



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

**Séminaire d'Experts
sur «La Convention Européenne sur la
Télévision Transfrontière
dans un Environnement en Pleine Evolution»**

Strasbourg, 6 décembre 2001

* * *

**« Le cadre de régulation en vigueur en matière de la télévision
s'applique-t-il aux nouveaux médias? »**

**Rapport par M. Tarlach McGONAGLE
Institute for Information Law (IViR)
Université d'Amsterdam**

INTRODUCTION

La *problématique* essentielle abordée dans le présent article, à savoir l'applicabilité du cadre de régulation européen en vigueur en matière de télévision à ce qu'on appelle "les nouveaux médias", ne peut plus être considérée comme une terre vierge. Malgré une apparition relativement récente dans le débat juridique, les discussions autour de la convergence, des droits d'accès, de l'avènement de la télévision numérique, etc., ont déjà contribué à son exploration. Le droit et la formulation du problème en termes politiques, que ce soit au niveau européen ou national, ont essayé tant bien que mal de suivre le rythme de l'évolution technologique. Il reste à trouver un consensus pour déterminer quelle est l'approche la plus adéquate en matière de régulation des nouveaux médias, ce qui fait que pendant quelque temps encore cette question restera d'actualité. La clarification qu'apporterait une législation européenne traitant de manière complète et définitive de la question serait très profitable à ce qui a déjà été accompli dans ce domaine.

Dans la première section du présent document, il est proposé d'examiner les définitions données – au niveau européen – des activités de radiodiffusion et des activités des nouveaux médias qui semblent de même nature. L'accent mis sur le cadre de régulation européen plutôt que sur la législation nationale de quelques Etats sélectionnés, peut s'expliquer par le fait que la législation européenne s'efforce souvent de servir de modèle à une législation nationale de même nature. On demande généralement à celle-ci de refléter fidèlement les principes énoncés au niveau international en tenant dûment compte, chaque fois qu'il y a lieu, des spécificités culturelles et autres de chaque Etat.

La deuxième section portera sur des considérations conceptuelles et matérielles. Cela devrait compléter de manière satisfaisante l'accent mis initialement sur la question des définitions. En soulevant toute une série de questions, cette section vise à encourager l'approfondissement du débat durant le séminaire. Dans cette perspective, les points de vue exprimés n'ont rien de définitif. L'article se veut dans l'ensemble discursif, mais il contient aussi des éléments de réflexion personnelle.

Enfin, un certain nombre de conclusions pertinentes seront tirées de l'examen des concepts et des définitions. Elles souligneront les points saillants de et rappelleront certaines considérations d'ordre politique pour l'avenir.

I. DEFINITIONS

(i) Le cadre de régulation en vigueur en matière de télévision

Le cadre de régulation actuel de la télévision en Europe repose sur deux piliers principaux. Le premier en place fut la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière (CETT) de 1989¹, amendée par le Protocole de 1998.² La CETT est l'œuvre du Conseil de l'Europe. A ce jour, elle a été ratifiée par vingt-trois Etats³ et

¹ Adoptée le 5 mai 1989, STE n° 132.

² Adoptée le 1^{er} octobre 1998, STE n° 171.

³ Voir plus loin le site web des traités du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int>

onze autres Etats signataires doivent encore procéder à sa ratification. Le Protocole portant modification de la CETT n'est toujours pas entré en vigueur.

Le deuxième pilier est constitué par la Directive du Conseil des Communautés européennes 89/552/CCE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (Directive «Télévision sans frontières»⁴). Cette Directive, qui a été modifiée par la Directive 97/36/EC du Parlement européen et du Conseil⁵, est appliquée dans l'ordre juridique national de tous les Etats membres de l'Union européenne (UE) (actuellement au nombre de quinze). Ses dispositions ont aussi inspiré certaines conditions imposées dans les accords passés avec les pays candidats à l'adhésion.

L'histoire de ces deux instruments juridiques est étroitement liée. La CETT a été élaborée avant tout pour faciliter la liberté d'expression à travers les médias télévisuels, par delà les frontières nationales. La Convention visait aussi la mise en valeur du patrimoine européen et l'encouragement de la production audiovisuelle européenne. La conception de cette Convention a aussi été motivée par la nécessité d'offrir au public un service de télévision complet et de haute qualité. Quant à la Directive «Télévision sans frontières» elle a eu principalement pour objet la classification de la radiodiffusion télévisuelle en tant que service au sens du traité instituant la Communauté européenne⁶. On avait donc perçu la nécessité de gommer les disparités entre les Etats membres en matière de régulation et de coordonner les lois applicables. Il semble que le premier objectif ait été de faciliter la libre de circulation des services de radiodiffusion télévisuelle plutôt que celle des informations et des idées. Les intérêts des téléspectateurs en tant que consommateurs ont été pris en compte dans la réflexion qui a abouti à la Directive.

Malgré leurs objectifs différents, ces deux instruments juridiques essentiels ont été négociés parallèlement pour conserver entre eux une certaine cohérence et assurer aux Etats et aux radiodiffuseurs transfrontières une assise juridique solide.

(a) La Convention européenne sur la Télévision Transfrontière

Certains des termes définis à l'article 2 de la Convention sont d'une importance capitale pour toute considération concernant la pérennité de la Convention dans une société de plus en plus dominée par les nouveaux médias. Le premier de ces termes est «transmission» qui désigne «l'émission primaire, par émetteur terrestre, par câble ou par tout type de satellite, codée ou non, de service de programmes de télévision destinés à être reçus par le public en général»⁷. La définition contient aussi un critère de qualification primordial selon lequel «ne sont pas visés les services de communication opérant sur appel individuel»⁸. D'après l'article 2b, «retransmission» désigne le fait de «capter et transmettre simultanément, quels que soient les moyens techniques utilisés, dans leur intégralité et sans aucune modification, des services de programmes de

⁴ Adoptée le 3 octobre 1989, OJ L 298, 17.10.1989, page 23.

⁵ Adoptée le 30 juin 1997, OJ L 202, 30.07.1997, page 60.

⁶ Voir en particulier l'article 50 (ex-article 60).

⁷ Article 2a de la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière, 1989.

⁸ Voir plus loin infra.

télévision ou des parties importantes de tels services, transmis par des radiodiffuseurs et destinés à être reçus par le public en général.» L'expression «Services de programmes» désigne «l'ensemble des éléments d'un service donné, fourni par un radiodiffuseur au sens du paragraphe précédent.»⁹

La définition de «radiodiffuseur» à l'article 2c a été quelque peu modifiée par le Protocole portant amendement à la Convention afin de l'aligner sur la définition du même terme donnée dans la Directive «Télévision sans frontières» modifiée¹⁰.

