta finalitat va ser aprovada la Llei federal de serveis d'informació i comunicació (IuDKG) i un Conveni estatal subscrit per tots els *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació (MDSt),<sup>3</sup> que van entrar en vigor, al mateix temps, l'1 d'agost de 1997. Cal insistir, doncs, que la regulació multimèdia alemanya és pròpiament un complex normatiu que, a més, ha deixat tancada una dura pugna entre la Federació i els *länder* sobre l'abast de les seves competències en aquest sector. Aquesta controvèrsia competencial és, sens dubte, un aspecte clau per entendre la regulació material alemanya, i per aquest motiu s'examina abans d'abordar-ne el contingut concret.

## II. Distribució de competències en matèria de serveis multimèdia

Alemanya és un estat amb una estructura federal. Per això, la primera qüestió que ha suscitat la regulació dels multimèdia en aquest país ha estat determinar quina instància, la Federació o els *länder*, podia regular aquesta matèria.

### 1. Origen de la controvèrsia competencial

Totes dues parts estaven d'acord en la liberalització d'aquests serveis, i en una regulació de fons basada en la llibertat d'accés, que en permetés la prestació sense necessitar autorització. No obstant això, discrepaven sobre quina instància els havia de regular.

La Federació reivindicava la seva competència exclusiva sobre telecomunicació (art. 73.7 LFB) i la seva competència concurrent sobre el dret de l'economia (art. 74.1.11 LFB), ja que concebia aquests nous serveis com un àmbit de la llibertat d'empresa. En canvi, els *länder* pretenien regular els serveis multimèdia per continuar el camí que havien iniciat en l'àmbit dels nous mitjans, ja en els anys vuitanta, amb la regulació d'un sistema de videotex (conegut com a sistema-Btx), que havien concebut principalment com un subproducte televisiu. Per això defensaven que els serveis multimèdia eren noves formes de radiotelevisió i d'altres mitjans de comunicació sobre els quals tenien competències.<sup>4</sup>

3. Els convenis estatals tenen, després de ser autoritzats pels parlaments de les instàncies subscrip-tores, una posició equiparable a la llei del *land*. Si aquests convenis són subscrits per a tots els *länder*, serveixen, bàsicament, per regular de forma uniforme un àmbit —en què els *länder* tenen competències—, ja que el que s'ha acordat es converteix, després de l'autorització parlamentària preceptiva, en llei de cada *land* i, a més, amb un contingut idèntic en tots ells.

4. En el sistema alemany la competència en matèria de llibertats comunicatives i en especial sobre radiotelevisió correspon als *länder*. La jurisprudència constitucional ha precisat des dels anys setanta, en concret des de l'intent del canceller Konrad Adenauer de crear una radiotelevisió federal, que la

En aquesta línia, i davant de les noves tecnologies, els *länder* van anunciar, el 1994, que tenien el propòsit de dotar d'un marc normatiu els serveis multimèdia. Per això van presentar el que es coneix com a *Negativliste*; és a dir, una llista d'ofertes multimèdies elaborada pels responsables dels *länder* en matèria radiotelevisiva, on s'enumeraven: d'una banda, serveis exclosos del concepte de radiotelevisió (per exemple, correu electrònic, catàlegs de venda electrònics, loteria electrònica); i, d'una altra, serveis que eren entesos com a noves formes de radiotelevisió, però que no exigien una regulació tan intensa com la prevista per a la radiotelevisió tradicional, ja que la seva incidència en la formació de l'opinió pública era més escassa i, lògicament, també era menor el perill per manipular-la (entre d'altres, serveis de dades meteorològiques o borsàries, o bé telejocs).<sup>5</sup>

Aquesta llista va ser adoptada per la Conferència de Ministres-Presidentes dels *länder*, de 25/27 d'octubre de 1995, i es va convertir en la base del projecte de conveni estatal sobre serveis de mitjans de comunicació, presentat pels *länder* el maig de 1996. Pocs dies abans, la Federació, que també reivindicava la seva competència per regular els serveis multimèdies, havia anunciat, a través del ministre federal d'Educació, Ciència, Investigació i Tecnologia, l'elaboració d'un projecte de llei federal multimèdia que previsiblement s'encavalcaria amb la regulació dels *länder*.<sup>6</sup>

## 2. Solució adoptada

Aquesta controvèrsia competencial alentia el desenvolupament de la societat de la informació a Alemanya, ja que els proveïdors de serveis multimèdia no volien arriscar les seves inversions sense un marc jurídic mínim sobre les condicions a què havien de sotmetre la seva activitat. La formalització del conflicte davant el Tribunal Constitucional Federal no semblava pas la solució més oportuna, ja que la seva resolució s'hauria retardat durant anys.

Fins i tot es va arribar a proposar una reforma constitucional que introduís una

---

configuració de la radiotelevisió correspon als *länder*. Això inclou extrems organitzatius, procedimentals o de continguts; és a dir, els aspectes culturals de la radiotelevisió. I, a més, ha refusat qualsevol intromissió de la Federació, tot aclarint que la competència federal sobre telecomunicació només cobreix els aspectes tècnics de transmissió del senyal [BVerfGE 12, 205 (255) (NDR/Televisió d'Alemanya s.r.l.d.a)]. En el cas dels multimèdia, no es persegueix tant la configuració de la llibertat de radiotelevisió, com la protecció d'altres béns que col·lionen amb ella, com el dret a l'honor o la protecció de la joventut; en definitiva, una regulació de límits a aquesta llibertat que també correspon als *länder*. Sobre la controvèrsia competencial en matèria de multimèdia, *vid.*, H. Gersdorf, «Neue Dienste zwischen den Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern», a M. Prinz i B. Peters (eds.), *Medienrecht in Wandel. Festschrift für M. Engelschall*, Nomos, Baden Baden, 1996, pàg. 163 i seg.

5. *Bericht der Arbeitsgruppe «Rundfunkbegriff» der Rundfunkreferenten der Länder vom 9./10. November 1994 in Nürnberg*, *vid.* a *prognos-Studie, Marktchancen und Regulierungsbedarf für Digitales Fernsehen*, Annexos A 29- A 32. Sobre aquesta qüestió, també es pot veure M. Katohe, «Neues Recht für Multi-Media Dienste. Die Ländersicht», *Archiv für Presserecht*, núm. 2, 1997, pàg. 496.

6. «Eckwerte für ein Multi-Media-Gesetz vom 2.5.1996», *Dokumentation in Funkkorrespondenz*, núm. 21, 1996, pàg. 37.

competència federal marc en matèria de multimèdia, o fins i tot una nova competència conjunta entre la Federació i els *länder* en aquest sector a l'estil de les anomenades tasques comunes que, en casos concrets, preveu la Llei fonamental de Bonn (art. 91 *a* i 91 *b* LFB).<sup>7</sup> No obstant això, al final, després d'intenses negociacions, la Federació i els *länder* van arribar a un acord l'1 de juliol de 1996, que es va formalitzar en una declaració conjunta del canceller federal i els ministres-presidents dels *länder*, de 18 de desembre del mateix any. Es tracta d'una solució pragmàtica a través de la qual les parts van acordar que una llei de la Federació regulés els serveis de comunicació individual, els anomenats *teleserveis* (*Teledienste*), mentre que els serveis multimèdia orientats a un nombre indeterminat de persones, els *serveis de mitjans de comunicació* (*Mediendienste*), es disciplinarien mitjançant un conveni entre els *länder*.<sup>8</sup> Així, ambdues instàncies es van comprometre a aprovar mitjançant aquests instruments (Llei federal i conveni dels *länder*) una legislació paral·lela sobre qüestions de fons, com per exemple la llibertat d'accés o el règim de responsabilitat, en què ambdues parts sempre han estat d'acord.

Amb aquesta finalitat, els *länder* van subscriure el Conveni estatal sobre mitjans de comunicació, de 20 de gener/12 de febrer de 1997 (MDS<sub>t</sub>) i la Federació va aprovar la Llei federal sobre serveis d'informació i comunicació (IuKDG), de 22 de juliol de 1997, l'entrada en vigor dels quals es va pactar en ambdós casos l'1 d'agost de 1997. Aquesta darrera és la que es coneix com una *llei d'articles* (*Artikelgesetz*); és a dir, una llei que conté diverses lleis, concretament onze, de les quals aquí ens interessen sobretot la Llei sobre teleserveis (TDG) i la Llei sobre protecció de dades en els teleserveis (TDDSG). Així, aquesta tècnica legislativa ha permès sistematitzar *uno acto* l'aprovació de noves disposicions o reformes de lleis anteriors sobre el sector multimèdia.<sup>9</sup>

El resultat ha estat que els *länder*, amb l'ajuda de les seves competències mediàtiques, han regulat els serveis multimèdia dirigits a una comunicació de massa; mentre que aquells altres serveis multimèdia destinats a la comunicació individual han quedat en mans de la Federació, bàsicament a través de les lleis sobre teleserveis i sobre protecció de dades en els teleserveis.

Ara bé, quina competència té la Federació per legislar sobre aquestes formes de comunicació individual? El recurs a la seva competència exclusiva sobre telecomunicació finalment va ser descartat, perquè la Llei federal sobre els multimèdia disci-

7. També es va proposar la subscripció d'un Conveni estatal entre la Federació i els *länder*, però aquesta solució finalment va ser desestimada. Sobre les diverses propostes, *vid.* G. Gounalakis i L. Rhode, «Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz. Ein Jahr im Rückblick: Rechtsrahmen des Bundes für die Informationsgesellschaft», *Kommunikation & Recht*, núm. 8, 1998, pàg. 323.

8. El text de la declaració es reproduïx a S. Engel-Flehsig, «Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz des Bundes und der MediendiensteStaatsvertrag der Bundesländer», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 4, 1997, pàg. 231.

9. En concret, la Llei federal sobre serveis d'informació i comunicació conté: d'una banda, tres noves lleis, les ja mencionades lleis sobre teleserveis (TDG) i sobre protecció de dades en els teleserveis (TDDSG), més la Llei sobre la firma digital (SigG), que pretén regular el comerç electrònic; i, de l'altra, reformes del Codi penal, de la Llei sobre infraccions administratives, de la Llei sobre difusió d'escriptors perjudicials per a menors, de la Llei de propietat intel·lectual i de la Llei i el Reglament sobre indicació de preus.

plina aspectes materials, com el principi de llibertat d'accés o el règim de responsabilitat dels proveïdors, i la jurisprudència constitucional ha establert que la competència federal sobre telecomunicació només cobreix la regulació del procés tècnic de transmissió.<sup>10</sup> Per això, la Federació al final va utilitzar la seva competència concurrent sobre dret de l'economia per regular els serveis multimèdials de comunicació individual,<sup>11</sup> encara que amb força crítiques. Possiblement la més reiterada és que el punt central de la regulació d'aquests serveis no és l'estatus del proveïdor, sinó la informació i la comunicació, drets fonamentals de l'àmbit mediàtic la configuració legislativa dels quals correspon en el dret alemany als *länder*.<sup>12</sup>

En definitiva, sembla que l'àmbit que havia de regular la Federació es va anar perfilant millor en les negociacions successives entre representants federals i els *länder*, sovint amb controvertides zones grises entre les quals hi havia serveis com la telecompra.<sup>13</sup> En tot cas, les concessions recíproques de qualsevol negociació mai no poden ser una renúncia de competències pròpies a favor de l'altra instància, ja que aquestes són indisponibles per als seus titulars. Això no obsta perquè en alguns casos, com aquest, la Federació i els *länder* hagin acordat una interpretació determinada d'un títol competencial, a fi d'aconseguir-ne un exercici pacífic.<sup>14</sup> Així, la solució adoptada ha permès que la Federació i els *länder* aprovessin, per damunt de concepcions competencials diferents, una regulació de fons sobre qüestions compartides per totes dues instàncies.

10. Així, BVerfGE 12, 205 (255 i seg.) (NDR/Televisió d'Alemanya s.r.lda). Des d'aquesta sentència, atès que la regulació de la comunicació individual s'ha centrat sobretot en aspectes tècnics, s'ha anat estenent, en un sector de la doctrina, la idea que la comunicació individual corresponia a la Federació en virtut del seu títol sobre telecomunicació. No obstant això, aquesta interpretació no ha trobat ressò en la jurisprudència constitucional. Sobre comunicació individual i la competència federal sobre telecomunicació, *vid.* W. Schulz, «Jenseits der "Meinungsrelevanz"- Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Ausgestaltung und Gesetzgebungskompetenzen bei neuen Kommunikationsformen», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 6, 1996, pàg. 495.

