



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

**Séminaire d'experts sur
“La Convention européenne sur la télévision
transfrontière dans un environnement audiovisuel en
évolution ”**

Strasbourg, 6 décembre 2001

* * *

“Quel avenir pour la radiodiffusion à l'ère du numérique?”

**Rapport du professeur Bernd HOLZNAGEL
Institut de droit de l'information, des télécommunications et des médias (ITM)
(Allemagne)**

A. La radiodiffusion à l'ère de la convergence : l'état du débat

I. Le Livre vert sur la convergence et les options réglementaires qu'il propose

L'avenir des médias sera numérique. La Commission européenne a examiné en détail les implications juridiques de la convergence dans son « Livre vert » de novembre 1997, sans toutefois arrêter sa position ou prendre une décision finale sur les questions en jeu. Ce Livre vert mentionne essentiellement deux grandes options : la conservation du modèle actuel de réglementation verticale des services audiovisuels et des télécommunications — qui pourrait être étendu aux nouveaux services —, avec adaptation ou modernisation des lois existantes en fonction des besoins (première option) ou l'introduction immédiate ou prochaine d'un nouveau modèle réglementaire uniforme (seconde option).

Le Livre vert sur la convergence a été examiné en détail lors de la Conférence de Birmingham, en 1998. Le rapport Oreja (*Rapport du groupe de réflexion à haut niveau sur la politique audiovisuelle*, http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/hlg_fr.htm) ainsi que le document d'orientation de 1999 (*Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions : Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique, 14.12.1999*) en présentent les principales conclusions. Les discussions ont permis de parvenir à un large accord sur des aspects importants de la réglementation du secteur audiovisuel. Cet accord définit les structures de base du futur ordre médiatique numérique ainsi que les objectifs premiers de la réglementation des contenus et les principes réglementaires à appliquer dès aujourd'hui. Les instruments réglementaires à utiliser n'ont donc pas été envisagés de manière très détaillée. La directive « Télévision sans frontières » et la Convention européenne sur la télévision transfrontière devant être modifiées prochainement, ces questions sont maintenant au centre d'un intense débat. Toutefois, avant de s'interroger plus précisément sur le problème du choix des instruments réglementaires les mieux adaptés, il est nécessaire de rappeler les termes de l'accord obtenu en ce qui concerne les objectifs et principes réglementaires. Le choix des instruments dépend bien évidemment de la réponse à ces questions préliminaires.

II. La future réglementation des médias : les principes déjà acceptés

1. Les principaux aspects de l'ordre médiatique numérique

Il faut donc, avant tout, présenter les aspects essentiels que doit revêtir l'ordre médiatique numérique ou la réglementation des communications électroniques :

1. Il faut établir une distinction entre la réglementation de la diffusion et celle du contenu. La réglementation de la diffusion concerne le transport d'informations et de données alors que la réglementation du contenu fixe des exigences concernant les services transportés.

2. Pour ce qui est de la réglementation des réseaux, il convient d'adopter une approche horizontale. A cet égard, la tendance à la convergence des réseaux et des terminaux a un impact sur le niveau de transport. Les mêmes principes doivent valoir pour la réglementation de l'accès conditionnel, que les réseaux servent à l'acheminement de télécommunications, d'émissions audiovisuelles ou d'autres services. Cette approche horizontale apparaît déjà dans les nouveaux projets de directives de l'UE dans le secteur des télécommunications.

3. En ce qui concerne les contenus, l'approche réglementaire doit être différenciée en fonction des différents services plutôt que standardisée. Ici, la tendance à la convergence ne conduit donc pas à une standardisation. Au contraire, l'approche réglementaire prend en compte le fait que la numérisation et la communication interactive se traduisent par le développement et l'apparition de nouveaux services sur le marché. Nous ne savons pas, pour l'heure, combien de catégories de services sont appelées à être développées et quelles normes de contenu s'y appliqueront.