Ce terme désigne désormais “la personne physique ou morale qui a la responsabilité éditoriale de la composition de services de programmes de télévision destinés à être reçus par le public en général et qui les transmet ou les fait transmettre par un tiers dans leur intégralité et sans aucune modification.”¹¹

(b) La Directive “Télévision sans frontières”

Les définitions de la Directive sont données à l'article 1. La définition de “radiodiffusion télévisuelle” a été conservée dans sa forme originale à l'article 1(a) : “l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires.”¹² La définition du terme “radiodiffuseur” a cependant été modifiée et se lit à présent comme suit : “la personne physique ou morale qui a la responsabilité éditoriale de la composition des grilles de programmes télévisés au sens du point a) et qui les transmet ou les fait transmettre par une tierce partie.”¹³

(ii) Services des nouveaux médias / de la société de l'information

L'expression commode et générique de “services des nouveaux médias”, est généralement considérée comme synonyme de “services de la société de l'information”. On a déjà essayé de définir dans les grandes lignes ce que recouvre cette expression. Elle trouve son expression juridique la plus claire à ce jour à l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques¹⁴, telle que modifiée par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998¹⁵. Le “service de la société de l'information” y est défini comme “tout service prêté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.”

⁹ Article 2d, *ibid.*

¹⁰ Article 3, Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière, 1998.

¹¹ *Ibid.*

¹² Article 1 (a), Directive «Télévision sans frontières» *op.cit.*

¹³ Article 1 (b), *ibid.*

¹⁴ OJ L 204,21.7.1998, p 37

¹⁵ OJ L 217,5.8. 1998, p. 18

Suit dans le même article une explication de cette définition : les mots “à distance” s’entendent comme “un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes” ; “par voie électronique” fait référence à “un service envoyé à l’origine et reçu à destination au moyen d’équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques”; enfin, “à la demande individuelle d’un destinataire de services” signifie “un service fourni par transmission de données sur demande individuelle¹⁶.” Le texte précise par ailleurs que la Directive ne s’applique pas aux services de radiodiffusion sonore et de radiodiffusion télévisuelle, tels que définis à l’article 1(a) de la Directive “Télévision sans frontières” (citée plus haut). Cela semble exclure les services de radiodiffusion, du moins tels qu’ils sont définis d’une manière classique, de la possibilité d’être considérés comme des services de la société de l’information. La ligne de démarcation se situe là où s’établit la distinction entre le caractère privé et le caractère public d’un service considéré. Cette distinction pose cependant problème, comme nous le verrons plus loin.

La définition des “services de la société de l’information” donnée par la Directive 98/34/CE, telle que modifiée, a néanmoins fait école. Elle a déjà été intégrée dans d’autres textes juridiques, en particulier dans la Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d’accès conditionnel¹⁷, et la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («Directive sur le commerce électronique»)¹⁸. Cette dernière Directive indique expressément que «les services de télévision [au sens de la Directive “Télévision sans frontières”] et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l’information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle.»¹⁹ Elle établit donc une distinction entre la radiodiffusion *stricto sensu* d’une part, et les services transmis de point à point, comme la vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique (qu’elle considère comme des “services de la société de l’information”) de l’autre.

La Directive sur le commerce électronique énumère ensuite différents types de services qui ne relèvent pas de la définition de la société de l’information : “l’utilisation du courrier électronique ou d’autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques n’agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes”; “la relation contractuelle entre un employé et son employeur” et les “activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que le contrôle légal des comptes d’une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient²⁰.” Une fois de plus, la différence d’approche à l’égard des communications de nature privée est manifeste.

¹⁶ Article 1 (2), Directive 98/34/CE, modifiée, op.cit.

¹⁷ OJ L 320, 28.11.1998, p 54

¹⁸ OJ L 178, 17.1.2000, p 1

¹⁹ para. 18, préambule, ibid., page 3

²⁰ ibid., page 3-4

Cette définition des services de la société de l'information a donc fait école puisqu'elle a réussi à s'imposer dans d'autres organisations, comme le Conseil de l'Europe. Ainsi, la définition des "services de la société de l'information" retenue dans le projet de Convention du Conseil de l'Europe sur l'information et la coopération juridique concernant "les services de la société de l'information"²¹, est identique à celle de l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE, telle que modifiée par la Directive 98/48/CE. Ce projet de Convention vise à mettre en place «un système d'information et de coopération juridique dans le domaine des nouveaux services de communication en suivant l'exemple de la Directive 98/48/CE²²." L'article 2 du projet de Convention retient, comme faisant partie intégrante de sa définition des services de la société de l'information, les trois critères cumulatifs énoncés dans la définition correspondante de la Directive 98/34/CE ("à distance", "par voie électronique" et "à la demande individuelle d'un destinataire de services"). Le projet de Convention ne s'est même pas défait de l'élément économique qui figurait dans la définition originale ("tout service, *fourni normalement contre rémunération...*"²³); il s'agit là d'une caractéristique propre à l'approche traditionnelle de ces questions par l'UE, qui s'oppose à celle du Conseil de l'Europe, généralement axée sur la liberté d'expression. Notons au passage que la définition des "services de la société de l'information" donnée dans la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel ou d'accès conditionnel²⁴ a une tonalité économique similaire, du moins lorsqu'on l'examine à la lumière de son Rapport explicatif²⁵.

Cette Convention trouve son origine dans la Directive 98/48/CE, comme l'indique en toute franchise son Rapport explicatif. La teneur générale de ce rapport laisse penser que l'idée maîtresse du processus d'élaboration du projet était de produire un texte susceptible de faciliter une complémentarité harmonieuse du droit émanant de ces deux organisations intergouvernementales. Le rapport énonce : "Il est clair que le droit communautaire et le droit international doivent évoluer ensemble dans ce contexte, autant que faire se peut, et, à cette fin, les deux instruments juridiques doivent avoir un champ d'application similaire. Etant entendu que les directives constituent des textes législatifs contraignants dans l'ordre juridique communautaire au regard des objectifs à atteindre, un instrument juridique international de nature contraignante à l'image d'une Convention semble être l'outil du Conseil de l'Europe le plus approprié du point de vue du droit international²⁶."

(iii) Divergences des définitions

Depuis qu'ils ont quitté le stade primaire de la radiodiffusion traditionnelle, les nouveaux médias se sont développés de façon exponentielle. Il y a peu de temps encore,

²¹ le texte du projet de Convention figure dans la demande d'avis formulée par le Comité des Ministres, doc 8982 du 22 février 2001 de l'Assemblée parlementaire disponible à l'adresse: <http://stars.coe.fr/doc/doc01/EDOC8982.Htm>

²² paragraphe 1, Rapport explicatif au projet de Convention, *ibid*.

²³ l'accent mis avec les italiques est un ajout.

²⁴ adoptée le 24 janvier 2001, STE 178

²⁵ voir, en particulier, le paragraphe 17 du Rapport explicatif

²⁶ paragraphe 3, Rapport explicatif du projet de Convention sur l'information et la coopération juridique concernant « les services de la société de l'information », figurant aussi dans le Doc 8982 de l'Assemblée parlementaire, *op.cit*.

la diffusion sur le Web, la radiodiffusion simultanée, la diffusion en direct, la télévision interactive, la télévision à portail, la vidéo à la demande, la quasi-vidéo à la demande et d'autres innovations technologiques étaient considérés comme des services expérimentaux, accessoires ou périphériques, fournis par les radiodiffuseurs traditionnels. L'intégration de ces services dans la vie quotidienne appelle une redéfinition juridique de la radiodiffusion, car les pratiques actuelles ne correspondent plus aux cadres obsolètes qui sont supposés les accueillir. Cependant l'ambition du présent document n'est pas d'examiner dans le détail l'évolution technologique de la radiodiffusion, cela ayant déjà été fait ailleurs²⁷.