11. En aquest sentit, *vid.* el dictamen preparat a instàncies del Ministeri federal d'Educació, Ciència, Investigació i Tecnologia per M. Bullinger i E.-J. Mestmäcker, *Multimedien Dienste*, *op. cit.*, pàg. 173, que bàsicament concep els multimèdia com a intercanvi electrònic de béns.

12. Entre d'altres, G. Gounalakis i L. Rhode, *op. cit.*, pàg. 323, que, a més, assenyalen que el dret de l'economia no podia ser el títol principal perquè, juntament amb l'interès econòmic del proveïdor, la Llei sobre teleserveis també persegueix una protecció dels drets de l'usuari que difícilment podien trobar empara en aquella competència. Juntament amb aquestes crítiques sobre el títol elegit, també s'ha objectat l'oportunitat del tipus de competència utilitzada. En efecte, dret de l'economia és una competència concurrent, de manera que, en el sistema alemany, la Federació només pot actuar si és necessari per garantir una unitat jurídica i econòmica (art. 72.2 LFB); cosa que és qüestionable quan els *länder* havien demostrat la seva capacitat per regular aquest àmbit d'una manera unitària sense intervenció federal a través del Conveni sobre serveis multimèdia. Sobre això, *vid.* M. Kntohe, *op. cit.*, pàg. 495.

13. G. Gounalakis i L. Rhode, *op. cit.*, pàg. 323.

14. Es tracta d'una manera de procedir coneguda en el sistema alemany, en què, per exemple en l'àmbit dels nous mitjans, la Federació va renunciar a recórrer davant el Tribunal Constitucional Federal i va permetre que els *länder* reguessin el 1983 el sistema de videotext (sistema-Btx), per mitjà d'un conveni estatal, amb la intenció de no retardar-ne la introducció, i perquè estava d'acord en la regulació de fons, malgrat que sempre va negar que allò s'inclouia dins les competències mediàtiques dels *länder*. Sobre aquest cas, *vid.* M. Bullinger i E.-J. Mestmäcker, *op. cit.*, pàg. 156.

### III. Regulació material dels serveis multimèdia

#### 1. *Conceptes previs: serveis de mitjans de comunicació i teleserveis*

La normativa sobre multimèdia ha creat dues categories noves en el dret alemany: d'una banda, els *teleserveis*, que regula la Llei federal sobre teleserveis; i, de l'altra, els *serveis de mitjans de comunicació*, el règim dels quals es regula en el Conveni estatal sobre aquests mitjans, i també, parcialment, com veurem més endavant, en el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió.

Aquesta dicotomia de serveis serveix per dissenyar el règim material de cada un d'ells, però, sobretot, serveix per traduir un determinat repartiment competencial entre la Federació i els *länder* en aquest àmbit nou.

Per això, el punt de partida per a la configuració d'aquestes dues categories noves, teleservei i servei de mitjans de comunicació, ha estat el que es coneix com el concepte constitucional de radiotelevisió (*verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff*). Es tracta d'una qüestió intensament discutida per la doctrina alemanya en els darrers anys, sota la qual es debat si tots els serveis electrònics nous pertanyen a l'àmbit de protecció de la llibertat de radiotelevisió que reconeix la Llei Fonamental de Bonn (art. 5. 1 LFB).

La importància d'aquest concepte constitucional de radiotelevisió rau en el fet que serveix per determinar l'àmbit de la regulació d'aquests serveis nous des d'una doble perspectiva. D'una banda, des del punt de vista competencial, radiotelevisió és una competència dels *länder* i, per tant, fixar quins serveis s'inclouen dins d'aquest concepte representa aclarir quins d'ells han de ser regulats pels *länder* i quins per la Federació. Però, a més, aquest extrem serveix per determinar la regulació material d'aquests serveis, ja que ha calgut discutir en quina mesura el rigorós règim imposat tradicionalment a la radiotelevisió, sota diversos arguments com la influència que exerceix en la formació de l'opinió pública i individual, s'havia d'aplicar també a algunes d'aquestes noves formes de comunicació.<sup>15</sup>

#### 1.1. Punt de partida: concepte constitucional de radiotelevisió

##### a) Elements del concepte constitucional de radiotelevisió

La Llei Fonamental de Bonn reconeix la llibertat de radiotelevisió però no defineix què és radiotelevisió. En el dret alemany es consideren necessaris tres elements per parlar de radiotelevisió en sentit constitucional: orientació a la generalitat, programes de tota mena i transmissió a través de telecomunicació.<sup>16</sup>

15. Sobre aquesta qüestió, *vid.* en la seva totalitat H. Gersdorf, *Der Verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, Schriftenreihe der HAM, Berlin, 1995; més breument, W. Hoffmann-Riem i W. Schulz, «La televisió pública en Alemanya», a J. J. González Encinar (ed.), *La televisió pública en la Unió Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pàg. 84-85.

16. Es tracta de tres notes recollides en l'article 2.1 del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió, precepte que conté la definició legal de radiotelevisió, i unànimement es considera que concreten els elements de la radiotelevisió en sentit constitucional. Sobre el concepte constitucional de radiotelevisió i els seus elements podeu consultar el ja esmentat treball de H. Gersdorf, *ibidem*; com també H. D. Jarass, «Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internets», *Archiv für Presserecht*, núm. 2, 1998, pàg. 133-137; B. Holznapel, «Rundfunk-, Medien- und Teledienste: Abgrenzung, Anbieter-

El primer element fa referència a una comunicació potencialment de massa. El contingut de la comunicació, o el fet que s'hagi de pagar un preu per aquest, són dades irrelevantes, mentre el destinatari sigui un nombre indeterminat de persones. Per això, aquest element faltaria en el cas de formes de comunicació destinades a grups tancats com, per exemple, programes emesos en l'àmbit familiar o videoconferències.

La radiotelevisió en sentit constitucional exigeix, a més, programes de tota mena. Aquest requisit, que es coneix com a *Darbietung*, al·ludeix al producte comunicatiu, concretament a la seva aptitud per influir en la formació de l'opinió pública; és a dir, a la seva rellevància publicística.<sup>17</sup> Sobre això és indiferent el contingut de la comunicació, que tant pot ser informació, com cultura o entreteniment. Més aviat aquest element al·ludeix a la funció pròpia de la radiotelevisió com a factor i mitjà de formació de l'opinió pública, que només es pot complir si la immensa sèrie d'esdeveniments, informacions o opinions que es produeixen, es preparen i es presenten com un producte adreçat al receptor.<sup>18</sup> Així, no serien radiotelevisió aquelles ofertes comunicatives que no vagin destinades o no siguin apropiades per a la formació de l'opinió pública, com passa en el cas de les informacions aïllades que no s'inclouen en una oferta de comunicació més àmplia com, per exemple, la transmissió electrònica d'un catàleg de compra.

Juntament amb aquests dos elements, la radiotelevisió en sentit constitucional exigeix una transmissió a través de la telecomunicació. Es tracta d'un requisit que al·ludeix al procés tècnic de difusió i que diferencia la radiotelevisió d'altres llibertats orientades a la comunicació de massa —també reconegudes en l'art. 5. 1 LFB— com la premsa o el cinema. En aquest sentit, allò rellevant seria que la transmissió es produís a través de la utilització d'ones electromagnètiques, però és indiferent que la difusió sigui mitjançant freqüències terrestres, per satèl·lit, o per cable de banda estreta o ampla.

#### b) Concepte constitucional de radiotelevisió i nous mitjans

Com hem avançat, la regulació dels nous serveis ha col·locat aquest concepte en el centre del debat mediàtic alemany durant els darrers quatre anys, ja que ha calgut discutir, amb un rerefons competencial que no es pot perdre de vista, la incardinació en aquest. Tots aquests serveis utilitzen la telecomunicació com a suport tècnic,

---

pflichten und Aufsichtsstrukturen» (manuscrit), pàg. 9 i seg., pròximament a T. Hoeren i U. Sieber (eds.), *Handbuch Multimedia-Recht*, Beck, Munic, 1999; D. Dörr, «Multimedia und der Rundfunkbegriff», A. Dittmann, F. Fechner i G. G. Sander (eds.), *Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien*, Symposium zum 65. Geburtstag von T. Oppermann, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pàg. 1222 i seg.; W. Hoffmann-Riem, «Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste», *Archiv für Presserecht*, núm. 1, 1996, pàg. 9 i seg.

17. La rellevància en l'opinió pública s'entén de forma àmplia com la capacitat d'una oferta mediàtica d'influir en la construcció de la realitat social, referint-la a tots els àmbits de la vida. *Vid.* W. Hoffmann-Riem, «Kommunikations- und Medienfreiheit», a E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel, K. Hesse i W. Heyde (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlín, Nova York, 1995, pàg. 197; W. Schulz, *op. cit.*, pàg. 493.

18. Aquesta prestació es coneix com a *redaktionelle Darbietung*. Sobre aquesta, *vid.*, en especial, H. D. Jarass, *op. cit.*, pàg. 134-136. Així mateix, sobre la llibertat de radiotelevisió com a *dienende Freiheit*, tal com l'ha qualificat el Tribunal Constitucional Federal alemany; és a dir, com a llibertat al servei d'una funció: la garantia d'una formació de l'opinió pública i individual lliure, es pot consultar M. Salvador Martínez, *La libertad de la televisión. El modelo alemán*, Cedecs, Barcelona, 1998, pàg. 126 i seg.

però no tots ells s'orienten a la comunicació de massa. Només aquests serveis adreçats a un destinatari indeterminat poden incloure's dins el concepte constitucional de radiotelevisió, malgrat que la seva rellevància publicística sigui inferior a la que aconseguix la radiotelevisió tradicional mitjançant emissions preordenades en el decurs d'una programació global.

Malgrat tot, la inclusió o l'exclusió dels serveis multimèdia en el concepte de radiotelevisió no és un tema nou a Alemanya. Ben al contrari, s'inicia aquesta discussió al principi dels anys vuitanta amb l'aparició dels primers serveis que permetien una comunicació més interactiva.<sup>19</sup> A diferència de la radiotelevisió clàssica, aquests serveis confereixen al receptor una àmplia disponibilitat temporal i sobre els continguts que vulgui rebre. Per això, es va començar a debatre fins a quin punt aquests serveis es podien considerar com a comunicació de massa i com a radiotelevisió. Aquestes reflexions es van plasmar en la Llei de mitjans de comunicació de Baden-Württemberg, de 16 de desembre de 1985, que preveia un règim per a la radiotelevisió tradicional i un altre de menys rigorós per als anomenats *serveis semblants* a la radiotelevisió (*rundfunkähnliche Dienste*), que permetien que el receptor tingués més possibilitats de selecció temporal, entre els quals es trobaven sistemes de teletext o el vídeo sota demanda.<sup>20</sup>

El Tribunal Constitucional Federal alemany ha considerat que aquesta distinció legal pot tenir un caràcter descriptiu, però que és irrellevant per determinar si un servei s'inclou dins el concepte constitucional de radiotelevisió. El Tribunal ha partit d'una interpretació dinàmica i funcional de radiotelevisió; és a dir, orientada a salvaguardar la funció de formació de l'opinió pública i individual, que garanteix aquesta llibertat, també davant les noves possibilitats tècniques. En conseqüència, aquests nous serveis podrien ser radiotelevisió en sentit constitucional, ja que no s'exclou que puguin influir en el procés de formació de l'opinió pública, si el contingut s'adreça a un nombre indeterminat de destinataris; és a dir, a la comunicació de massa.<sup>21</sup>

19. S'acostuma a parlar de serveis quasi sota demanda o sota demanda. Els primers (*Zugriffsdienste*) es transmeten d'una manera cíclica i l'usuari pot elegir el moment de rebre'ls dins d'horaris predeterminats per l'operador (per exemple, el teletext); d'altra banda, els serveis sota demanda (*Abrufdienste*) permeten que el receptor determini lliurement el moment i també el contingut que vol rebre (per exemple, serveis d'internet). La doctrina alemanya es va començar a ocupar d'aquests nous serveis amb la introducció el 1983 del sistema de videotex que permetia transmetre per via telefònica textos guardats en un servidor, més conegut com a sistema-Btx. Però fins i tot ja al final dels anys setanta els màxims responsables en matèria radiotelevisiva dels *länder* van redactar informes, els anomenats *Schliersee-Papier* el 1975 o els *Würzburger-Papier* el 1979, on es debatia la inclusió dins el concepte de radiotelevisió dels serveis quasi sota demanda i sota demanda. Més detalls a H. Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff*, op. cit., pàg. 121-128.

20. Sota aquesta distinció subjauen bona part de les idees mantingudes per M. Bullinger, un dels impulsors d'aquesta Llei, el qual sostenia que els nous serveis no es podien entendre com a radiotelevisió perquè el receptor no estava vinculat a una programació predefinida per l'emissor i rebuda per un nombre indeterminat de destinataris simultàniament, *vid.* Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, Nomos, Baden Baden, 1980, pàg. 26 i seg. En contra, es pot consultar W. Hoffmann-Riem i T. Vesting, «Ende der Massenkommunikation?», *Media Perspektiven*, núm. 8, 1994, pàg. 388-389.