4. Actuellement, le contrôle des médias est variable d'un pays à l'autre et les compétences sont réparties entre différentes instances. L'harmonisation et la concentration des structures de contrôle semblent donc nécessaires à l'heure de la convergence. Plusieurs exemples de regroupement des télécommunications et de l'audiovisuel existent déjà, comme aux Etats-Unis, avec la FCC, en Italie, avec l'ACCOM AG ou la création de l'OFCOM proposée au Royaume-Uni.

5. Le secteur audiovisuel public devrait également jouer un rôle particulier à l'heure de la numérisation. Sa mission devrait être adaptée aux nouveaux enjeux. L'étendue de ses activités dans le domaine de l'Internet est cependant très controversée.

6. La mise en place d'un cadre réglementaire stable dans un environnement en évolution rapide suppose une réflexion plus approfondie sur le rôle que peut jouer l'autoréglementation pour compléter les initiatives des pouvoirs publics (coréglementation).

2. Les objectifs de la réglementation

La Convention européenne sur la télévision transfrontière ne s'attachant qu'à la réglementation des contenus, je ne traiterai que de cet aspect. Les objectifs de la réglementation dans ce domaine font l'objet d'un large consensus et sont essentiellement les suivants :

- préservation du pluralisme et de la diversité,
- promotion de la diversité culturelle et linguistique,
- protection des mineurs,
- droit de réponse,
- protection des consommateurs, surtout en ce qui concerne la publicité et le sponsoring.

Le débat au niveau national porte aussi essentiellement sur ces objectifs. On pourrait peut-être y ajouter la libre circulation de l'information et des services. Il est intéressant de constater que ces objectifs n'ont jamais été réellement remis en cause ces dernières années.

3. Les principes de la réglementation

D'une manière générale, il y a également consensus en ce qui concerne les grands principes réglementaires, lesquels déterminent en retour le choix des instruments.

La réglementation doit répondre à cinq grands principes :

1. être basée sur des objectifs politiques clairement définis ;
2. se limiter au minimum nécessaire pour parvenir à ces objectifs (principe de proportionnalité) ;
3. renforcer la sécurité juridique dans un marché en évolution ;

4. rester technologiquement neutre ;
5. être appliquée au plus près des activités à réglementer.

III. Le problème à résoudre : quels instruments réglementaires pour quels services ?

1. Normes pour les services de radiodiffusion

Si l'on observe les instruments réglementaires utilisés, on constate que leur choix varie en fonction du type de services. Pour orienter la discussion, il est utile de passer brièvement en revue les instruments utilisés pour les différents types de services. Nous commencerons par le secteur audiovisuel.

Comme chacun sait, les normes les plus strictes s'appliquent aux services de radiodiffusion, car on estime que leur influence potentielle sur l'opinion publique est considérable. Leur concentration aux mains de quelques opérateurs peut largement conditionner la formation de l'opinion publique, ce qui représente un risque pour la démocratie. Lors du choix des instruments de réglementation, le législateur a pensé aux émissions de télévision traditionnelles. Je présenterai brièvement ces instruments :

1. Objectif : Pluralisme
 - autorisation d'émission
 - mesures garantissant la pluralité des opinions
 - normes de programmation
 - événements répertoriés
 - droit de diffuser des extraits
 - droits d'accès pour les partis politiques et les citoyens
2. Objectif : Préservation de l'identité culturelle et linguistique
 - quotas de temps d'antenne réservé aux émissions nationales et européennes
 - quotas pour les producteurs indépendants
 - quotas d'investissement (en partie)
3. Objectif : Protection des enfants et adolescents
 - interdictions de diffusion
 - restrictions de programmation et d'horaires
 - identification des émissions susceptibles de nuire aux jeunes
 - commissaires à la protection des jeunes
 - conditions spéciales pour la présentation des émissions
4. Objectif : Droit à la vie privée
 - droit de réponse
 - droit de poursuites
5. Objectif : Protection des consommateurs, notamment par la réglementation de la publicité et du sponsoring

- restriction de la publicité pour certains produits ou activités
- règles de protection pour la publicité visant les mineurs
- restriction de la publicité à caractère politique, idéologique et religieux
- restriction de l'insertion de publicité
- séparation et identification de la publicité
- insertion de publicité en blocs entre les émissions
- restrictions d'interruption des programmes
- restrictions horaires
- nouvelles formes de publicité, notamment le sponsoring.