Dans le passé, il était tacitement admis que les définitions juridiques de termes techniques voisins du secteur audiovisuel étaient adaptables. Cette opinion prévaut dans certains milieux, malgré la dynamique du progrès technologique. Cette adaptabilité supposée présentait des avantages. Ses partisans soutenaient que l'interprétation souple des définitions existantes était la solution la plus commode puisque dans cette course contre l'innovation technologique, le droit serait invariablement à la traîne et dépourvu d'efficacité. Les rédacteurs de la CETT ont opté pour le terme "transmission", tentant par là "de couvrir l'ensemble des moyens techniques utilisés pour transmettre au public des services de programmes de télévision"²⁸. En effet, leur préoccupation première était de savoir, indépendamment des moyens techniques utilisés, «si le service de programmes de télévision en question était destiné à être reçu directement ou indirectement par le public en général²⁹». La récurrence du critère de réception par le «public en général» atteste une fois de plus son ferme ancrage dans l'ensemble de l'édifice réglementaire relatif à la radiodiffusion.

Ce principe d'adaptabilité des définitions juridiques existantes semble avoir marqué aussi la Recommandation n° R (99) 14 du Comité des Ministres [du Conseil de l'Europe] aux Etats membres sur le service universel communautaire relatif aux nouveaux services de communication et d'information³⁰. L'Exposé des Motifs de la Recommandation³¹ s'efforce de justifier l'emploi des termes "nouveaux services de communication et d'information" sans en donner une définition :

"...Cette expression ou des variantes de cette expression sont très largement utilisées pour désigner les services numériques de communication et d'information, comme l'Internet avec sa toile et le courrier électronique. La Recommandation évite de mentionner expressément l'Internet, en raison de l'évolution rapide et imprévisible de la technologie dans ce domaine, et pour ne pas restreindre son champ d'application. Le mot "nouveaux" se rapporte à cette évolution récente et en cours même si, dans un avenir proche, certains de ses aspects pourraient ne plus être qualifiés de nouveaux. Le caractère purement descriptif de ce terme offre aux Etats membres la liberté d'être plus

²⁷ Voir par exemple N. Helberger, "Rapport au Conseil de l'Europe sur la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion : problèmes actuels et lignes d'action possibles", 1999, notamment les pages 7 et suivantes.

²⁸ Paragraphe 82 du Rapport explicatif de la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière, T-TT(2000) 8.

²⁹ *ibid.*

³⁰ Adoptée le 9 septembre 1999, disponible sur : <http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r14.htm>

³¹ CM(99)112 – extrait, 30 juillet 1999, disponible sur : <http://cm.coe.int/reports/cmdocs/1999/99cm112ext.htm>

précis, conformément à leur situation et à leur politique nationales. Cela étant, il faut reconnaître que le mot “Internet” est communément utilisé comme terme générique pour désigner ces nouveaux services de communication et d’information³².”

Cette citation est axée sur des considérations pratiques et sémantiques. Cependant la question présente également une dimension conceptuelle et implique d’examiner si l’adaptabilité des réglementations en vigueur est effectivement souhaitable. Le débat sera inévitablement centré sur les mérites respectifs de l’adaptation des lois en vigueur pour faire face aux progrès de la technologie enregistrés dans le secteur audiovisuel, et de l’élaboration de nouvelles lois pour servir le même objectif. Il n’y a pas de réponse définitive et universelle à la question de savoir (i) si les instruments existants seront suffisamment adaptables pour faire face aux futurs développements ou (ii) si le recours à de nouveaux instruments sera indispensable ? Quoi qu’il en soit, il est probable que dans un proche avenir l’impact sur l’opinion publique des services individuels des nouveaux médias confèrera davantage de poids à la définition, en matière de régulation.

La notion de transmission au “public en général” et au “public” est prédominante dans les définitions retenues dans la CETT et la Directive “Télévision sans frontières”. Il en va de même de l’exclusion expresse des services individualisés du champ d’application de ces piliers législatifs de la radiodiffusion télévisuelle européenne. Le Rapport explicatif de la CETT révisée éclaire le point : “par 'services de communication opérant sur appel individuel', les auteurs de la Convention entendent exclure des services qui ne peuvent pas être considérés comme destinés à être reçus par le public en général, tels la vidéoconférence, le vidéotexte, les services de télécopie, les banques de données électroniques, les services interactif et autres services de communication similaires³³.” Le Rapport reste cependant muet sur une partie du dilemme relatif à la définition. Les dispositions de la CETT s’appliquent bien aux services de télévision par abonnement, à la carte, de quasi-vidéo à la demande ou de télétexte. Inversement, les services destinés aux groupes fermés d’usagers n’entrent pas dans le champ de la définition de “transmission”, dans la mesure où “ils ne sont pas destinés à être reçus par le public en général³⁴.” La distinction entre d’une part, les services demandés et fournis sur appel individuel, et d’autre part le marché des médias spécialisés où le radiodiffuseur pourvoit aux besoins et aux préférences d’individus ciblés est floue. Les recoupements entre ces deux notions ne sont pas négligeables et les progrès futurs de la technologique ne vont pas simplifier la situation, pas plus que la tendance, illustrée plus haut, des instruments juridiques relatifs aux services de la société de l’information d’exclure les activités de la radiodiffusion classique de leur champ d’application.

Un moyen de résoudre les difficultés de définition serait de se focaliser sur le constat de plus en plus évident que le caractère individuel des services de la société de l’information empêche de les classer parmi les services de radiodiffusion. Etant donné que les définitions étroites et simples de chacun de ces deux types de services s’excluent mutuellement, rien ne justifie apparemment de les soumettre au même régime réglementaire. La question de l’adaptabilité du cadre réglementaire en vigueur ne se pose donc pas.

³² paragraphe 8, *ibid*.

³³ paragraphe 83, *op.cit*.

³⁴ paragraphe 84, *ibid*.

La notion de neutralité technologique offre un autre moyen de mettre un terme aux querelles de définition sur la portée exacte des activités de radiodiffusion et des activités similaires que l'on pourrait plus facilement classer comme étant des services de la société de l'information. Natali Helberger, après avoir évoqué les difficultés que pose la classification des "services fournis sur la base des nouvelles techniques de transmission ou de médias convergents"³⁵, conclut qu'il conviendrait de donner une définition de la radiodiffusion qui soit aussi dissociée que possible de la technologie et permette de couvrir la transmission par satellite, la transmission sous forme numérique ou cryptée, ou d'autres formes³⁶. Un intérêt de cette approche neutre de la technologie est de permettre aux décideurs politiques et aux législateurs de s'attacher au fond plutôt qu'à la forme. Cela devrait contribuer à canaliser l'activité intellectuelle vers la définition de priorités et de politiques claires, qui ne seraient pas à la merci d'évolutions technologiques extrêmement imprévisibles.