21. BVerfGE 74, 297 (350-352) (Llei de mitjans de comunicació de Baden-Württemberg). Una interpretació també funcional de radiotelevisió a BVerfGE 83, 238 (302) (Llei de mitjans de Renània del Nord-Westfàlia).



Això no significa que tots els serveis que s'inclouen dins d'aquest concepte constitucional hagin de tenir una regulació uniforme. Al contrari, la llibertat de radiotelevisió només exigeix que el nivell de regulació s'orienti a la influència potencial que tingui cada servei en la formació de l'opinió pública. Per això, el legislador —cal insistir que es tracta del legislador dels *länder*— pot sotmetre els serveis que s'inclouen en el concepte constitucional de radiotelevisió a regulacions diferents, més o menys estrictes, i disposar per a cada un d'ells un nivell d'exigències diverses.<sup>22</sup>

Així, dins el concepte constitucional de radiotelevisió coexisteixen activitats amb diferent rellevància publicística, i correlativament amb un règim diferenciat i gradual: d'una banda, serveis que el legislador designa com a «radiotelevisió» (*Rundfunk*), sotmesos a una intensa regulació prevista en el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió; i, juntament amb ells, altres serveis amb un règim menys rigorós i entre els quals hi ha serveis multimèdia orientats a la comunicació de massa.

D'aquesta manera podem diferenciar: d'una banda, un *concepte constitucional i ampli de radiotelevisió* configurat pels elements que hem vist, que fa referència a l'àmbit de protecció de la llibertat de radiotelevisió garantida per la Llei Fonamental de Bonn, on s'inclouen serveis de radiotelevisió i alguns serveis nous; i, de l'altra, un *concepte estricte de radiotelevisió* que al·ludeix a l'àmbit d'aplicació del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió; és a dir, a les activitats concretes o als serveis que se sotmeten a un règim rigorós d'autorització per a l'operador privat o garanties de pluralisme, dins de les quals es troben les emissions de radiotelevisió codificada i de pagament, com també programacions de radiotelevisió generalistes, temàtiques, per satèl·lit o de caràcter local.<sup>23</sup>

El debat competencial i material entorn dels nous mitjans al·ludeix, com hem assenyalat, al concepte constitucional de radiotelevisió. Sobre l'absència o la presència molt matisada dels seus elements s'han construït les dues categories noves de serveis multimèdia, serveis de mitjans de comunicació i teleserveis, els trets dels quals examinem a continuació.

22. Sobre això, B. Holznapel, *op. cit.*, pàg. 14-15; W. Hoffmann-Riem i W. Schulz, *op. cit.*, pàg. 85.

23. La televisió codificada i de pagament es recull expressament com a servei de radiotelevisió en l'art. 2. 1, darrer incís, del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió. La resta de les emissions esmentades es relacionen amb l'art. 2. 2 del Conveni esmentat. Tots aquests serveis es consideren serveis de radiotelevisió *stricto sensu*. D'aquesta manera, el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió parteix, en l'art. 2. 1, incís primer —definició legal de radiotelevisió—, d'un concepte ampli, perquè recull, com ja hem vist, els elements del concepte constitucional de radiotelevisió; però això no significa que totes les activitats incloses dins aquest concepte ampli estiguin subjectes a aquest Conveni. L'àmbit d'aplicació d'aquest Conveni és clarament més reduït. El mateix Conveni defineix alguns d'aquests serveis radiotelevisius. Així, a l'efecte d'aquest Conveni, s'entén com a programació generalista (*Vollprogramm*) aquella programació de radiotelevisió amb continguts variats en què la informació, la formació, l'assessorament i l'entreteniment constitueixen una part essencial de la programació global; programació temàtica (*Spartenprogramm*) com una programació de radiotelevisió amb continguts en gran part similars; emissions per satèl·lit (*Satellitenfensterprogramm*) en el sentit d'una programació de radiotelevisió temporalment limitada amb una difusió en tot el territori federal dins d'una extensa programació (programació principal); i programació regional (*Regionalfensterprogramm*) com una programació de radiotelevisió temporalment i espacialment limitada, amb continguts majorment regionals, i emesos dins una programació principal. Sobre la distinció entre concepte ampli i concepte estricte de radiotelevisió, *vid.* H. D. Jarass, *op. cit.*, pàg. 140; B. Holznapel, *op. cit.*, pàg. 18.

## 1.2. Serveis de mitjans de comunicació

El Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació defineix aquests serveis com aquelles ofertes que s'adrecen a la generalitat en forma de text, so o imatge i que es transmeten a través d'ones electromagnètiques (art. 2.1 MDSt). Sota aquesta categoria s'inclouen dos tipus de serveis multimèdials:

D'una banda, serveis de distribució, en què el contingut i el punt d'emissió són determinats unilateralment per l'emissor, entre els quals hi ha la telecompra, la transmissió de dades (per exemple, valors de divises), o bé el teletext, el radiotext o d'altres serveis de textos equiparables.

De l'altra, serveis sota demanda, en què l'usuari té una disposició total sobre els continguts que desitja rebre i sobre el punt d'emissió, com per exemple la premsa electrònica o el vídeo sota demanda, i dels quals s'exclouen expressament aquells que siguin un intercanvi de prestacions individual, una mera transmissió de dades o telejocs (art. 2.2 MDSt).

Es tracta de serveis multimèdia orientats a la comunicació de massa, ja que el destinatari és indeterminat. No obstant això, a diferència dels serveis de radiotelevisió en sentit estricte, els seus continguts tenen una intensitat escassa o nul·la per influir en la formació de l'opinió pública. Bàsicament són ofertes sobre publicitat de productes, oci o notícies, però que no s'inclouen dins d'una oferta de comunicació més gran.

Alguns d'aquests serveis, com la transmissió d'un catàleg de compra o de dades numèriques sobre valors de divises, no tenen rellevància publicística. Per contra, altres serveis poden contribuir a la formació de l'opinió pública, ni que sigui d'una manera molt matisada, com passa amb el teletext. Aquest servei permet la transmissió de la generalitat d'una oferta comunicativa variada en què s'inclouen avanços de programació, resums de premsa o notícies meteorològiques. No obstant això, es qualifica com a servei de comunicació perquè és un servei de textos que no té imatges en moviment; i, per tant, el seu poder de captació de receptors i la seva rellevància publicística són reduïts.<sup>24</sup>

Aquest tipus de multimèdia són un bon exemple del caràcter funcional que es reconeix al concepte constitucional de radiotelevisió a Alemanya, ja que aquests serveis en formen part encara que el seu grau d'influència en l'opinió pública és molt inferior al de serveis de radiotelevisió en sentit estricte. Ara bé, atès que aquests serveis multimèdials tenen una rellevància publicística ben escassa, es preveu un règim apropiat per a la seva incidència menor en l'opinió pública. I per això se sotmeten a uns requisits menys rigorosos que els serveis radiotelevisius, ja que la seva prestació no requereix autorització ni d'altres garanties de pluralisme previstes per a aquells.<sup>25</sup>

24. El teletext era considerat com a servei de radiotelevisió fins a l'aprovació del Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació (art. 22.a MDSt). Precisament, la manca de «força de suggestió» (*Suggestivkraft*) ha estat determinant per substraure'l de l'àmbit d'aplicació del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió i incloure'l entre els serveis de mitjans de comunicació. *Vid.* R. Hochstein, «Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff - Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 45, 1997, pàg. 2979.

25. Cal precisar que concepte constitucional de radiotelevisió i serveis de mitjans de comunicació són dos àmbits que es creuen: hi ha serveis de mitjans de comunicació, com el teletext, que s'inclouen en aquest concepte perquè tenen una rellevància publicística; però d'altres, com la transmissió d'un

### 1.3. Teleserveis

A diferència dels serveis de mitjans de comunicació, els teleserveis no són incardinats en la comunicació de massa. Així, la Llei federal sobre teleserveis els defineix com aquells serveis multimèdials que es caracteritzen per l'ús individual de dades, signes, imatges i sons que es transmeten a través de la telecomunicació (art. 2.1 TDG). La mateixa Llei federal de teleserveis enumera, a tall d'exemple:

- el telebanc o l'intercanvi de dades,
- serveis de transmissió de dades, per exemple, sobre trànsit, meteorològiques, mediambientals o borsàries,
- navegadors d'internet i altres xarxes,
- telejocs, o
- la telecompria, però només en el cas que sigui possible la interactivitat i fer comandes directament (art. 2.2 TDG).

Es tracta, doncs, de serveis que constitueixen una comunicació individual i que, en conseqüència, són exclosos de l'àmbit previst constitucionalment per als mitjans de masses. Els teleserveis són comunicació privada i, per tant, la intensitat de la seva regulació és inferior a la prevista per als serveis orientats a la comunicació de massa.

### 1.4. Problemes de delimitació i rellevància pràctica

Un cop aprovada la nova normativa sobre serveis multimèdia, en el sistema alemany podem parlar de la tríada de serveis de comunicació següent: la radiotelevisió, en sentit estricte, que representa el més alt grau d'influència en la formació de l'opinió pública; els serveis de mitjans de comunicació amb una rellevància publicística escassa; i els teleserveis de comunicació individual. No obstant això, aquesta distinció, *a priori* meridiana, presenta nombrosos problemes de delimitació a la pràctica.

D'una banda, la delimitació entre teleservei i servei de mitjans de comunicació no és senzilla. En principi, el criteri de distinció rau en l'àmbit dels destinataris: comunicació individual en el primer cas, i comunicació de massa en el segon. No obstant això, les dificultats de delimitació augmenten perquè la frontera entre les dues formes de comunicació cada cop és més difusa. Un bon exemple són les pàgines *web*, perquè algunes vegades es destinen a la presentació d'informacions o opinions que només serveixen per a una comunicació individual de manera molt secundària, mentre que en altres aquest aspecte ocupa el primer pla.

D'altra banda, tampoc no és fàcil distingir entre els serveis de mitjans de comu-

---

catàleg de compra, en queden fora perquè aquesta rellevància publicística és nul·la. Malgrat tot, els serveis de mitjans de comunicació han estat definits, tècnicament d'una manera inexacta, en la motivació oficial al Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació com a radiotelevisió sense *Darbietung* (vid. *Amtliche Begründung zum Mediendienst-Staatsvertrag*, reproduïda a Hessischen Landtag-Drucksachen 14/2783). Sobre això, es pot consultar H. D. Jarass, *op. cit.*, pàg. 140 i B. Holzmagel, *op. cit.*, pàg. 19.

nicació i de radiotelevisió. Tots dos es dirigeixen a la comunicació de massa, però els primers gairebé no contribueixen gens a la formació de l'opinió pública. Per contra, això no és així en els serveis com la televisió de pagament (*pay-TV* i *pay-per-view*) o la televisió temàtica, que es consideren activitat de radiotelevisió, perquè el destinatari és indeterminat i tenen rellevància publicística, independentment de si el receptor paga o de si són limitats temàticament.<sup>26</sup> Però més enllà d'aquests supòsits n'hi ha molts altres, com els informatius de cadenes de televisió a través d'internet,<sup>27</sup> on la frontera entre radiotelevisió i serveis de mitjans de comunicació no és gens clara.