Depuis quelques années, la question se pose de savoir si tous ces instruments sont encore adaptés à la situation. La réglementation de la publicité est très souvent critiquée : elle serait trop compliquée et ne correspondrait plus à la situation en ce qui concerne le contenu. De plus, les différences entre la réglementation applicable à la radiodiffusion et celle régissant les nouveaux services sont trop importantes et ne sont plus gérables en pratique. Examinons maintenant une autre catégorie de services, les services de la société de l'information, que la directive sur le commerce électronique introduit dans toute l'Europe.

2. Normes réglementaires pour les services de la société de l'information

Les services de la société de l'information, généralement synonymes de « nouveaux services médiatiques », se définissent comme des « services normalement fournis à distance, contre rémunération, par des moyens électroniques et sur demande individuelle du destinataire de ces services ».

Il est frappant qu'aucune des normes habituelles spécifiques aux médias ne s'applique à ces services dans le cadre de la directive sur le commerce électronique. Par contre, celle-ci impose plusieurs nouvelles obligations, concernant par exemple l'identification des fournisseurs ou la responsabilité des intermédiaires, c'est-à-dire les fournisseurs d'accès. Cela ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune exigence légale en ce qui concerne la protection des mineurs, la protection des consommateurs ou le droit à la vie privée : la législation générale sur la protection des enfants et des jeunes et le droit pénal sont applicables. Au niveau européen, l'harmonisation introduite par cette directive reste toutefois limitée. En ce qui concerne la radiodiffusion, il est frappant de constater que la directive sur le commerce électronique s'applique à de nombreux services relevant traditionnellement du secteur de la radiodiffusion (au moins en Allemagne). C'est par exemple le cas des services de vidéo à la demande et de diffusion de programmes de télévision par Internet. Cette réglementation conduit manifestement à des contradictions avec les principes réglementaires reconnus, comme le principe de neutralité technologique. Elle doit donc être révisée de toute urgence. De plus, l'évolution rapide des techniques dans le domaine des médias numériques amène à remettre en cause le classement actuel d'Internet dans les moyens de communication individuels. Je reviendrai sur ce point lorsque je tenterai de développer quelques idées pour l'élaboration d'un cadre juridique européen.

3. Normes réglementaires pour les services multimédias ou les services de radiodiffusion de second ordre

Les services de radiodiffusion et les services de la société de l'information représentent deux pôles opposés. On peut se rendre compte d'emblée qu'il y a de nombreux services pour

lesquels les normes réglementaires de radiodiffusion sont trop strictes, alors qu'elles sont dans le même temps trop souples pour les services de la société de l'information. Je pense par exemple aux services de télé-achat, à différentes formes de presse en ligne ou à des programmes de télévision spécialisés qui vont au-delà du modèle traditionnel. On estime que leur influence potentielle sur l'opinion n'est pas suffisamment importante pour leur imposer des règles comparables à celles applicables à la radiodiffusion traditionnelle. D'un autre côté, ces services ne sont pas comparables à de simples services de commerce électronique car ils ont un réel pouvoir d'influence sur l'opinion publique. Prenons l'exemple de la réglementation applicable à la presse : il existe des normes minimales concernant la protection des tiers et la préservation du pluralisme, mais elles sont bien inférieures à celles applicables au secteur de la radiodiffusion. La raison en est, entre autres, le présupposé que les médias écrits ont un pouvoir d'influence et de suggestion moindre. A partir de là, l'identification de nouvelles catégories de services et de normes correspondantes n'a rien d'étonnant. L'Allemagne joue, dans une certaine mesure, un rôle de précurseur dans ce domaine. La loi allemande sur les médias mentionne les services multimédias, qu'elle définit de la manière suivante :

Conformément à l'article 2 § I du Traité d'Etat sur les médias, les services multimédias sont des services d'information et de communication destinés au public et porteurs de messages sonores ou d'images animées sonorisées transmis par des impulsions électromagnétiques sans fil ou par câble.