II. APPLICATION

La meilleure façon d'entamer cette deuxième partie de l'article est peut-être de citer Beth Simone Noveck qui a dit : «Bien que l'avenir soit numérique, notre réflexion sur la régulation reste analogique. »³⁷ Il n'est guère contestable que l'avenir de la télévision en Europe sera numérique, en ligne et fera appel à d'autres technologies et on ne peut davantage mettre en doute la réalité du deuxième élément de la citation. Dans un document hautement instructif, l'auteur retrace l'évolution du système réglementaire européen de la radiodiffusion et formule des recommandations utiles et globales pour les orientations et les priorités futures³⁸. Il est proposé dans les pages suivantes de développer l'argumentation autour de cette observation de Mme Noveck.

Toute modification législative, ou même toute modification envisagée, ne doit pas être guidée par les seules évolutions techniques. Les changements dans la nature profonde des médias ne sont pas uniquement liés aux changements des techniques de communication. Thomas Gibbons affirme à propos de ces derniers qu'ils n'induisent pas nécessairement les premiers. L'intérêt public pour l'activité des médias reste important; comme le souci de la liberté d'expression et de l'indépendance éditoriale et les exigences de qualité et de responsabilité. "La convergence a pour effet", dit Gibbons, "de nous obliger à examiner les fondements de la réglementation traditionnelle et de nous demander si elle repose sur des formes anciennes plutôt que sur des principes plus larges et durables"³⁹. Cette remarque ne s'applique pas qu'à la convergence. Elle vaut également pour d'autres services de nouveaux médias. Giampiero Giacomello a identifié deux grands moyens d'exercer un contrôle politique sur les nouveaux médias :

³⁵ *Op.cit.*, p 12

³⁶ *ibid.*, page 13

³⁷ B.S.Noveck, « Thinking Analogue About Digital Television? Bringing European Content Regulation Into The Information Age », in C.Marsden&S.Verhulst, Eds., *Convergence in European Digital TV Regulation* (Blackstone Press Limited, London, 1999),pp 37-63, p.38.

³⁸ voir aussi-dans le même volume-C.Cowie&C.Marsden, «A comparative Institutional Analysis of Communication Regulation »pp 191-215, for a helpful overview of different approaches to convergence.

³⁹ T. Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry" in C. Marsden and S. Verhulst (Eds.), *Convergence in European Digital Television* (Blackstone Press Ltd., London, 1999), p. 155.

“la limitation et la discrimination de l'accès” (qui pourraient parfaitement inclure la délivrance des licences et les exigences techniques) et “la censure des contenus échangés en ligne⁴⁰.” Ces deux moyens seront examinés tour à tour.

(i) L'argument démocratique de la régulation de la radiodiffusion

Plusieurs arguments sont régulièrement avancés pour justifier la permanence des systèmes de licence de radiodiffusion. Parmi les plus convaincants figurent la rareté des fréquences et la protection du pluralisme et de la diversité. Ces deux motifs sont le fruit d'une conception particulière de la démocratie qui veut, en bref, «que la parole des puissants n'étouffe pas ou ne gêne pas la parole des moins puissants.»⁴¹ Cependant, dans un contexte de changements technologiques donnant le vertige, la légitimité de ces arguments est en train d'être battue en brèche.

Un bref examen de cette conception de la démocratie servira de préface explicative à l'examen ultérieur dans le détail de chacun des arguments susmentionnés. Le droit à la liberté d'expression, d'opinion et d'information est au cœur du principe démocratique. En effet, ce droit a été reconnu à juste titre comme la «pierre de touche» des droits de l'homme par l'Assemblée générale des Nations unies en 1946.⁴² On pourrait utiliser toute une panoplie d'adjectifs pour qualifier sa valeur (fondamental, essentiel, instrumental, habilitant). Son importance cardinale pour l'épanouissement de l'individu, le progrès de la connaissance et de la vérité dans la société, la participation à une vie politique démocratique, une plus grande transparence du gouvernement et un système juridique équitable et ouvert, est incontestée.

La radiodiffusion -sous quelque forme que ce soit- offre l'occasion remarquable d'exercer les droits individuels et collectifs à la liberté d'expression. Or, d'importants obstacles logistiques empêchent tout un chacun de réclamer un droit d'accès à des circuits de radiodiffusion. Comme le dit Judith Lichtenberg «Supposer que chacun puisse avoir le droit de communiquer dans les médias entraînerait un tel engorgement et un tel chaos que l'on tomberait dans l'absurde.»⁴³ Comme dans d'autres cas du processus démocratique, la solution de la représentation a toujours été de rigueur dans le domaine de la radiodiffusion.

Il va sans dire qu'un accès étendu et une certaine forme de proportionnalité seraient nécessaires dans le secteur de la radiodiffusion si l'on veut respecter les principes de la démocratie et éviter la «dictature de la majorité». Le darwinisme social et le capitalisme sauvage seraient à l'ordre du jour si le «marché» était livré à lui-même sans réglementation. C'est pour cette raison qu'Eric Barendt affirme que la véritable liberté de parole requiert la reconnaissance des droits des personnes qui veulent

⁴⁰ G. Giacomello, “Who is ‘Big Brother’?”, *5 International Journal of Communications Law and Policy* (Été 2000), p. 3. En italique dans le texte original. Disponible sur : <<http://www.ijclp.org>>.

⁴¹ O.M.Fiss, *The Irony of Free Speech* (Harvard University Press, Massachusetts, 1996), page 17

⁴² Résolution 59 (1) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 décembre 1946.

⁴³ J.Lichtenberg, «Introduction», dans J.Lichtenberg, Ed., *Democracy and the mass media* (Cambridge University Press, US, 1990), pp. 1 1-21, p.17. Pour une discussion sur le même thème, voir aussi E.Barendt, «Inaugural Lecture –Press and Broadcasting Freedom : Does Anyone have Rights to Free Speech ?» dans E.M.Barendt, Ed, *Media Law* (Dartmouth Publishing Co Ltd, England, 1993) pp. 241-260, p. 258

s'exprimer et l'imposition des devoirs correspondants pour leur donner la possibilité d'exercer ces droits et leur accorder l'égalité des chances dans ce domaine.⁴⁵ C'est donc largement en réaction aux craintes de domination du marché, à la progression du « capitalisme de l'information »⁴⁶, à la mise sur la touche, ou pire, à la réduction progressive au silence des voix minoritaires, que des arguments ont été régulièrement avancés en faveur de l'exercice par l'Etat d'une sorte d'influence compensatoire ou correctrice sur la radiodiffusion. Il est important de souligner que régulation ne rime pas nécessairement avec pratiques restrictives ; la régulation comporte également la possibilité d'introduire des mesures contre-majoritaires pour le bien du plus grand nombre. Entrez dans la radiodiffusion de service public. On peut relever une multitude de citations sur ce thème dans les travaux des auteurs les plus connus dans le domaine. Pour les besoins du présent exposé, une seule citation suffira : « Malgré l'étendue de la radiodiffusion à vocation segmentée et commerciale – et bien sûr à cause d'elle – la télévision de service public reste un élément important de la participation démocratique dans une société pluraliste. »⁴⁷

La télévision de service public n'est en aucun cas le seul moyen par lequel l'Etat peut chercher à exercer une influence de stabilisation sur le marché. Il a également souvent recours à l'adoption et à l'application de mesures visant à préserver le pluralisme. Il est essentiel de noter que le pluralisme peut revêtir deux formes – l'une externe (faisant appel à la régulation et au contrôle de la propriété des marchés de la radiodiffusion) et l'autre interne (faisant appel à la régulation du contenu, caractéristique du service public). En d'autres termes, la protection et la promotion du pluralisme reposent à la fois sur la régulation des structures et sur la régulation des comportements. Examinons à présent chacune de ces régulations.