Possiblement, un dels casos que il·lustra millor aquests problemes de delimitació és la telecompria. En principi aquesta és un servei de mitjans de comunicació, sempre que sigui un servei de distribució; en canvi s'entén com a teleservei si es tracta d'una compra sota demanda amb possibilitat d'interacció; i fins i tot podria ser radiotelevisió si s'emet dins d'una oferta de programació radiotelevisiva. Aquest exemple no és un supòsit aïllat. Al contrari, només un nombre molt reduït de casos s'emmarquen clarament en les categories creades per la nova normativa alemanya. Per això, no es poden qualificar la majoria dels serveis en abstracte sinó cas per cas, segons la seva configuració concreta.<sup>28</sup>

26. Així, Premiere, la cadena de pagament més implantada a Alemanya, emet sota les disposicions del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió, sense diferenciar-se, doncs, d'altres cadenes privades com Pro 7, SAT 1 o RTL. Pel que fa a la televisió digital, convé assenyalar que no es regula explícitament en el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió. Malgrat això, aquesta també s'entén com a radiotelevisió, ja que la jurisprudència constitucional alemanya ha assenyalat que la radiotelevisió no està lligada a les tècniques de transmissió clàssiques. La televisió digital també està sotmesa, doncs, al Conveni estatal sobre radiotelevisió. L'aplicabilitat de les seves disposicions singulars, per exemple, en matèria de publicitat, no és problemàtica. Per contra, el problema rau més aviat en el fonament jurídic de la llicència per oferir nous serveis digitals de televisió (per exemple, Premiere digital ha començat a emetre amb una llicència digital). A Alemanya, les emissions de televisió digital s'han anat produint en forma de projectes pilot a partir de disposicions de prova, per exemple, a Renània del Nord-Westfàlia la base jurídica ha estat un Reglament de prova (*Medienversuchverordnung*), aprovat el novembre de 1996, i excepcionalment a Baviera a través d'un contracte de dret públic subscrit el juliol de 1996 entre la *Landesmedienanstalt* i l'operador de televisió digital (DF 1), una possibilitat prevista expressament per la Llei bavaresa de mitjans de comunicació. A fi de crear un marc jurídic uniforme per als serveis de televisió digital, s'ha anat sol·licitant cada cop més la conclusió d'un Conveni estatal entre *länder* específic per a la televisió digital: *vid.* F. Börner, «Broadcast goes Online - welches Recht ist anwendbar?», *Kommunikation & Recht*, núm. 8, 1998, pàg. 346. En aquest sentit, l'actual projecte per a una quarta reforma de l'actual Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió recull expressament una regulació de la televisió digital. La raó d'això no rau en el fet que l'actual Conveni estatal sobre radiotelevisió no sigui aplicable a aquests nous serveis radiotelevisius, sinó en el fet que la televisió digital presenta problemes específics (per exemple, accés al *multiplex*, sistemes de navegació i accés condicional), que la televisió analògica desconeix, però que necessiten una regulació. Sobre aquesta qüestió es pot consultar B. Holznapel i D. Daufeldt, «Zugangssicherung bei digitaler Fernsehübertragung», *Computer und Recht*, núm. 1, 1998, pàg. 151-156.

27. Per exemple, a través del servidor de la Radiotelevisió del Nord d'Alemanya (NDR) s'accedeix a informes dels *Tagesschau* i *Tagesthemen* amb textos, sons i imatges en moviment.

28. Per a una exposició detallada sobre els problemes de delimitació de diferents serveis multimèdia (telecompria, serveis de textos, *Data-Broadcasting*, serveis *on-demand*, serveis d'internet), es pot consultar D. Kröger i F. Moos, «Regelungsansätze für Multimediadienste», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 6, 1997, pàg. 466-468, i B. Holznapel, *op. cit.*, pàg. 28-29.

Però, a més, aquesta operació té una rellevància pràctica enorme. Una qualificació incorrecta comporta una sanció per al proveïdor que pot arribar fins a una quantitat de 500.000 marcs: per exemple, en el cas que s'operi sense autorització si es tracta d'un servei de radiotelevisió, o per no observar les mesures sobre protecció de la joventut previstes pels serveis de mitjans de comunicació. No obstant això, aquests problemes de delimitació no són fàcils de resoldre.

Pel que fa a la dicotomia teleservei i servei de mitjans de comunicació, cal destacar que ni el Conveni dels *länder* sobre aquests serveis ni la legislació federal ofereixen criteris per solucionar aquesta qüestió. La regla de la prevalença del dret federal no es pot aplicar en aquest cas; i per això s'apel·la per resoldre aquests problemes al principi de la *Bundestreue* o lleialtat federal, que obligaria la Federació i els *länder* a respectar els seus interessos respectius en l'exercici de les seves competències.<sup>29</sup> Aquest criteri ajuda poc a l'operador jurídic i als proveïdors, que en definitiva són els qui suporten la sanció d'una qualificació incorrecta. Per això, a fi d'operar amb més seguretat, últimament s'han proposat criteris una mica més concrets, com una aplicació de la normativa dels *länder* com a regulació més rigorosa davant la prevista per la Llei federal.<sup>30</sup>

D'altra banda, la delimitació entre serveis de radiotelevisió i serveis de mitjans de comunicació tampoc no és senzilla. La causa d'aquesta complexitat es deu al fet que, juntament amb els serveis de mitjans de comunicació exempts d'autorització, el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió ha introduït l'existència de serveis de mitjans de comunicació que requereixen autorització, sempre que les *Landesmedienanstalten* els considerin com a activitat de radiotelevisió.<sup>31</sup> Si el proveïdor de serveis de mitjans de comunicació vol tenir la seguretat absoluta que els seus serveis no són radiotelevisió, pot adreçar-se a la *Landesmedienanstalt* competent i sol·licitar una certificació en la qual es confirmi que està exempt d'autorització. Aquesta certificació (coneguda com *Unbedenklichkeitsbescheinigung*) es pot convertir en un mitjà de delimitació important. Si no s'obté aquest document, caldrà esperar que per via judicial es fixin alguns criteris de distinció. Per ara, en el primer cas resolt pels tribunals alemanys, s'ha atès a la rellevància publicística del servei en funció de si l'oferta

29. Així, B. Holznapel, *op. cit.*, pàg. 24. El recurs a la regla de la prevalença (el dret federal és prioritari respecte del dret dels *länder*) s'ha exclòs perquè en aquest cas no concorren els pressupòsits necessaris perquè s'apliqui. Aquesta clàusula només pot funcionar si existeixen dues lleis —una de la Federació i una altra dels *länder*— sobre el mateix àmbit, i en aquest cas les normes en qüestió disciplinen àmbits diferents.

30. En aquest sentit, F. Börner, *op. cit.*, pàg. 347. També ha estat proposada una presumpció a favor dels *länder* i una aplicació restrictiva de la Llei federal emparada en raons competencials. Atès que la Federació va utilitzar el títol de «dret de l'economia» per aprovar la seva legislació multimèdia, només s'inclourien dins l'àmbit de la Llei federal aquells serveis en què l'aspecte econòmic fos el més important; si no, serien entesos com a serveis de mitjans de comunicació: *vid.* G. Gounalakis i L. Rhode, *op. cit.*, pàg. 325.

31. Aquesta excepció és prevista en l'article 20.2 del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió, precepte que va ser introduït després de la tercera i per ara darrera modificació, que va entrar en vigor l'1 de gener de 1997 i que s'ha convertit en una via per ampliar l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni als serveis multimèdia. D'altra banda, les *Landesmedienanstalten* són organismes de dret públic que, entre moltes altres funcions, controlen l'accés dels operadors privats de radiotelevisió amb l'atorgament d'una autorització.

es presenta d'una manera aïllada o com a part d'una gamma de comunicació més àmplia.<sup>32</sup>

## 2. Obligacions del proveïdor i règim de responsabilitat

La regulació alemanya sobre els multimèdia pretén, d'una banda, aclarir les condicions sota les quals han d'actuar els proveïdors; i, de l'altra, garantir la protecció dels usuaris i tercers davant les ingerències que aquests serveis nous poden comportar en bona part dels seus drets. Amb aquesta finalitat, es preveu la regulació d'un mínim per a qualsevol servei multimedial que giri entorn de la llibertat d'accés, el règim de responsabilitat dels proveïdors, i la protecció de dades i de la joventut.

Més enllà d'això, els serveis de mitjans de comunicació i els teleserveis no presenten la mateixa densitat reguladora. Atès que els primers s'adrecen a la comunicació de massa, tenen una regulació més intensa a través d'obligacions addicionals per als proveïdors que han estat importades bàsicament del dret de la premsa. Per contra, els proveïdors dels teleserveis estan sotmesos, com veurem, a força menys imposicions, ja que en tenen prou amb complir una obligació d'identificació i respondre en els casos previstos.<sup>33</sup>

### 2.1. Llibertat d'accés

La normativa multimèdia opta per una regulació basada en el principi de lliure accés; és a dir, en l'absència d'autorització per desenvolupar aquesta activitat (art. 4 TDG i MDSt). Així, el legislador alemany ha optat per confiar la configuració d'una oferta comunicativa plural al mercat i als instruments del dret de la competència, si el primer no funciona com s'esperava. Això contrasta amb la concepció que tradicionalment ha inspirat el règim de la radiotelevisió a Alemanya. Aquesta s'ha sotmès a una regulació molt intensa a causa, fonamentalment, de la seva influència com a mitjà i factor de formació de l'opinió pública. D'aquí ve l'obligació que tenen els proveïdors de radiotelevisió de sol·licitar una autorització o la previsió de manaments que intentin assegurar el pluralisme i els drets de tercers.

32. Es tracta de la Sentència del Tribunal administratiu de Stuttgart, de 24 de setembre de 1997, que per primera vegada ha abordat clarament la delimitació entre servei de mitjans de comunicació i radiotelevisió. Aquesta Sentència resol un recurs interposat per una operadora de programes de telecompria contra la decisió de la *Landesmedienanstalt* de Baden-Württemberg, que no va adjudicar a la recurrent un canal de cable destinat a l'assaig de serveis de mitjans de comunicació. Es va denegar justificant que els serveis que s'oferien eren radiotelevisió i no telecompria en el sentit de l'article 2.1 del Conveni estatal sobre serveis de mitjans de comunicació. El Tribunal va ratificar aquesta decisió i va argumentar que l'oferta presentada era radiotelevisió perquè no es referia de manera exclusiva i directa a mercaderies i prestacions de serveis, ja que no renunciava a elements addicionals d'entreteniment, ni a continguts periodístics que són apropiats per a la formació de l'opinió pública (*vid. a Multimedia und Recht*, núm. 6, 1998, pàg. 322 i seg.).

33. Sobre les obligacions i el règim de responsabilitat de la normativa multimèdia alemanya, es poden consultar comentaris generals a S. Engel-Flehsig, F. A. Maennel i A. Tettenborn, «Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 45, 1997, pàg. 2984-2988; G. Gounalakis, «Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder», *ibidem*, pàg. 2993-3000. Un examen més exhaustiu a B. Holznel, *op. cit.*, pàg. 31 i seg.

Aquesta llibertat d'accés en els serveis multimèdials s'ha de puntualitzar, no obstant això, en un doble sentit:

Primerament, aquesta llibertat no exclou que els proveïdors hagin de sol·licitar les llicències i altres requisits previstos en les normes generals (per exemple, en l'art. 14 de l'Estatut industrial i en els art. 4 i 8 de la Llei sobre telecomunicacions).

En segon terme, el lliure accés té una excepció en aquells serveis de mitjans de comunicació que, com hem vist, poden qualificar-se de radiotelevisió. Per a això cal l'acord de totes les *Landesmedienanstalten*. I, en aquest cas, el proveïdor ha de sol·licitar l'autorització corresponent dins dels sis mesos següents o modificar en aquest temps el servei de comunicació perquè es qualifiqui com a tal.<sup>34</sup> És difícil preveure quins serveis s'inclouen en aquests casos. Més aviat sembla un supòsit pensat per a serveis de mitjans de comunicació que són molt similars a la radiotelevisió tradicional, com la televisió i la ràdio a través d'internet o la telecompria dins d'una oferta de programació més àmplia.<sup>35</sup>

D'altra banda, cal assenyalar que la normativa alemanya sobre multimèdia no ha previst una protecció específica del lliure accés, malgrat la tendència a concentracions verticals, horitzontals i diagonals de grans grups empresarials. Per ara, per assegurar aquesta llibertat d'accés, i en definitiva per garantir una oferta de comunicació plural, s'ha considerat suficient el dret europeu i les normes generals del dret alemany sobre defensa de la competència.<sup>36</sup>

34. Així, l'article 20.2 del Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió ha introduït una distinció entre: d'una banda, serveis de mitjans de comunicació lliures d'autorització (*zulassungsfreie Mediendiensten*); i de l'altra, serveis de mitjans de comunicació sotmesos a autorització (*zulassungspflichtige Mediendiensten*). L'única via que resta al proveïdor per saber si aquest servei està lliure d'autorització és sol·licitar a la *Landesmedienanstalt* competent la certificació on es confirmi que el servei n'està exempt.

35. Es tractaria de serveis en què les disposicions del Conveni estatal sobre serveis de mitjans de comunicació no són adequades per salvaguardar l'àmbit de protecció de la llibertat de radiotelevisió, *vid. D. Jarass, op. cit.*, pàg. 140-141. La Sentència d'un tribunal administratiu de Stuttgart ha confirmat el 1997 la decisió d'una *Landesmedienanstalt* de qualificar un servei de mitjans de comunicació com a radiotelevisió, concretament una oferta de telecompria en què no es renunciava a d'altres elements de lleure o d'informació.