Comme les services de radiodiffusion classiques, les services multimédias s'adressent au grand public. A y regarder de près, on remarque qu'ils correspondent même tout à fait à la définition habituelle de la radiodiffusion donnée par la Cour constitutionnelle fédérale. Pourtant, la réglementation qui leur est appliquée est moins stricte. Ils sont régis par d'autres instruments. Les instruments réglementaires conçus pour les services multimédias sont les suivants :

1. Objectif : Pluralisme

Contrairement aux radiodiffuseurs classiques, les services multimédias ne sont pas tenus d'obtenir une autorisation d'émission ou d'être enregistrés. De plus, aucune règle concernant le droit de diffuser des extraits, la prévention des monopoles d'information ou imposant des quotas n'existe pour ces services. Ils ne sont soumis à aucune norme concernant le pluralisme des programmes, contrairement à la radiodiffusion classique, mais ils restent toutefois assujettis aux obligations de diligence qui s'imposent aux journalistes.

2. Objectif : Préservation de l'identité culturelle et linguistique

Le Traité d'Etat sur les médias ne comporte aucune règle favorisant la production et la distribution de contenus d'origine européenne. Compte tenu de la portée mondiale de ces médias, de telles règles seraient absurdes.

3. Objectif : Protection des enfants et des jeunes

Les obligations imposées dans ce domaine pour la protection des enfants et des jeunes correspondent largement à celles applicables à la radiodiffusion classique.

4. Objectif : Droit au respect de la vie privée

Le Traité d'Etat sur les médias prévoit au minimum un droit de réponse en ce qui concerne les offres de type journalistique et éditorial.

5. Objectif : Protection des consommateurs, publicité et sponsoring

La réglementation de la publicité dépend souvent de l'existence de grilles de programmes ou d'autres conditions structurelles qui n'existent pas dans le secteur de la télévision sur Internet. En conséquence, le Traité d'Etat sur les médias ne comporte aucune règle relative à l'insertion et à la durée de messages publicitaires. Cependant, des mesures de protection sont applicables à la publicité visant les mineurs, de même qu'une obligation d'identification et de séparation des messages publicitaires. Les règles les plus strictes applicables à la radiodiffusion classique s'appliquent aussi en partie aux offres de télé-achat et au sponsoring.

4. Conclusion provisoire

Permettez-moi de tirer la conclusion suivante de cette discussion sur le choix des instruments réglementaires : pour ce qui est du contenu, il est raisonnable de faire des distinctions entre les différents types de services. Actuellement, les services de radiodiffusion sont soumis à des obligations particulièrement strictes, alors que les normes applicables aux services de la société de l'information sont au contraire très souples. Il existe cependant toute une série de nouveaux services pour lesquels aucune de ces deux approches n'est adaptée. En conséquence, le problème qui se pose est de définir ces nouveaux services et de savoir quels instruments réglementaires leur appliquer. Nous avons vu que l'Allemagne considère les services multimédias comme une troisième catégorie, avec un niveau de réglementation plus faible. Quelles conclusions peuvent en être tirées pour la réglementation de la radiodiffusion au niveau européen ?

B. Conséquences pour le droit européen de la radiodiffusion

I. La réglementation des services de télévision devrait rester distincte de celle des services de la société de l'information

Il est en principe raisonnable de limiter la réglementation européenne à la télévision. La radio se limite très largement au niveau régional ou même local et ne dépasse en général pas les frontières d'un pays. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher une harmonisation minimale dans ce domaine au niveau européen. Par ailleurs, il ne semble pas opportun de réglementer les services de la société de l'information plus qu'ils ne le sont à présent.