(ii) Régulation des structures

Dans un ouvrage du début des années 90, Barendt faisait remarquer que la réglementation applicable au secteur de la radiodiffusion européenne présentait « un caractère de plus en plus superficiel ».⁴⁸ Malgré le remaniement de la réglementation européenne en matière de radiodiffusion en 1997 et 1998, par l'amendement de la Directive « Télévision sans frontières », puis de la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière respectivement, cette critique de l'essence du système réglementaire européen mérite qu'on lui accorde de l'attention. La place et le rôle de la réglementation à une époque de plus en plus marquée par les nouvelles technologies, sont perçus comme contestables. L'avènement des technologies convergentes, des multiplexes etc., pourrait bien avoir déjà sonné le glas du raisonnement fondé sur la pénurie. Comme les préoccupations relatives au caractère démocratique des médias de masse sont passées de la pénurie de fréquence aux problèmes de l'accès déterminé par les portails d'entrée, les goulets d'étranglement, les cartes à puce et autres caractéristiques propres au nouveau régime dominé par le numérique, il faut chercher de nouveaux arguments pour justifier la réglementation d'une branche des médias et

⁴⁴ E. Barendt, *Freedom of Speech* (Clarendon Press, Oxford, 1985 – Réédition 1996), p.83.

⁴⁵ S. Curry Jansen, *Censorship : The Knot That Binds Power and Knowledge* (Oxford University Press, USA, 1988) p.167 et suiv.

⁴⁶ T. Gibbons, *Regulating the Media* (2ème édition) (Sweet & Maxwell, Londres, 1998), p. 63-64.

⁴⁷ E. Barendt, *Broadcasting Law : A Comparative Study* (Clarendon Press, Oxford, 1993), p.2.

l'absence de réglementation d'une autre (par exemple la presse). Une telle différence de traitement pour un seul type de médias semble anormale.

On soutient quelquefois que la réglementation des médias audiovisuels est plus indispensable, car leur impact sur l'opinion publique est généralement considéré comme plus important. On pourrait opposer à cet argument que l'impact ou l'efficacité de différents modes d'expression est un critère inapproprié pour décider s'ils doivent être régis ou non par l'Etat ou par une autre réglementation officielle. Comme l'observe Barendt, « soumettre des moyens d'expression plus persuasifs à des contraintes plus importantes que celles qui sont imposées à des moyens moins efficaces ne peut pas être considéré comme une chose juste ».⁴⁹

Le point de vue qu'adopte Barendt a également de nettes répercussions dans tout le monde universitaire. A l'exception remarquable de certaines opinions recueillies par Lee C. Bollinger⁵⁰, on observe chez les commentateurs une antipathie manifeste à l'égard du fait que des distinctions qu'ils jugent de conception dépassée continuent en fait à survivre. Néanmoins, il n'est pas facile d'abandonner le critère qualitatif de capacité à influencer l'opinion publique car, selon l'exemple donné par Owen M. Fiss, il suffit de comparer le résultat d'une journée passée à distribuer des tracts dans un centre commercial local avec celui d'une demi-heure de passage à la télévision⁵¹. Ce point est directement lié à la question de l'accès abordée au chapitre précédent. Pour préciser, il faudrait parler d'accès équitable ou effectif. Le jargon qui consiste à parler de temps de diffusion « raisonnables » ou « substantiels », et ces petites expressions désinvoltes qui sont notoirement difficiles à définir ne devraient plus être acceptés. L'accès doit être mesuré en termes quantitatifs et qualitatifs si l'on veut qu'il ait un sens. Ce souhait est également applicable aux formes traditionnelles de radiodiffusion ainsi qu'aux nouveaux médias.

Malgré la divergence d'opinion sur la notion de capacité à influencer l'opinion publique, cette notion reste au cœur de la façon d'envisager la radiodiffusion dans un certain nombre de pays. En Allemagne par exemple, c'est l'un des trois grands critères sur lesquels repose le concept même de radiodiffusion (les deux autres étant la transmission du contenu par des moyens électroniques et le public comme destinataire). Sous la rubrique *Mediendiensten*, différentes normes sont appliquées à différents types de services de médias. Le critère de l'impact des médias n'est pas propre à l'Allemagne. La Suède par exemple reconnaît une notion similaire et au Royaume Uni, cette notion se traduit en nombre de téléspectateurs. Jusqu'à présent, les formes traditionnelles de radiodiffusion ont été perçues comme possédant une plus grande capacité à influencer l'opinion publique que les services multimédias⁵².

⁴⁸ Ibid., p.7.

⁴⁹ Voir Lee C. Bollinger, « Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media », 75 Michigan Law Review (1976)

⁵⁰ O.M. Fiss, « Why the state ? » in J. Lichtenberg Ed., Democracy and the mass media (Cambridge University Press, USA, 1990), p.136-154, à la p. 151. Il poursuit: à l'ère moderne, l'efficacité de la parole coûte cher.

⁵¹ T. McGonagle, « La différence entre radiodiffusion et services des nouveaux médias : l'accès des diffuseurs aux marchés des nouveaux médias », Rapport sur une table-ronde organisée par l'Institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam et l'Observatoire européen de l'audiovisuel le 16 juin 2001 (à paraître).

Une autre question qu'il pourrait être utile d'approfondir consiste à savoir si la radiodiffusion, sous ses formes traditionnelles, a des chances de rester en tête en matière d'impact sur l'opinion publique. Les services de radiodiffusion numérique et en ligne sont de plus en plus adaptés aux besoins des utilisateurs et de plus en plus personnalisés, tendance qui est une source d'inquiétude pour certains. Cass R. Sunstein par exemple redoute les effets délétères de ces tendances à l'individualisation sur la démocratie. La prolifération de marchés niches, le déclin de la dépendance du public à l'égard des intermédiaires d'intérêt général et l'incidence croissante de la présélection individuelle de nouvelles sources sont autant de facteurs qui contribuent à isoler les citoyens d'influences et d'idées plus larges. Il prétend que cela a un effet corrosif sur l'idéal démocratique, ou du moins sur l'idéal de démocratie délibérative (et donc participative). Il écrit :

« [...] les gens devraient être exposés à des matériels qu'ils n'auraient pas choisis à l'avance. Les rencontres non prévues et non anticipées sont essentielles à la démocratie même. Ces rencontres impliquent souvent des thèmes et des points de vue que les personnes n'ont pas recherchés et qu'elles trouvent peut-être agaçants, mais qui sont importants en partie pour s'assurer contre la fragmentation et l'extrémisme, résultats prévisibles de toute situation dans laquelle des personnes de même opinion ne parlent qu'entre elles. Je ne suggère pas que l'Etat devrait forcer les gens à voir ce qu'ils ne veulent pas voir. Mais je soutiens que dans une démocratie digne de ce nom, les gens sont confrontés à des idées et à des thèmes qu'ils n'ont pas expressément choisis⁵³. »

Ces tendances à l'individualisation dans les nouvelles formes de radiodiffusion engendrent aussi la fragmentation sociale en érodant le potentiel de l'expérience partagée à travers la radiodiffusion. Par ailleurs, sans expérience partagée, une société hétérogène aura beaucoup plus de mal à régler ses problèmes sociaux⁵⁴.