36. De la regulació anticoncentració en l'àmbit de la radiotelevisió (art. 26 i seg. del Conveni dels *länder* sobre radiotelevisió, introduïts a través de la reforma de 1996) s'ha exclòs en gran part el desenvolupament dels multimèdia. En síntesi, es tracta d'una regulació complexa que pretén impedir un desenvolupament més gran en l'àmbit de la radiotelevisió a aquell grup que abasti un poder d'opinió dominant. I això és així quan la quota d'audiència dels seus programes televisius és anualment del 30 per cent. Però també es presumeix que s'assoleix aquesta posició si, quan falta molt poc per assolir aquest 30 per cent, una empresa té una posició dominant en un mercat anàleg mediàticament rellevant, o bé de la valoració global de les seves activitats en televisió i mercats anàlegs mediàticament rellevants es desprèn que aquesta empresa aconsegueix una influència en l'opinió pública que es correspon amb el 30 per cent de la quota d'audiència en televisió. Les instàncies encarregades d'apreciar si s'ha aconseguit aquesta posició són la Comissió per a la verificació de la concentració en els mitjans (KEK) i la Conferència dels Directors de les *Landesmedienanstalten* (KDLM), ambdues previstes com a òrgans al servei de cada una de les *Landesmedienanstalten*. Així doncs, aquestes mesures anticoncentració constitueixen, a través d'aquesta referència als mercats anàlegs mediàticament rellevants, la primera regulació en el dret alemany sobre concentracions multimèdials. No obstant això, com hem assenyalat, aquesta regulació pretén impedir una posició dominant exclusivament en l'àmbit de la televisió, obviant per ara d'altres sectors. Això qüestiona la idoneïtat d'aquestes mesures per aconseguir un control efectiu de les concentracions multimèdials. *Vid.* més detalls a M. Stock, «Meinungsvielfalt und Meinungs-

## 2.2. Règim de responsabilitat

La responsabilitat dels diversos proveïdors de multimèdia és una de les qüestions centrals de la normativa alemanya.<sup>37</sup> No és en va que la gran inseguretats jurídica que generava l'absència d'una regulació sobre aquest tema hagi estat un dels obstacles més importants per al desenvolupament del sector.

Tant la Llei federal sobre teleserveis com el Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació dissenyen un sistema idèntic (art. 5 TDG i MDSt).<sup>38</sup> Aquesta regulació preveu un règim de responsabilitat en funció del tipus d'operador i basada en el principi que com menor sigui la relació del proveïdor amb aspectes tècnics o relacionats amb el contingut del servei ofert, menor serà la seva responsabilitat. Amb aquest fi la normativa alemanya distingeix tres supòsits:

En primer lloc, es disposa la responsabilitat del *proveïdor de continguts* (art. 5.1 TDG i MDSt). Aquest respon en qualsevol cas perquè es tracta del seu servidor i del seu propi material, damunt del qual té totes les possibilitats de control.

Juntament amb això, i en segon terme, es preveu una responsabilitat condicionada per al *proveïdor de serveis*, que ofereix continguts aliens però emmagatzemats en el seu mateix servidor (art. 5.2 TDG i MDSt). Habitualment es tracta de proveïdors en el servidor dels quals s'acullen fòrums de discussió o pàgines *web* elaborades per usuaris.<sup>39</sup> En aquest cas, els continguts no són del proveïdor, però sí que ho és el servidor on es troben. Per això, en serà el responsable, si concorren dos requisits: d'una banda, coneixement positiu del contingut, no un deure de conèixer; i, de l'altra, possibilitat d'impedir-ho per mitjans tècnics, sempre que això sigui exigible raonablement. És a dir, no s'exigeix que el proveïdor conegui tots els missatges dels seus clients en la xarxa, però sí que les mesures adoptades per apartar aquest contingut siguin apropiades per poder bloquejar-lo.

Així mateix, en tercer lloc, es preveu l'absència de responsabilitat del *proveïdor d'accés* (art. 5.3 TDG i MDSt). D'aquesta manera s'eximeix de responsabilitat el simple proveïdor de continguts aliens que només permet a qui posseeix un ordinador d'oferir informacions a la xarxa sense participar en els continguts, ja que aquest proveïdor no té servei propi ni, per tant, la possibilitat de conèixer els continguts

macht», *Juristische Zeitung*, núm. 12, 1997, pàg. 583 i seg., i pàg. 592; i sobretot a l'estudi exhaustiu de G. Bender, *Cross-Media-Ownership. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Kontrolle multimedialer Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tesi, Münster, 1997, en la seva totalitat, i, en especial, pàg. 255, 295 i seg. i 359.

37. Sobre el règim de responsabilitat dels proveïdors de multimèdia a Alemanya, *vid.* un tractament exhaustiu a T. Hoeren i R. Pichler, «Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich», U. Loewenheim i F. A. Koch (eds.), *Praxis des Online-Rechts*, Wiley-ULH, Weinheim, Nova York, Brisbane, Singapur, Toronto, 1998, pàg. 382 i seg. També es poden consultar tractaments més breus com el treball de R. Pichler, «Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDK», *Multimedia und Recht*, núm. 2, 1998, pàg. 79-88, o comentaris generals a la normativa multimèdia alemanya, en especial, G. Gounalakis i L. Rhode, *op. cit.*, pàg. 326. En general, el problema de la responsabilitat pels continguts a internet, *vid.* M. L. Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pàg. 93 i seg.

38. L'abast de la competència dels *länder* per regular aquesta qüestió ha estat summament controvertit. Sobre això vegeu R. Pichler, *op. cit.*, pàg. 79-81, i S. Engel-Flehsig, *op. cit.*, pàg. 239.

39. Per això aquest proveïdor es coneix com a *Host Provider*, a causa de la seva funció d'«amfitrió», tot i que també s'acostuma a anomenar tenint en compte la responsabilitat com a *Service Provider*.



transmesos. Juntament amb això, la normativa alemanya preveu que també es consideri com a accés una presentació automàtica i breu de continguts aliens demanats pels usuaris (art. 5.3.2 TDG i MDSt). Es tracta d'una ficció prevista per als servidors *Proxy* o *Cache*, en què s'emmagatzemen continguts durant un petit lapse de temps.<sup>40</sup> En realitat, en aquests casos es guarden continguts aliens en un servidor propi, però s'inclouen en aquest tercer supòsit perquè aquests servidors només pretenen accelerar la mediació de l'accés.

Més enllà d'aquest règim de responsabilitat esglaonat, la normativa alemanya sobre multimèdia disposa que, sens perjudici del respecte al secret de les comunicacions, els proveïdors que arribin a tenir coneixement de continguts il·lícits els han de bloquejar segons el que disposin les lleis generals, sempre que resulti raonable i sigui possible tècnicament (art. 5.4 TDG). La nova regulació sobre multimèdia no crea, doncs, una obligació específica de bloqueig en aquests casos, sinó que pressuposa les obligacions legals actuals per eliminar o bloquejar un contingut il·lícit.<sup>41</sup>

A més, cal assenyalar que aquest triple règim de responsabilitat actua com a filtre; és a dir, només aclareix en quins supòsits hi ha responsabilitat, sense especificar les conseqüències jurídiques que se'n deriven. El tipus de responsabilitat en què s'incorre, civil o penal, s'ha de determinar conforme a la legislació comuna. Aquest règim exigeix, per tant, un entrellaçament de diverses normes que a la pràctica genera dificultats als operadors jurídics.

En general podem afirmar que la normativa alemanya sobre multimèdia ha pretès aportar una major seguretat jurídica en matèria de responsabilitat del proveïdor. No obstant això, hi ha un bon nombre de problemes d'interpretació i els tribunals apliquen aquestes disposicions noves de manera vacil·lant.

Un dels casos més discutits darrerament és la responsabilitat per hiperenllaços (*hiperlinks*); és a dir, pels enllaços que permeten posar en contacte amb altres documents de la xarxa. Ha de respondre qui permet connectar a través d'aquests enllaços amb una pàgina on s'atempra contra el dret a l'honor d'una persona? Aquests supòsits es poden entendre com una mera mediació d'accés o, per contra, com a continguts propis. De moment, un tribunal d'Hamburg ha condemnat el propietari d'una pàgina web a pagar 40.000 marcs per remetre a través d'un enllaç a pàgines en què s'injuriava el demandant. El criteri decisiu per imputar la responsabilitat com si es tractés de continguts propis ha estat l'existència d'una identificació del demandat amb les opinions expressades.<sup>42</sup>

40. Un servidor *Proxy* serveix per escurçar el temps que es necessita per trobar els continguts sol·licitats. Normalment, quan un usuari truca a una adreça d'internet, el proveïdor el comunica amb el servidor corresponent. Per contra, si s'utilitza un servidor *Proxy*, aquest conserva provisionalment el contingut demanat, abans d'enviar-lo a l'usuari. Així, si una altra persona sol·licita el mateix contingut, el servidor *Proxy* examina primer si encara el té guardat. Si és així, envia la versió que encara conserva al segon sol·licitant. Habitualment, els continguts d'un servidor *Proxy* es guarden un parell d'hores i després s'eliminen, si no hi ha més demandes d'aquest contingut.

41. Aquesta normativa més aviat remet a les obligacions del dret de policia que imposen a aquell qui pertorba la seguretat pública o lesiona béns de tercers el cessament o l'eliminació de l'actuació causant, *vid.* G. Gounalakis i L. Rhode, *op. cit.*, pàg. 327.

42. Sentència del *Landgericht* d'Hamburg, de 12 de maig de 1998 (mecanografiada). Un comentari a aquesta Sentència a T. Bettinger i S. Freytag, «Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links», *Computer und Recht*, núm. 9, 1998, pàg. 545-556.

Però, sens dubte, el cas que ha mostrat millor les conseqüències lligades als problemes d'interpretació d'aquesta nova regulació en matèria de responsabilitat ha estat la condemna, per part d'un tribunal bavarès, a l'antic director de Compuserve d'Alemanya, Felix Bruno Somm, amb dos anys de privació de llibertat i una quantiosa multa per distribuir continguts amb pornografia il·legal. En realitat, Compuserve d'Alemanya, filial de l'homònima americana, només proporcionava accés a grups de notícies amb continguts pornogràfics elaborats per tercers desconeguts i guardats en el servidor de Compuserve d'Estats Units. No obstant això, el tribunal va considerar que Compuserve d'Alemanya no era un mer proveïdor d'accés, exempt de responsabilitat, sinó un proveïdor de serveis que coneixia els continguts i podia bloquejar-los. Aquesta decisió ha tingut un gran ressò a la premsa —dins i fora d'Alemanya—, i el mateix ministre d'Economia bavarès ha avisat sobre la repercussió negativa que ha tingut en el sector dels nous mitjans, i alguns proveïdors han anunciat la intenció que tenien de traslladar les seves activitats fora d'Alemanya per manca de seguretat jurídica.<sup>43</sup>

### 2.3. Obligacions de transparència

A fi de fer efectiu aquest règim de responsabilitat, la normativa alemanya preveu la identificació preceptiva del proveïdor, el qual ha de fer constar el nom, l'adreça i el representant autoritzat. Es tracta d'una mesura de transparència a la xarxa que pretén la protecció dels eventuals perjudicats per la difusió de determinats continguts.

Aquesta obligació regeix per a tots els serveis multimèdia però amb un abast divers. En el cas dels teleserveis, només s'han d'identificar els proveïdors de serveis comercials (art. 6 TDG). Per contra, aquesta obligació ateny qualsevol proveïdor de qualsevol servei de mitjans de comunicació. A més, en aquest darrer cas, si es tracta de serveis on es difonguin impresos o publicacions periòdiques, s'ha d'anomenar un responsable. Es tracta de l'anomenada *Impressumspflicht* que s'ha importat del dret de premsa i infringir-la es penalitza amb una quantitat que pot ascendir fins als 500.000 marcs (art. 6.2 i 20.1 MDSt).<sup>44</sup>

### 2.4. Obligacions de diligència i sobre publicitat

A diferència dels teleserveis, els serveis de mitjans de comunicació estan subjectes a unes previsions addicionals relatives als continguts que es poden oferir. Bàsicament aquests requisits materials se centren en dues obligacions:

D'una banda, es preveuen obligacions de diligència per a tots aquells serveis de mitjans de comunicació que es destinen a la informació o que contenen ofertes informatives (art. 7.2.MDSt). Així, es disposa l'aplicació en aquests casos dels princi-

43. Es tracta de la Sentència de l'*Amtsgericht* de Munic, *vid.* part del text a *Multimedia und Recht*, núm. 8, 1998, pàg. 429 i seg.; i un comentari sobre aquesta a U. Sieber, AG München: «CompuServe-Urteil», *ibidem*, pàg. 438 i seg.