II. Elargissement de la définition des services de télévision

Des classifications contradictoires risquent de voir le jour si les nouvelles formes de services audiovisuels ou de télévision sont soumis aux normes réglementaires des services de la société de l'information. La vidéo à la demande, les services télévisés interactifs ou les services de radiodiffusion par Internet font partie de ces nouvelles formes de « services audiovisuels ». Conformément au principe de neutralité technologique, les mêmes règles doivent leur être appliquées qu'aux services de télévision « normaux ». Le critère déterminant est leur pouvoir d'influence sur l'opinion publique. C'est essentiellement pour cette raison que la radiodiffusion est traditionnellement soumise à une réglementation particulière. La définition des systèmes point à multipoint, fondée uniquement sur des aspects techniques, ne prend pas suffisamment en compte cet aspect. Appliquée littéralement, cette définition amènerait à qualifier l'intégralité du World wide web de « service de télévision ». Cependant,

il est absurde d'assujettir individuellement certains sites web à une autorisation préalable ou de leur appliquer les instruments habituels en vigueur pour la radiodiffusion. D'un point de vue juridique, le critère distinctif déterminant doit donc être que les services de télévision sont destinés au grand public.

Le terme « service de télévision » pourrait remplacer l'expression « programmes télévisés » à l'article 1a de la directive « Télévision sans frontières » et à l'article 2 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière. Les « services de télévision » pourraient être définis comme suit : « la distribution de services télévisés au grand public par transmission primaire ou à la demande, par des moyens électroniques, quel que soit le mode de distribution »¹. Cette définition inclurait la transmission à d'autres radiodiffuseurs pour retransmission au grand public. Elle exclurait par contre d'autres services de communication transmettant de l'information ou d'autres services à la demande, comme les services de transmission par fax, les bases de données électroniques ou autres. Les services de vidéo à la demande, de radiodiffusion par Internet et même les chaînes de télévision classiques gratuites ou payantes seraient incluses dans cette définition. En outre, elle correspondrait à l'initiative du Parlement européen telle qu'exprimée dans le Troisième rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social concernant l'application de la Directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » du 4.10.2001, qui cite l'exemple de la webdiffusion ou de la vidéo en direct parmi les services qui pourraient entrer dans le champ de la directive « Télévision sans frontières ».

III. Constitution de nouvelles sous-catégories de services télévisés

Comme on l'a déjà indiqué, il serait absurde d'appliquer les mêmes règles au contenu de tous les services télévisés. Il n'est pour l'instant pas possible de prévoir combien de catégories de services se développeront normalement et quelles seront les caractéristiques de ces divers services. Il me semble cependant que la réglementation allemande, telle que fixée dans le Traité d'Etat sur les médias, peut servir d'exemple. Cet accord crée une catégorie de services multimédias auxquels s'appliquent des normes plus souples que pour la télévision traditionnelle. En conséquence, je préconiserais la définition, au niveau européen, d'un ou plusieurs services multimédias ou télévisés de second ordre, qui seraient soumis à des normes plus souples en ce qui concerne le contenu. Il est bien sûr difficile de définir en détail ces catégories de services.

Le législateur européen pourrait cependant prendre la définition générale des services multimédias comme modèle et développer un catalogue d'exemples. Si le classement des services par catégories devait poser problème en pratique, des catalogues/exemples de services permettant un classement précis pourraient être préparés. De plus, on pourrait envisager d'utiliser des critères quantitatifs, comme des parts de marché données, dans la définition.

On pourrait même envisager une classification plus sophistiquée comme celle qui a été présentée récemment en Allemagne par l'Institut Hans Bredow : il suggère la création de cinq catégories de services auxquelles correspondrait une approche réglementaire progressive prenant en compte l'impossibilité, réelle ou potentielle, d'atteindre les objectifs de la réglementation décrits ci-dessus.

¹ Dans ses *Commentaires préliminaires sur la révision de la Directive "Télévision sans frontières"*, l'UER donne une autre définition des services audiovisuels: "**Fourniture de contenu audiovisuel au public par des moyens électroniques**", soit en simultané ou à la demande. L'audiovisuel pourrait être défini comme "toutes les images animées et/ou sons, transmis soit en direct ou enregistrés".