(iii) Applicabilité aux nouveaux médias de la réglementation en vigueur en matière de licences

Il convient de rappeler que l'octroi de licences, au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme⁵⁵, fait uniquement référence à des mesures positives afin d'assurer le contrôle méthodique de la radiodiffusion dans un pays donné. La Cour européenne des Droits de l'homme a estimé dans l'arrêt *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* que « la troisième phrase de l'article 10 §1 (art.10-1) de la Convention tend à préciser que les Etats membres peuvent réglementer, par un système de licences, l'organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, en particulier ses aspects techniques. Elle ne soustrait cependant pas les mesures d'autorisation aux exigences du paragraphe 2 (art.10-2), sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 (art.10) considéré dans son ensemble⁵⁶. » Dans son arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, la Cour a indiqué que « pour importants que soient [les aspects techniques], d'autres considérations peuvent, elles aussi,

⁵² C.R. Sunstein, Republic.com (Princeton University Press, US, 2001), p.8 et 9.

⁵³ Ibid., p.9.

⁵⁴ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée le 4 novembre 1950, E.T.S. No.5.

⁵⁵ Arrêt du 28 mars 1990, Série A, no.276, paragraphe 61.

conditionner l'octroi ou le refus d'une autorisation, dont celles qui concernent la nature et les objectifs d'une future station, ses possibilités d'insertion au niveau national, régional ou local, les droits et besoins d'un public donné, ainsi que les obligations issues d'instruments juridiques internationaux⁵⁷. »

Un autre commentateur souligne que « le moteur des nouveaux développements de la technologie et des médias a toujours été la fonctionnalité⁵⁸ ». Le respect des normes et de la diversité des contenus sont considérés comme des priorités de second ordre. Cette observation franche explique en partie la mondialisation, la commercialisation et l'individualisation inexorables des communications⁵⁹ de ces derniers temps. Ces tendances ont, à leur tour, conduit à la multiplication des services d'intérêt spécial dans le secteur des médias. Replacé dans un tel contexte, le raisonnement relatif au pluralisme et à la diversité pour la réglementation des services de radiodiffusion prend toute sa force. L'objectif positif de renforcement de la réglementation publique, afin de garantir la pluralité des contenus (y compris l'expression des minorités) dans la radiodiffusion, ne doit pas nécessairement être écarté sous prétexte qu'il constitue une influence restrictive. Tout dépend, bien sûr, des détails et de la mise en œuvre exacte d'une telle réglementation publique.

Le Groupe de Spécialistes du Conseil de l'Europe sur les implications démocratiques et sociales de la radiodiffusion numérique (MM-S-DB)⁶⁰, récemment constitué, détermine en ce moment si l'octroi de licences demeure un impératif social dans la société de l'information. Lors de sa réunion inaugurale, le groupe s'est penché sur la mise en cause constante de la légitimité des exigences en matière de licence fondée, notamment, sur l'argument de la pénurie de fréquences. Il a également examiné les suggestions d'abolition ou de simplification et de libéralisation des régimes de licences. Le groupe a décidé de préparer un projet de rapport sur les implications démocratiques et sociales de la radiodiffusion numérique. Le projet de rapport offrira une vue d'ensemble de la situation actuelle et permettra au groupe d'adopter une position et d'émettre toutes les recommandations possibles dans le cadre de ses compétences⁶¹. Il a également été prévu d'examiner toute une série de questions pertinentes⁶².

L'Union européenne a elle aussi fait part de sa préoccupation à l'égard des droits d'accès aux nouvelles technologies. Cette préoccupation est avant tout d'ordre économique et commercial. L'article 4 de la Directive 95/47/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à l'utilisation de normes pour la transmission de

⁵⁶ Arrêt du 24 novembre 1993, Série A, no.276, paragraphe 32.

⁵⁷ M.Ezekiel, « Le développement des plates-formes numériques de services audiovisuels : implications technologiques et commerciales », document (CONF/AD (2000)8) présenté à la Conférence du Conseil de l'Europe sur l'impact du développement des nouvelles plates-formes numériques pour les services audiovisuels sur l'octroi d'autorisations aux radiodiffuseurs, Strasbourg, le 13 septembre 2000.

⁵⁸ Voir P.Donges, « Futurs cadres pour la diffusion de nouveaux services audiovisuels sur les plates-formes numériques : web casting, web radio, web television, etc. », document (CONF/AD (2000)6) présenté à la Conférence du Conseil de l'Europe sur l'impact du développement des nouvelles plates-formes numériques pour les services audiovisuels sur l'octroi d'autorisations aux radiodiffuseurs, Strasbourg, le 13 septembre 2000.

⁵⁹ Annexe III : Eléments de discussion concernant d'éventuelles lignes d'action du MM-S-DB, Rapport (MM-S-DB (2001) 5) de la première réunion du MM-S-DB, Strasbourg, 21-23 mars 2001.

⁶⁰ Rapport, *ibid.*, paragraphe 43.

⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 44.

signaux de télévision⁶³ fixe un certain nombre de conditions qui régissent l'accès conditionnel aux services de télévision numérique et s'appliquent « indépendamment des moyens de transmission ». A cette fin, l'article 4, paragraphe c présente un intérêt particulier et dispose :

« Les Etats membres prennent toutes mesures pour que les opérateurs de services d'accès conditionnel, indépendamment des moyens de transmission, qui produisent et commercialisent des services d'accès aux services de télévision numérique :

- proposent à tous les diffuseurs, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, des services techniques permettant que leurs services de télévision numérique soient captés par les téléspectateurs autorisés par l'intermédiaire de décodeurs gérés par les opérateurs de services et se conforment au droit communautaire de la concurrence, notamment dans le cas où une position dominante apparaît [...]. »

Une autre garantie visant à prévenir l'abus de position dominante liée à la technologie de l'accès conditionnel se trouve dans la disposition suivante, à l'article 4, paragraphe d : « lorsqu'ils octroient des licences aux fabricants de matériel grand public, les détenteurs de droits de propriété industrielle relatifs aux systèmes et produits d'accès conditionnel doivent le faire à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires [...]. »

En résumé, on peut dire que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne accordent de l'importance à l'octroi de licences de radiodiffusion pour des raisons différentes, liées à leurs priorités institutionnelles respectives. Concernant les nouveaux médias, le raisonnement relatif à la pénurie de fréquences est pratiquement superflu. Qui plus est, la validité de la justification fondée sur le droit de la concurrence ne résiste plus guère devant l'émergence du nouvel environnement, qui a entraîné la suppression générale de certaines entraves à l'accès individuel à la technologie moderne. Le temps est venu de réexaminer en profondeur l'ensemble des aspects de la réglementation applicable à la radiodiffusion, car ses fondements théoriques ne sont tout simplement pas conçus pour faire face aux nouveaux médias.