44. Els requisits per ser nomenat responsable s'especifiquen en el mateix article 6.2 MDSt, d'una manera molt semblant a la prevista en la legislació sobre premsa, *vid.* G. Gounalakis, *op. cit.*, pàg. 2995-2996.

pis periodístics generals, que en síntesi es concreten en la comprovació del contingut, l'origen i la veracitat de les notícies.<sup>45</sup> Aquest tipus d'obligacions pretén protegir el dret constitucional a rebre una informació contrastada també en el cas de serveis multimèdia. A més, juntament amb això, es preveu separar entre la informació i els comentaris que aquesta mereix, i indicar-ne el nom de l'autor. Es tracta d'un principi habitual en l'àmbit de la premsa, que també intenta protegir la llibertat d'informació, ja que pretén evitar bàsicament que la valoració sobre un fet s'entengui com a única interpretació possible.

D'altra banda, i en segon lloc, el contingut dels serveis de mitjans de comunicació està subjecte a límits en matèria de publicitat i esponsorització. Es tracta d'una regulació molt vaga orientada a la protecció de menors, a través de la qual es prescriu que la publicitat produïda amb nens i joves, o adreçada a ells, no n'ha de perjudicar els interessos ni aprofitar-se'n de la inexperiència (art. 9 MDSt). També es preveu l'obligació expressa de separar la publicitat del contingut, com també d'altres previsions en matèria de patrocini preses del règim de la radiotelevisió (art. 9.2 i 3 MDSt).<sup>46</sup>

## 2.5. Protecció dels drets de la personalitat

La implantació dels multimèdia ha revelat que a través d'aquests serveis s'obren noves possibilitats per vulnerar els drets a l'honor, a la intimitat o a la pròpia imatge. Sobre això, la normativa alemanya preveu un règim diferenciat segons es tracti d'un teleservei o d'un servei de mitjans de comunicació.

Els teleserveis no tenen regles específiques quant a la protecció dels drets de la personalitat. Per contra, en el cas dels serveis de mitjans de comunicació sí que s'ha recollit un dels mitjans habituals en l'àmbit de la premsa i de la radiotelevisió per a la protecció de l'esfera privada: el dret de rectificació. Aquest instrument permet respondre de manera immediata a aquell que es vegi afectat per una afirmació continguda en serveis de mitjans de comunicació, encara que només es tracti dels que ofereixen impresos o textos reproduïts de manera periòdica, que lògicament tenen més incidència en l'opinió pública.

Per tal de fer efectiu aquest dret en els serveis multimèdia, la normativa alemanya ha previst unes condicions d'exercici adaptades a les peculiaritats d'aquests nous mitjans. D'una banda, pel fet que aquests serveis permeten que aquesta afirmació aparegui reiteradament durant un lapse de temps, es preveu que la rectifica-

45. Segons que es desprèn de la motivació al text del Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació (*Begründung zum MDSt*), aquests principis periodístics generals —textualment es parla d'*anerkannten journalistischen Grundsätzen*— es dedueixen del dret en matèria de radiotelevisió, de premsa, com també de les directrius del Consell Alemany de la Premsa (*Deutscher Presserat*), òrgan d'autocontrol de la premsa a Alemanya. Concretament, això es tradueix en la comprovació de la veracitat de les notícies, l'audiència dels afectats per una informació, una citació correcta i reproducció de les manifestacions fetes per tercers, o el respecte a l'esfera íntima dels afectats. Vegeu-ne més detalls a G. Gounalakis, *op. cit.*, pàg. 2996.

46. Específicament, el Conveni preveu per a l'esponsorització en el teletext l'aplicació dels mateixos límits als quals aquesta activitat està subjecta en l'àmbit radiotelevisiu: per exemple, necessitat de fer referència al patrocinador al principi i al final de l'emissió, impossibilitat del patrocinador d'influir en les emissions patrocinades, o prohibició de patrocini en algunes emissions com informatius.

ció pugui ser emesa de manera gratuïta durant tant de temps com es va oferir aquella afirmació. Però, d'altra banda, atesa la fugacitat dels continguts a la xarxa, el dret de rectificació també es pot exercir, si l'afirmació en qüestió ja no apareix més. En aquest cas, l'afectat podrà exigir la publicació de la rectificació durant un termini màxim d'un mes, i en un lloc equiparable al d'on va aparèixer l'afirmació controvertida (art. 10.1 MDSt).<sup>47</sup>

## 2.6. Protecció de la joventut

Les possibilitats de difusió de continguts amb pornografia il·legal o xenòfobs s'han multiplicat amb l'aparició dels serveis multimèdia. Per això la protecció de la joventut apareix com un dels objectius bàsics de la nova regulació alemanya. Aquesta preveu un règim gradual en funció del grau de perill que pugui tenir un contingut per als menors.

Primerament, es preveu una prohibició absoluta de difondre en qualsevol servei multimèdia els continguts penalitzats en el sistema alemany, bàsicament certa pornografia, enaltir o minimitzar la violència i incitar a la xenofòbia. Juntament amb aquests supòsits, el catàleg de continguts il·líicits previstos per als serveis de mitjans de comunicació s'amplia expressament a l'enaltiment de la guerra, a continguts greument perjudicials per a menors i a aquells en què es reproduceixi el dolor de manera que fereixi la dignitat humana (art. 8.3, 5 i 6 MDSt).<sup>48</sup>

En segon terme, es preveuen continguts que, sense caure dins d'aquestes prohibicions, poden ser nocius per als menors. Tindran un règim diferent segons que es tracti de serveis de mitjans de comunicació o de teleserveis.

En el cas dels serveis de mitjans de comunicació, d'una banda el proveïdor haurà de cercar la franja horària adequada o d'altres formes de precaució, si es tracta d'un servei de distribució (art. 8.2 MDSt); o bé haurà de posar a disposició de l'usuari unes mesures —que no s'especifiquen— perquè aquest pugui bloquejar aquesta oferta, si es tracta d'un servei sota demanda (art. 8.3 MDSt). Així, en el primer cas la protecció de la joventut sembla recaure en el proveïdor, mentre que en el segon cas, en què l'usuari té una disposició total de continguts i temporal, aquesta tasca és més aviat responsabilitat del receptor. En qualsevol cas la infracció d'aquestes previsions en matèria de serveis de mitjans de comunicació és penalitzada amb una multa que pot arribar als 500.000 marcs (art. 20.2-6 MDSt).

Pel que fa als teleserveis, es preveu una prohibició d'aquelles ofertes amb continguts perjudicials per a menors però que no han estat previstos penalment, sempre que siguin incloses en una llista d'escrits no aptes per a menors que elabora una autoritat federal coneguda com a *Bundesprüfstelle*.<sup>49</sup> La infracció dels continguts inclosos en aquesta llista es considera com un fet delictiu que és castigat amb una

47. Més enllà d'aquests supòsits, també es detallen els casos exempts de rectificació. Es tracta d'una enumeració en la qual figuren casos en què l'afectat no presenta un interès fundat o en què l'abast de la rectificació va més enllà de l'afirmació expressada. *Vid.* altres detalls a G. Gounalakis, *op. cit.*, pàg. 2997.

48. El Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació recull en aquest extrem els mateixos continguts que, en matèria de protecció de la joventut, el Conveni estatal dels *länder* sobre radiotelevisió preveu com a il·líicits.

49. Sobre aquesta autoritat, *vid.* l'epígraf següent relatiu a les instàncies de supervisió (epígraf III.3).

pena de privació de llibertat fins a un any o amb una sanció pecuniària. No obstant això, la prohibició de difondre aquests continguts té una excepció quan el proveïdor adopti mesures tècniques que permetin l'accés només a usuaris majors d'edat. Encara que no s'especifiquen aquestes mesures, sembla que es pensi en sistemes de control de continguts a través de programes de filtres.

## 2.7. Protecció de dades

El fet que dades de caràcter personal entrin a la xarxa, on poden ser processades, combinades o modificades sense cap control, multiplica els riscos per a la privacitat de l'usuari i converteix la protecció de dades en un dels aspectes centrals de la normativa alemanya sobre multimèdia. Tant la Llei federal de protecció de dades en els teleserveis (TDDSG) com el Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació contenen unes disposicions pràcticament idèntiques sobre aquesta qüestió.<sup>50</sup>

Tant els teleserveis com els serveis de mitjans de comunicació estan sotmesos a uns principis comuns. En tots dos casos, tal com preveu la legislació federal sobre protecció de dades, només és possible obtenir, processar i utilitzar dades de caràcter personal si la llei ho permet o si hi ha consentiment de l'afectat (art. 3.1 TDDSG, 12.2 MDSt). Més enllà d'això, la normativa sobre multimèdia conté alguns principis innovadors:

D'una banda, cal destacar la prohibició que té el proveïdor, prevista expressament, d'utilitzar les dades obtingudes per a altres fins diferents que no sigui el funcionament de teleserveis i serveis de mitjans de comunicació (art. 3.2 TDDSG, 12.4 MDSt); de l'altra, les obligacions de transparència que imposen una informació exhaustiva a l'usuari sobre captació, processament i utilització de les seves dades, com també la possibilitat que l'usuari sol·liciti en qualsevol moment aquesta informació (art. 3.4 TDG, 12.6 MDSt); o bé la prestació del consentiment de manera electrònica i la regulació dels requisits per formalitzar-la (per exemple, aquest consentiment només pot provenir d'una actuació inequívoca de l'usuari) (art. 3.7 TDG, 12.8 MDSt).

Juntament amb aquestes qüestions, les novetats més importants són el principi d'estalvi de dades (*Grundsatz der Datensparsamkeit*), és a dir, la creació d'un sistema on s'obtingui, processi o utilitzi el menor nombre de dades (art. 3.4 TDDSG, 12.5 MDSt); i la possibilitat que l'usuari pugui utilitzar o pagar serveis multimèdia d'una manera anònima o a través de pseudònims (art. 4 TDDSG, 13 MDSt).<sup>51</sup> Això es concreta, entre d'altres extrems, en la prohibició d'elaborar perfils d'ús sense utilitzar un pseudònim. Es tracta d'un aspecte realment important, ja que garanteix als usuaris que aquests perfils —amb els quals s'aconsegueixen informacions molt còtiques a partir de les dades que van deixant a la xarxa— no s'elaboraran amb dades de caràcter personal.

50. Totes dues són *lex specialis* i, per tant, les disposicions generals sobre protecció de dades contingudes en la Llei federal sobre protecció de dades regeixen mentre aquestes dues normes no disposin una altra cosa. Sobre la protecció de dades en els serveis multimèdia, *vid.*, H.-H. Schrader, «Datenschutz bei Multimediadiensten», *Computer und Recht*, núm. 11, 1997, pàg. 707 i seg.

51. L'únic límit que preveu la normativa alemanya és que això sigui tècnicament possible i exigible. Per exemple, en el cas de petits proveïdors, no sembla que s'hagin d'exigir les fortes inversions que necessita aquest sistema.

Més enllà d'aquests principis generals, la normativa alemanya sobre multimèdia preveu una regulació detallada sobre les condicions amb què s'han d'obtenir tres tipus de dades: les dades necessàries per constituir o modificar la relació contractual entre el proveïdor i l'usuari (*Bestandsdaten*), les dades necessàries per facilitar a l'usuari la utilització dels serveis multimèdia (*Nutzungsdaten*) i les dades necessàries per posar fi a la utilització d'aquests serveis (*Abrechnungsdaten*) (art. 5-6 TDDSG i 14-15 MDSt).

### 3. Instàncies de supervisió

Les obligacions imposades als proveïdors de serveis multimèdia només poden ser efectives si hi ha instàncies que en vigilin l'observança i, si escau, en sancionin l'incompliment. Per això la normativa alemanya ha optat per una combinació d'instàncies públiques de supervisió i mecanismes d'autocontrol dels mateixos operadors.<sup>52</sup>

#### 3.1. Instàncies públiques

El sistema de supervisió ideat per al sector multimèdia es caracteritza bàsicament per dues notes:

La primera és la renúncia a crear noves autoritats. En efecte, el legislador alemany ha preferit assignar la supervisió sobre aquest sector a instàncies que ja existien. Aquesta opció contrasta amb el model configurat per a la radiotelevisió, en la qual a cada *land* hi ha autoritats independents, les *Landesmedienanstalten*, que disposen d'àmplies competències per supervisar els continguts de la programació, i fins i tot sobre ordenació del mercat radiotelevisiu mitjançant el control d'accés o controls anticoncentració.

Juntament amb això, una segona característica és la dispersió i sectorialització de les instàncies de control en l'àmbit multimèdia. Aquesta dispersió rau en la pròpia distinció entre teleserveis i serveis de mitjans de comunicació. Aquesta dicotomia és fonamental per configurar les instàncies de control, ja que com que els teleserveis són competència federal, la seva supervisió també recau en instàncies federals; i, igualment, ja que els serveis de mitjans de comunicació són competència dels *länder*, el seu control correspon també a instàncies dels *länder*. Però, a més, es tracta d'una supervisió sectorialitzada, ja que s'atribueix a les instàncies competents —federals o dels *länder*— en funció de l'àmbit material (protecció de la joventut o de dades) que es tracta de controlar.