IV. Modifier la réglementation des services télévisés

En ce qui concerne les services de radio-télévision classiques, il faut se demander si les normes appliquées correspondent à la situation actuelle. On peut en particulier s'interroger sur les règles sophistiquées applicables à la publicité. Il a été suggéré de supprimer les durées limites autorisées pour la publicité et de laisser au spectateur le soin de décider de la quantité de publicité qu'il souhaite consommer. Avant de procéder à cette déréglementation, il faut cependant voir si elle n'affaiblit pas trop le second pilier du système double de radio-télévision, à savoir le service public. Si ce n'est pas le cas, il semble tout à fait opportun de s'en remettre beaucoup plus largement aux lois générales du marché pour parvenir à une régulation de la publicité. Toutefois, des règles effectives évitant que l'inexpérience et la crédulité des enfants et des adolescents ne soient exploitées resteront indispensables.

Par ailleurs, l'opportunité d'inclure dans une convention européenne plusieurs règles caractéristiques de la législation des Etats membres relative à l'audiovisuel doit être examinée. Je pense notamment aux règles visant à limiter la concentration. De plus, il faudra se pencher sur le problème posé par les décodeurs, qui peuvent avoir pour effet de limiter à l'excès la libre circulation de l'information au-delà des frontières et de restreindre l'offre de radio-télévision au territoire national. La protection des droits de propriété intellectuelle peut justifier cette pratique, mais l'utilisation de cette nouvelle technologie numérique se traduit dans les faits par une restriction considérable du flux d'informations. La technologie risque d'empiéter plus qu'il n'est légitime sur la liberté d'information. Il conviendra, à un stade ultérieur, d'envisager en détail des mesures permettant d'y remédier.

V. Normes réglementaires plus souples pour les nouveaux services télévisés ou multimédias

Il est difficile de fixer en détail les obligations applicables aux services télévisés de deuxième catégorie. Un consensus pourrait être établi sur le fait que ces services ne devraient pas être soumis à autorisation préalable. Cette décision relève toutefois du pouvoir réglementaire des Etats membres. De nombreux arguments indiquent en outre que des restrictions de programmation ou horaires destinées à protéger les mineurs ou que la fixation de quotas ne sont pas adaptées à ces nouveaux services, comme nous l'avons exposé plus haut. Pour ce qui est des services à la demande, on peut se demander si le traditionnel droit de réponse ne risque pas d'être vidé de sa substance. Avant qu'un accord soit conclu sur ces questions au niveau européen, il conviendrait d'examiner attentivement les effets concrets des règles correspondantes, telles qu'elles sont appliquées aux services multimédias en Allemagne. Enfin, on peut à tout le moins s'interroger sur la nécessité d'avoir des règles relatives à la promotion de l'identité linguistique et culturelle si l'on tient compte du nombre incalculable de chaînes.

VI. Perspectives d'une approche réglementaire horizontale pour les contenus

Lorsque cette matrice aura été définie, c'est-à-dire lorsque les catégories de services auront été délimitées et qu'un niveau correspondant de réglementation leur aura été assigné, il conviendra de s'interroger sur la nécessité de fixer des conditions de portée générale, applicables à tous les services, en ce qui concerne par exemple la protection des mineurs ou le droit à la vie privée. Ces règles générales pourraient, le cas échéant, constituer un cadre réglementaire primaire qui pourrait s'intituler « conditions d'application générale ». Il conviendrait d'examiner, surtout en ce qui concerne les problèmes de protection des mineurs,

dans quelle mesure une approche réglementaire de niveau européen pourrait être bénéfique : la technologie numérique permet d'avoir des applications de filtrage des contenus potentiellement néfastes pour le développement de nos enfants. Si ces filtres s'avéraient efficaces, le contrôle exercé sur les programmes sous forme de restrictions horaires pourrait être réduit.

Toutes ces questions ne pourront cependant trouver de réponses définitives qu'après une analyse détaillée. Je suis donc très curieux d'entendre ce que diront les intervenants suivants, notamment s'ils estiment que la réglementation relative à la publicité ou à la protection des mineurs sont toujours adaptées à la radio-télévision classique ou quelles sont les règles qui devraient s'appliquer aux nouveaux services. Je vous remercie de votre attention.