(iv) Régulation des comportements

La régulation de l'expression se prête traditionnellement plus facilement à la catégorisation, notamment dans le secteur de la radiodiffusion, où la régulation est généralement divisée en mesures négatives, positives (constructives) et hybrides. Afin d'éviter de donner à ces dénominations une éventuelle connotation de jugement de valeur, on peut aussi parler de mesures réglementaires prohibitives ou facilitantes, ou d'un mélange des deux. Dans un but de clarté, il convient de noter que, pour ce qui nous concerne, « prohibitive » signifie restrictive d'un certain contenu, alors que « facilitante » désigne l'assistance à la création et/ou à la mise en œuvre d'une attribution de service public. La première catégorie pourrait comprendre des mesures visant à la protection des mineurs et à l'interdiction du racisme, de l'incitation à la haine ou au crime, de la propagande en faveur de la guerre et de la pornographie. La deuxième catégorie pourrait comprendre les droits d'accès, les normes en matière de programmes,

⁶² JO L 281, 23.11.1995, p.51.

l'obligation de rediffuser, la réglementation de la publicité et les règles relatives à l'origine des programmes. En règle générale, la troisième catégorie devrait comprendre les règles relatives à la publicité (à la télévision) (durée maximale, intervalles minimaux, etc.), les règles relatives à l'origine nationale ou européenne des programmes et les règles interdisant la diffusion de films avant leur sortie au cinéma. Sur ces trois catégories, seule la troisième pourrait être désignée comme propre aux médias.

- (v) Applicabilité aux nouveaux médias de la réglementation en vigueur sur le contenu

Les avancées irrésistibles de la technologie, qui ont été l'instrument d'une redéfinition de la société moderne, sont loin d'être épargnées par les contradictions qu'elles induisent. La sophistication sans précédent des formes publiques et privées de communication et l'accès aux nombreuses sources d'information sont contrebalancés par l'inconvénient qui leur est inhérent, la fameuse «face obscure de la nouvelle diversité⁶⁴». L'existence même d'activités aussi néfastes que la diffusion de la pornographie, de la pornographie enfantine, des propos racistes et des discours de haine, ainsi que d'autres formes de cyber-criminalité préjudiciables à la société, laissent penser que la réglementation des nouveaux médias se poursuivra *de facto*. Il s'agit après tout de préoccupations indépendantes de distinctions entre différents types de médias et qui traversent également les frontières culturelles et nationales.

Néanmoins, du fait du caractère mondial et complexe de la technologie de l'information et des médias modernes en général, les difficultés réglementaires abondent. Comme le déclare Lawrence Lessig : « l'anonymat relatif, la distribution décentralisée, les points d'accès multiples, l'absence d'obligation de lien géographique, l'absence de système simple permettant d'identifier le contenu, les outils de codage – tous ces aspects et conséquences du protocole d'Internet rendent difficile le contrôle de l'expression sur le cyberspace⁶⁵. »

On a fait remarquer que « le caractère international d'Internet et des autres formes de nouveaux médias signifiera que les futurs contrôles devront présenter un caractère international ou impliquer l'autorégulation de pans entiers de l'industrie elle-même. Aussi les nouvelles tentatives de réglementation des contenus sont-elles susceptibles de s'avérer très différentes des techniques adoptées par le passé⁶⁶. »

L'autorégulation du secteur d'Internet a été décrite comme « davantage une technique de réglementation qu'une alternative à la réglementation⁶⁷. » En tant que telle, elle n'est pas seulement une tendance croissante dans de nombreux domaines de compétence, mais une base appropriée pour le « contrôle des parties qui exercent une activité dans le

⁶³ D.Goldberg, T.Prosser & S.Verhulst, *Regulating the Changing Media* (Clarendon Press, Oxford, 1998), p.16.

⁶⁴ L.Lessig, *Code and other laws of cyberspace* (Basic Books, New York, 1999), p.166.

⁶⁵ D.Goldberg et al., *op.cit.*, p.17. Pour un exposé et une analyse détaillés des difficultés juridiques et techniques concernant la régulation des nouvelles formes de médias, voir, plus généralement les pages 1-27 et 295-314.

⁶⁶ *Ibid.*, p .312.

secteur d'Internet⁶⁸. » Cependant, le modèle précis d'autorégulation retenu ne doit pas autoriser les pouvoirs publics à renoncer à leurs ultimes prérogatives : protéger le public de l'usage illégal et préjudiciable des nouveaux médias. L'adoption d'un modèle de corégulation, d'un autre côté, supprimerait ces préoccupations, du moins en théorie. A l'échelle européenne apparaissent des signes de plus en plus nombreux d'un consensus naissant en faveur d'une approche et d'un régime cohérents de la radiodiffusion et d'Internet, avec des formes de corégulation, qui est le moyen le plus approprié pour la mise en œuvre d'un tel régime.

Cette approche serait susceptible de recueillir un large soutien – elle est sans aucun doute au goût du jour dans l'Union européenne (où l'implication de toutes les parties intéressées à une approche réglementaire tend à être qualifiée « d'autorégulation »)⁶⁹. Selon les termes de Patrick Donges : « la régulation devrait davantage prendre la forme de l'autorégulation ou de la corégulation. En général, l'autorégulation est une notion très exigeante. En guise de précédent dans la mise en place de formes d'autorégulation, il existe des organismes mandatés pour négocier des règles et les faire respecter. Même en cas d'autorégulation, la présence d'un régulateur public énergique est indispensable pour «garder les gardiens» («autorégulation régulée»). » Il affirme que « [L]es téléspectateurs – considérés comme des citoyens, et non comme des consommateurs – et leurs intérêts doivent jouer un rôle plus important dans la formulation et la mise en œuvre des objectifs en matière de radiodiffusion⁷⁰. » Cette affirmation est un moyen précieux de rappeler l'idée sous-jacente de la corégulation, à savoir l'effet de synergie de la coopération et de la discussion entre un maximum de parties intéressées.

En supposant que certains niveaux de réglementation des nouveaux médias soient effectivement appropriés, l'efficacité du modèle réglementaire qui sera finalement choisi sera incontestablement améliorée par la très large dépendance d'Internet et des autres fournisseurs de services des nouveaux médias à l'égard des systèmes de classification et des mécanismes de filtrage. En outre, rien n'empêchera les usagers individuels des services de la société de l'information d'exercer un contrôle personnel sur les contenus en faisant l'acquisition de logiciels et d'appareils de filtrage en bout de chaîne, de codes personnels et ainsi de suite. La chose est particulièrement pertinente dans les domaines du contrôle parental et de la protection des mineurs⁷¹. Sur un plan plus théorique, la responsabilisation accrue des usagers des nouveaux médias pourrait être perçue comme le corollaire logique (i) de la tendance générale à l'autorégulation des nouveaux médias et (ii) du caractère extrêmement individualisé des nouveaux médias.

⁶⁷ Les instruments juridiques de lutte contre le racisme sur Internet, rapport rédigé par l'Institut suisse de droit comparé pour la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Strasbourg, 2000, p.6.