#### a) Supervisió dels serveis de mitjans de comunicació

Les autoritats en matèria de serveis de mitjans de comunicació són les següents:

D'una banda, la supervisió de les obligacions en matèria de protecció de la joventut recau en les instàncies superiors encarregades a cada *land* de la protecció de la joventut. Aquestes autoritats són competents per eliminar la infracció a través de mesures que sota determinades circumstàncies poden arribar fins i tot a prohibir i bloquejar el servei ofert (art. 18.2 MDSt). L'autoritat competent a cada *land* en

52. Sobre les instàncies de supervisió es pot consultar B. Holznagel, *op. cit.*, pàg. 47 i seg., i A. By-sikiewicz, «Zulassung und Aufsicht von Tele- und Mediendiensten» (manuscrit).

matèria de protecció de la joventut és determinada en les normes reguladores de l'organització del govern de cada *land* i normalment es tracta dels ministeris d'Afers Socials o dels ministeris de la Dona i de la Joventut dels *länder*. A fi d'aconseguir una supervisió més eficaç en aquest àmbit, els *länder* van crear, l'estiu de 1997, una instància conjunta supraregional, l'anomenada *jugendschutz.net*, que ajuda a les autoritats de cada *land* a supervisar les previsions sobre protecció de la joventut en aquests serveis multimèdia.<sup>53</sup>

D'altra banda, en matèria de protecció de dades, les autoritats encarregades de supervisar-la són les que disposin els governs dels *länder* o les instàncies autoritzades per aquests. Normalment es tracta del Ministeri de l'Interior del *land* o dels comissionats dels *länder* per a la protecció de dades, que per regla general són nomenats pel parlament del *land* corresponent a proposta del govern del *land*.<sup>54</sup> En aquests casos sembla que s'ha configurat un sistema de supervisió de dades en què aquestes instàncies només poden actuar davant una possible infracció de les obligacions previstes, de manera que no poden actuar d'ofici com a autoritats de control generalitzat de dades.<sup>55</sup> Per a això aquestes instàncies disposen de les mateixes potestats que

53. Aquesta instància es va crear a través d'un conveni signat l'agost de 1997, on se'n detallaven la composició i les tasques. Es tracta d'un centre conjunt supraregional amb seu a Wiesbaden que bàsicament s'encarrega d'examinar els serveis oferts des del punt de vista de la protecció de la joventut, i informar el *land* en cas d'incompliment de les disposicions previstes pel Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació en aquesta matèria.

54. En aquest punt, el Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació i la Llei sobre protecció de dades en els teleserveis remeten a l'article 38 de la Llei federal sobre protecció de dades, relatiu a les instàncies de supervisió en l'àmbit privat. El sistema de control dissenyat a Alemanya per a la protecció de dades és molt complex. Cal diferenciar entre autoritats que supervisen l'àmbit públic (per exemple, una autoritat administrativa) i l'àmbit privat (per exemple, una empresa). En el primer cas, són competents el Comissionat federal per a la protecció de dades, que supervisa les autoritats federals; i els comissionats dels *länder*, que controlen les autoritats dels *länder*. En l'àmbit privat, al qual remet la normativa multimèdia, les autoritats són, en uns casos, el Ministeri de l'Interior, i en els altres, els mateixos comissionats dels *länder*, instàncies intermèdies de l'Administració del *land*, com el *Regierungspräsidium*, o fins i tot el president de districte. Per a un tractament general sobre la protecció de dades en el sistema alemany, *vid.*, entre d'altres, M.-T. Tinnefeld i E. Ehmann, *Einführung in das Datenschutzrecht*, 3a ed., Oldenbourg Verlag, Munic, Viena, 1998, en especial pàg. 340 i seg.

55. En l'àmbit de la protecció de dades s'ha debatut la configuració de les autoritats de supervisió com a organismes de control generalitzat (*Daueraufsicht*) o com a organismes que només poden actuar en el cas d'infracció de les normes sobre protecció de dades (*Anlassaufsicht*). En matèria de serveis de mitjans de comunicació, el Conveni estatal dels *länder* sobre aquests serveis no conté disposicions expressives sobre el control de les seves previsions relatives a la protecció de dades. La motivació a aquest conveni (*Begründung zum MDSI*) assenyala que la supervisió de la protecció de dades en aquests serveis es configura com un control generalitzat de dades. En aquest sentit, també H.-H. Schrader, *op. cit.*, pàg. 710. No obstant això, l'article 12.1 MDSI només preveu que les disposicions sobre protecció de dades de caràcter personal regeixen mentre aquest Conveni no disposi cap altra cosa. Atès que la Llei federal sobre protecció de dades, en principi, només ha previst l'actuació de l'autoritat de supervisió si existeixen suficients punts de referència per estimar que s'ha produït una infracció de les normes sobre protecció de dades, s'ha entès que la supervisió de la protecció de dades en els serveis de mitjans de comunicació també es configuraria en realitat com una *Anlassaufsicht*. De fet, l'únic *land* en què això no és així és el de Bremen, on la llei a través de la qual es va autoritzar el conveni esmentat va preveure de manera expressa que la supervisió d'aquests serveis multimèdia també seria un control generalitzat de dades. En aquest sentit, *vid.* F. Moos, «Datenschutzkontrolle bei Tele- und Mediendiensten», *Datenschutz und Datensicherheit*, núm. 22, 1998, pàg. 163-164.

els atribueix el dret de protecció de dades alemany. Així, per exemple, els comissionats sobre protecció de dades dels *länder* normalment només tenen competència per formular recomanacions o queixes que pretenen influir en l'opinió pública gràcies a l'acció dels mitjans de comunicació.<sup>56</sup> D'aquesta manera, la normativa multimèdia no tan sols no crea una nova autoritat de control per a aquests serveis, sinó que tampoc no confereix a les autoritats ja existents competències específiques per al seu control.<sup>57</sup> Aquest sistema, basat en una pluralitat d'instàncies supervisoras sobre aquest sector, que compten a més amb competències diferents, poden afavorir l'aparició de diversos estàndards de protecció de dades.

Juntament amb això, la supervisió de la resta d'obligacions a les quals estan sotmesos els proveïdors de serveis de mitjans de comunicació; per exemple, les obligacions d'identificació o en matèria de publicitat i patrocini es preveu que siguin exercides per una autoritat conforme al dret del *land*, que, per ara, no s'ha traduït en la constitució d'una instància de control nova (art. 18.1.3 MDSt). En aquests casos, les autoritats que en cada *land* han assumit aquesta tasca de supervisió han estat algunes vegades les *Landesmedienanstalten*, d'altres el Ministeri de l'Interior d'un *land* i d'altres autoritats administratives.

Aquest esquema d'instàncies de supervisió es completa amb una regla per resoldre col·lisions competencials entre les diverses autoritats. Atès que la difusió d'aquests serveis de mitjans de comunicació sobrepasa l'àmbit territorial d'un *land*, es disposa que serà competent per a la supervisió la instància del *land* on el proveïdor tingui la seu, domicili o, almenys, la residència habitual (art. 18.5 MDSt).

#### b) Supervisió dels teleserveis

En matèria de teleserveis cal diferenciar les autoritats següents:

En l'àmbit de la protecció de la joventut, la supervisió correspon a una instància federal anomenada *Bundesprüfstelle*. Es tracta d'una autoritat de l'Administració federal de composició plural, el president de la qual és nomenat pel Ministeri de la Dona i de la Joventut, i que gaudeix d'independència per actuar.<sup>58</sup> Aquesta autoritat té competència per incloure en una llista, l'anomenat *Index*, aquells escrits que considera nocius per a menors. Els continguts oferts en teleserveis també poden ser examinats per aquesta instància, ja que la Llei federal de serveis d'informació i comunicació ha ampliat el concepte d'escrit també als bancs de dades.<sup>59</sup> Aquesta auto-

56. Les competències d'aquests comissionats dels *länder* s'enuncien en les lleis dels *länder* sobre protecció de dades.

57. Això no exclou la supervisió del Comissionat federal per a la protecció de dades prevista en la Llei de telecomunicacions sobre les dades que faciliten la connexió tècnica que permet proporcionar aquests serveis (art. 91.4 TKG). Sobre la supervisió de la protecció de dades en els multimèdia, *vid.* H.-H. Schrader, *op. cit.*, pàg. 710; i sobretot F. Moos, *op. cit.*, pàg. 162-165.

58. Segons la Llei federal sobre difusió d'escrits en els mitjans de comunicació perjudicials per a menors, aquesta autoritat és composta per dotze membres: el president, nomenat pel Ministeri federal per a la Dona i la Joventut; tres assessors, nomenats pels governs dels *länder*; i vuit assessors més, nomenats pel mateix ministre federal per a la Dona i la Joventut a proposta d'organitzacions de l'àmbit de l'art, la cultura, la religió o del sector editorial, llibreter i escolar (art. 8-10).

59. Article 1.3 de la Llei federal sobre escrits i continguts en els mitjans perjudicials per a menors, després de la seva reforma a través de la Llei federal de serveis d'informació i comunicació.



**Autoritats de supervisió en matèria de serveis de mitjans de comunicació**

	<i>Protecció de la joventut</i>	<i>Protecció de dades</i>	<i>Altres disposicions</i>
Baden-Württemberg	Ministeri d'Afers Socials	Ministeri de l'Interior	Ministeri de l'Interior
Baviera	<i>Landesjugendamt</i> o una autoritat conjunta dels <i>länder</i> determinada a través de conveni estatal	Una autoritat determinada a través de reglament del Govern del <i>land</i>	Una autoritat determinada a través de reglament del Govern del <i>land</i>
Berlín	Administració competent per a la protecció de la joventut	Comissionat de Berlín per a la protecció de dades	<i>Medienanstalt</i> comú per a Berlín i Brandenburg (MABB)
Brandenburg	Autoritat superior del <i>land</i> per a la protecció de la joventut o una autoritat inferior determinada per reglament	Autoritat de control corresponent a aquest àmbit segons el dret federal o del <i>land</i>	<i>Medienanstalt</i> comú per a Berlín i Brandenburg (MABB) d'acord amb l'autoritat sectorial competent
Bremen	<i>Senator</i> (ministre) per a la Dona, Sanitat, Joventut, Afers Socials i Protecció del Medi Ambient	Comissionat del <i>land</i> per a la protecció de dades	<i>Landesmedienanstalt</i> de Bremen
Hamburg	Autoritat en matèria escolar, de joventut i formació professional	Comissionat d'Hamburg per a la protecció de dades	<i>Senatskanzlei</i> (Departament de Presidència del <i>land</i> )
Hessen	<i>Regierungspräsidium</i>	<i>Regierungspräsidium</i>	<i>Regierungspräsidium</i>
Mecklenburg-Vorpommern	Autoritat superior en matèria de joventut	Ministeri de l'Interior	Ministeri de l'Interior
Baixa Saxònia	Els 4 governs de districte ( <i>Bezirksregierungen</i> ) de Braunschweig, Hannover, Lüneburg i Oldenburg	Comissionat de Baixa Saxònia per a la protecció de dades	Els 4 governs de districte ( <i>Bezirksregierungen</i> ) de Braunschweig, Hannover, Lüneburg i Oldenburg
Renània del Nord-Westfàlia	Govern del districte ( <i>Bezirksregierung</i> ) de Düsseldorf	Govern dels districtes ( <i>Bezirksregierungen</i> ) d'Arnsberg i Colònia	Govern del districte ( <i>Bezirksregierung</i> ) de Düsseldorf
Renània-Palatinat	Ministeri de Cultura, Joventut, Família i Dona	Ministeri de l'Interior	Ministeri de l'Interior
Saarland	Ministeri de la Dona, Treball, Sanitat i Afers Socials	<i>Landesanstalt für das Rundfunkwesen</i> de Saarland	<i>Landesanstalt für das Rundfunkwesen</i> de Saarland
Saxònia	Ministeri d'Afers Socials	<i>Regierungspräsidium</i> de Dresden	<i>Regierungspräsidium</i> de Dresden
Saxònia-Anhalt	Ministeri de Treball, Afers Socials i Sanitat	<i>Regierungspräsidien</i>	Ministeri de l'Interior
Schleswig-Holstein	Ministeri de la Dona, Joventut i Urbanisme	Ministeri de l'Interior	Ministeri de l'Interior
Túringia	Ministeri d'Afers Socials	Autoritat conforme al dret sobre protecció de dades de la Federació i del <i>land</i>	<i>Landesverwaltungsamt</i>

ritat no inicia l'examen d'un contingut d'ofici si no és a petició dels ministeris competents i de les oficines de protecció de menors. La possible inclusió en aquesta llista comporta la prohibició de difondre el teleservei a menors, o bé limitar-ne la publicitat. A més, no es tracta d'una prohibició general. Es permet l'accés de majors d'edat a aquests serveis, tot i que el proveïdor ha de garantir-ne l'accés restringit per mitjà de les mesures tècniques necessàries que, com hem vist, poden ser sistemes de filtres.

En matèria de protecció de dades, les instàncies de supervisió i els seus mitjans d'actuació són els mateixos que els previstos per als serveis de mitjans de comunicació (art. 8 TDDSG en relació amb l'art. 38 de la Llei federal sobre protecció de dades). En aquest cas, no obstant això, la Llei sobre protecció de dades en els teleserveis ha optat inequívocament per configurar un sistema d'instàncies de supervisió de dades permanent; és a dir, aquestes instàncies poden actuar no tan sols davant una possible infracció de les obligacions previstes, sinó com a autoritats de control generalitzat de dades.<sup>60</sup>

Així es tanca l'esquema d'autoritats públiques de supervisió previst explícitament per la nova normativa alemanya sobre els multimèdia. En els extrems que no han estat objecte d'una regulació específica, les instàncies supervisoras seran les previstes per les lleis generals. Aquest és el cas de la protecció de la lliure competència, que no ha merescut una atenció expressa en la nova regulació, el control de la qual correspon a les autoritats previstes en les lleis generals sobre defensa de la competència.<sup>61</sup>

### 3.2. Autocontrol

Juntament amb les autoritats públiques de control, la normativa alemanya ha obert la possibilitat de traslladar als mateixos proveïdors privats la supervisió de les seves obligacions com a instrument més eficaç per aconseguir-ne l'acompliment. En efecte, les legislacions nacionals topen amb problemes importants d'execució en un àmbit com el multimèdia, tant pel caràcter transnacional de la difusió d'aquests serveis, com per raons d'ordre intern, ja que imposar la prohibició determinades ofertes pot restringir l'exercici de drets fonamentals, com la llibertat d'expressió, cosa qüestionable des del punt de vista constitucional.

Aquesta nova estratègia s'ha obert pas fonamentalment en matèria de protecció

60. A diferència del Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació, la Llei federal de protecció de dades en els teleserveis preveu expressament que la supervisió també es pot produir, encara que no existeixin punts de referència per a una infracció de les disposicions sobre protecció de dades en els teleserveis (art. 8. 1 TDDSG). Així, entre els models de supervisió comentats en matèria de protecció de dades (organismes de control generalitzat i organismes que només poden actuar en el cas d'infracció), la normativa multimèdia en matèria de teleserveis va optar pel primer model, amb vistes a l'aleshores futura Directiva europea sobre protecció de dades, davant el model de la Llei federal sobre protecció de dades que, com vam veure, només preveu l'actuació de l'autoritat de supervisió si existeixen prous punts de referència per considerar que s'ha produït una infracció de les normes sobre protecció de dades. Vid. H.-H. Schrader, *op. cit.*, pàg. 710, i F. Moos, *op. cit.*, pàg. 163.

61. Es tracta de l'anomenat *Bundeskartellamt* i de les autoritats anticàrtel dels *länder* (*Landeskartellbehörden*), *vid.* articles 44 i seg. de la Llei federal contra restriccions a la competència.

de la joventut. Així, tant la Llei federal sobre serveis d'informació i comunicació com el Conveni estatal entre *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació han previst la supervisió de les disposicions relatives a aquest àmbit a través de dos instruments d'autocontrol alternatius:<sup>62</sup>

D'una banda, el proveïdor de teleserveis i serveis de mitjans de comunicació ha de nomenar un comissionat per a la protecció de la joventut, en el cas que els serveis oferts puguin tenir continguts no aptes per a menors. Aquest comissionat actuaria com a interlocutor tant per a l'usuari, al qual orienta, com per al proveïdor, al qual assessoraria en la planificació dels serveis oferts i al qual, fins i tot, pot proposar una restricció d'aquests serveis.

Però, d'altra banda, també és possible optar per delegar aquestes mateixes funcions sobre una associació d'autocontrol formada pels mateixos proveïdors de serveis multimèdia. Aquesta possibilitat ofereix avantatges, com un estalvi de costos i una professionalització de la protecció de la joventut. Probablement per això ha estat l'opció elegida pels proveïdors que el juliol de 1997, a Alemanya, van constituir l'anomenada Associació d'Autocontrol Voluntari dels Proveïdors de Serveis Multimèdia (*Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Dienstleister*).<sup>63</sup>

Igualment, encara que d'una manera més tímida, el Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació ha introduït per primera vegada la idea d'un autocontrol també en l'àmbit de la protecció de dades. Es tracta del procediment conegut com a *Datenschutz-Audit* (art. 17 MDSt), a través del qual els proveïdors de serveis de mitjans de comunicació poden deixar que persones independents i autoritzades examinin i valorin el seu sistema i les instal·lacions tècniques de protecció de dades, i a més, permetre que es publiquin els resultats d'aquest examen. La finalitat d'aquesta norma és aconseguir un alt nivell de protecció de dades al mateix temps que s'enforteix l'autoresponsabilitat empresarial. Es tracta, en definitiva, de crear un segell de qualitat que permeti que el consumidor valori en l'elecció de productes i prestacions de serveis si un empresari és respectuós amb la protecció de dades. Ara bé, el Conveni només preveu aquest procediment com una possibilitat, la configuració del qual s'ha de detallar en una llei posterior que encara no ha estat aprovada.<sup>64</sup>

62. Article 8.4 del Conveni estatal dels *länder* sobre serveis de mitjans de comunicació i article 7 de la Llei federal sobre la difusió d'escrius perjudicials per a menors.

63. Són membres fundadors d'aquesta Associació federacions i grups empresarials rellevants del sector mediàtic; entre ells, *Deutsche Telekom*, *Microsoft Network*, *Pro Sieben Media A.G.*, la Federació de la Radiotelevisió i Telecomunicació privades (*Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation*), o la Federació dels editors alemanys de premsa (*Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger*). Aquesta estructura d'autocontrol disposa d'un codi de conducta propi, com també d'una instància en què qualsevol persona pot denunciar l'existència en la xarxa de continguts problemàtics, en especial des del punt de vista de la protecció de menors. Per a més detalls sobre la seva organització i funcionament, *vid.* M. Rath-Glawitz i A. Waldenberger, «Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Dienstleister e.V.», *Computer und Recht*, núm. 12, 1997, pàg. 766-769.

64. L'origen d'aquest procediment es troba en el dret mediambiental, concretament en l'*Umwelt-Audit-Verfahren*. Sobre la seva extensió a la protecció de dades, *vid.* A. Rossnagel, «Datenschutz-Audit - ein neues Instrument des Datenschutzes», H. Bäuml, (ed.), «Der neue Datenschutz» - *Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen*, Luchterhand, Neuwied, 1998, pàg. 65 i seg.

#### IV. Valoració

La República Federal d'Alemanya va aprovar el 1997 una normativa per als serveis multimèdia, resultat d'un compromís polític entre la Federació i els *Länder* per dotar els empresaris del sector d'un marc jurídic segur.

Més enllà de la intenció confessada d'impulsar el creixement econòmic d'aquest sector, la normativa alemanya ha intentat conjuminar lliure competència i protecció dels usuaris davant les múltiples ingerències que poden suposar aquests serveis en els seus drets. En efecte, en el context de liberalització d'aquests serveis que recull la normativa multimèdia alemanya, no només apareix en primer pla la llibertat d'empresa i les llibertats econòmiques dels proveïdors sinó també drets fonamentals dels usuaris com la llibertat d'informació, la privacitat o els drets de la personalitat.

No obstant això, després del primer any de vigència d'aquest complex normatiu, la regulació alemanya sobre els multimèdia suscita moltes crítiques i fins i tot cal qüestionar si ha complert l'objectiu pel qual va ser prevista.

D'una banda, els problemes de delimitació entre les dues noves categories de serveis multimèdia (teleserveis i serveis de mitjans de comunicació) són enormes. Aquesta dualitat tradueix un repartiment competencial determinat; és a dir, ha servit per aclarir l'àmbit de competències legislatives corresponent a la Federació i als *Länder* en matèria multimèdia, però d'una manera que s'ha valorat unànimement com a desafortunada. En efecte, en bona part dels casos el empresaris dubten sobre a quina categoria correspon la seva activitat, i, en conseqüència, sobre quina normativa la regula. A això s'afegeix l'absència de criteris clars de resolució, sense perdre de vista que la prestació d'un servei multimèdia sota un règim incorrecte és sancionada amb unes quantitats no gens desdenyables.

La regulació material dels drets i les obligacions del proveïdors tampoc no resta exempta de problemes. Possiblement el cas més palpable sigui el règim de responsabilitat actual. Les dificultats d'interpretació són tantes en alguns casos, com el del proveïdor que acull en el seu servidor pàgines de tercers on s'insulta o apareixen continguts amb pornografia il·legal, que han creat una gran inseguretat entre els proveïdors. I més enllà d'això cal qüestionar la mateixa concepció normativa d'aquesta legislació basada en una regulació mínima d'alguns aspectes, però que no aborda específicament altres riscos propis d'aquests serveis de comunicació. Concretament, s'ha començat a plantejar la possible conveniència de prestar més atenció a la protecció de la llibertat d'accés i a la limitació de les tendències a la concentració multimèdia.<sup>65</sup>

D'altra banda, la distribució actual de competències en matèria multimèdia condueix a una pluralitat d'estructures de supervisió, en especial en el cas dels serveis de mitjans de comunicació. Aquesta dispersió d'autoritats de control requereix

65. Así, B. Holznapel, *op. cit.*, pàg. 45. A més, últimament la Comissió sobre monopoli (*Monopolkommission*) del Bundestag ha presentat un dictamen en relació amb aspectes de la competència en el sector mediàtic, que preveu un augment de la densitat de regulació sobretot en els mitjans de comunicació electrònics. Aquesta proposta va ser ben rebuda, el novembre de 1998, per la mateixa Federació de la Radiotelevisió i Telecomunicació privades, que agrupa més de cent seixanta empreses de radiotelevisió privada, multimèdia i telecomunicació: *vid.* <http://www.vprt.de/positionen/981110-1.html>.

una coordinació entre elles que comporta costos i retards en el procés d'adoptar una decisió. I davant d'aquesta situació és lògic que s'intenti reconduir aquesta multiplicitat d'instàncies supervisoras. Per a això una de les vies més invocades és el recurs a la col·laboració entre la Federació i els *länder*, o entre els mateixos *länder*, concretament a través d'instruments cooperatius —molt habituals en el federalisme alemany— com la creació d'una instància conjunta que s'encarregui de la coordinació i execució de les respectives competències en aquest àmbit.<sup>66</sup>

Malgrat tots aquests problemes, la normativa alemanya sobre els multimèdia és una regulació pionera en l'àmbit europeu. Però, a més, es tracta d'una regulació respectuosa amb el sistema actual de distribució de competències alemany i amb la jurisprudència constitucional sobre la llibertat de radiotelevisió. Per això, amb tots els seus problemes, la iniciativa alemanya té el mèrit de ser el primer intent de crear un marc normatiu per als serveis multimèdia en un sistema amb una estructura política descentralitzada, que permet reflexionar sobre els problemes competencials i materials nous que presenta la seva regulació, com també sobre els instruments més idonis per provar de resoldre'ls.

66. En aquest sentit, A. Bysikiewicz, *op. cit.*, pàg. 40. Així mateix, el projecte d'informe provisional del Grup del SPD a la Comissió d'estudi del *Bundestag* sobre el futur dels mitjans, va proposar constituir una instància conjunta en el sector de la comunicació similar a la *Federal Communications Commission* americana. *Vid.* a Deutscher Bundestag (ed.), *Meinungsfreiheit, Meinungsvielfalt, Wettbewerb, Zeitungs-Verlag*, Bonn, 1996, pàg. 48 i 129. Cal destacar que aquesta discussió en l'àmbit multimèdia s'insereix en un debat més ampli i de gran actualitat sobre el model tradicional basat en una separació de les autoritats en matèria de telecomunicacions i de mitjans de comunicació, separades, a més, per motius competencials en un Estat federal com Alemanya, davant el procés de convergència. Sobre aquesta qüestió es pot consultar K. H. Ladeur, «Zur Abgrenzung von Telekommunikations- und Medienrecht bei der Regelung von Pay-TV», *Archiv für Post und Telekommunikation*, núm. 3, 1997, pàg. 193-200 i B. Holznagel, «Rechtsprobleme der Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation», *Multimedia und Recht*, núm. 9, 1998, pàg. 12-17.