⁶⁸ Voir notamment la recommandation du Conseil 98/560/CE du 24 septembre 1998 concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine, JO L 270, 7.10.1998, p.48. Voir, plus généralement : http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new_srv/pmhd_en.htm.

⁶⁹ P.Donges, op.cit.

⁷⁰ La Commission européenne s'est montrée très active dans ce domaine. L'un des pivots de ses activités concerne la commande de rapports dans le cadre de la Directive « Télévision sans frontières », à partir desquels elle agit alors. Pour plus de détails, voir :

http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi_en.htm. Pour tout commentaire supplémentaire, voir également : IRIS 1998-10 :5+6 ; IRIS 1999-4 : 4 ; IRIS 2001-5 :4.

De fait, selon une idée qui a déjà recueilli un large assentiment, de manière générale, un label de qualité efficace éliminerait la nécessité d'appliquer certaines règles de radiodiffusion existantes dans un environnement interactif. Dans cette optique, les règles correspondantes relatives par exemple à la publicité pourraient être assouplies après que le spectateur ait pris la décision de cliquer consciemment sur un choix qui lui permettrait de voir une quantité de publicité plus importante que ne l'autoriseraient normalement les paramètres de la radiodiffusion traditionnelle. En d'autres termes, plus le degré de choix du téléspectateur actif est élevé, plus le degré de régulation est faible⁷².

Il est inconcevable que les dispositions qui constituent le régime juridique actuel de la radiodiffusion télévisuelle puissent être transposées en bloc et appliquées aux nouveaux médias. La raison en est que bon nombre de ces dispositions sont pour une large part spécifiques au secteur (voir plus haut). Les dispositions en matière de publicité, par exemple, sont souvent subordonnées à l'existence des grilles de programmes et à d'autres considérations structurelles. Il en va de même pour les dispositions visant à favoriser la production et l'utilisation de contenus d'origine européenne. L'exigence constante des quotas de production dans les nouveaux médias ne serait pas seulement incongrue, elle pourrait également constituer une entrave au développement des nouveaux médias, étant donné leur caractère mondial.

Si cependant la raison d'être des dispositions en matière de régulation des contenus est la protection des mineurs ou la prévention de la diffusion du contenu raciste et xénophobe, on pourrait procéder à l'adaptation satisfaisante de telles dispositions à un ordre réglementaire putatif qui régirait les nouveaux médias. Ces objectifs représentent en effet des valeurs immuables dans toute société. Dans le contexte européen, il s'agit là de contraintes non négociables imposées à la liberté d'expression. En tout état de cause, un déploiement de plus en plus visible d'instruments juridiques règle ces questions, de telle sorte que la réglementation de ces contenus des nouveaux médias ne serait pas façonnée uniquement par les normes en vigueur dans le secteur de la radiodiffusion traditionnelle.

Quoi qu'il en soit, toute considération d'un seul bloc de la situation en Europe est incomplète. Au risque de paraître tautologique, il faut admettre le caractère véritablement mondial des services des nouveaux médias. Les conséquences de la récente attaque des tours du World Trade Center à New York ont largement prouvé, si c'était nécessaire, les liens inextricables qui unissent l'Europe et les Etats-Unis. Ce contact constant avec le reste du monde ajoute inévitablement une dimension supplémentaire à la question de la régulation des nouveaux médias.

On a ironisé en disant que « ce qui est nocif pour les mineurs en Bavière est Disney à New York⁷³ ». Toutefois, la légèreté de cette remarque est trompeuse pour deux raisons. Tout d'abord, elle suppose justement le caractère mondial des nouveaux médias et

⁷¹ Voir R.Calleja, « Interactive Television – the First Click and Beyond », 11 Entertainment Law Review (Issue No.7, août 2000), p. 163-164. Voir également B.S.Noveck, op.cit.

⁷² Lessig, Lawrence et Resnick, Paul, « Zoning Speech on the Internet : A Legal and Technical Model », 98 Michigan Law Review November 1999, p.395 – 431, p.395.

ensuite elle met en évidence la subjectivité infinie des compréhensions et des approches de certains types de contenu. Un océan Atlantique de différences sépare l'Europe des Etats-Unis en ce qui concerne certains aspects de la liberté d'expression et il y a des Ourals, des Himalayas et des monts Atlas de différence entre l'Europe et le reste du monde à cet égard également. Ainsi, si des retouches étaient apportées à l'actuel cadre réglementaire européen, les accents de ces différences ressortiraient inévitablement en arrière-plan.

Les exemples précités de la publicité d'une part, et la protection des mineurs ainsi que des stratégies de lutte contre le racisme d'autre part, illustrent deux approches possibles et très différentes de réglementation des contenus. La question du caractère approprié des autres formes de réglementation du contenu est néanmoins plus floue et le débat auquel elle donnera lieu promet d'être passionnant.

CONCLUSION

L'aube de la société de l'information en Europe a été annoncée à de nombreuses reprises. Après avoir assisté à ses premières lueurs, il est temps désormais de procéder à l'évaluation de la nouvelle ère qui s'annonce. Il s'agit d'un monde de changements technologiques exaltants ; de mutation des paradigmes législatifs et réglementaires, dans lequel les contours des définitions s'estompent de plus en plus. Les distinctions traditionnelles entre les télécommunications et la radiodiffusion, quelles qu'en soient les imperfections, se sont considérablement amenuisées avec l'avènement de la convergence. La technologie et la loi semblent être parvenues à un stade héraclitéen. Par souci de certitude et de cohérence, le droit ne peut plus se satisfaire d'une constante attitude réactive face au changement technologique. En conséquence, il est probable que toute tentative de régulation juridique des nouveaux médias à l'avenir devra se montrer indifférente aux aspects technologiques, et suffisamment souple pour faire face à des développements technologiques sans précédent.

Il est impératif que les décideurs politiques et les législateurs européens relèvent les défis lancés par les définitions contradictoires enregistrées ici et là, entre (i) le cadre réglementaire en vigueur en matière de radiodiffusion télévisuelle et (ii) le régime juridique quelque incohérent (pour l'instant) qui régit les nouveaux médias. Il est de plus en plus évident que le cadre de la radiodiffusion télévisuelle classique est impropre à servir de modèle réglementaire aux pratiques des nouveaux médias. Malgré d'indéniables similitudes entre médias traditionnels et nouveaux médias, les théories conventionnelles et les structures réglementaires actuellement de rigueur ne supporteraient pas l'étirement qu'imposerait leur application instinctive au nouvel ordre technologique. Le législateur en a conscience et adopte en conséquence une définition qui souligne l'exclusion réciproque des médias traditionnels et des nouveaux médias. Pour l'instant, le caractère individualisé de certains services de nouveaux médias constitue un fossé sémantique et conceptuel séparant ces deux catégories.

Pour gouverner ce « meilleur des mondes », il conviendra de déterminer des critères qui ne soient pas spécifiquement technologiques. Une réflexion sur le caractère bénéfique d'une extension de la réglementation s'impose elle aussi. Un retour aux principes de base s'avèrerait opportun. Toute régulation des médias, anciens ou nouveaux, doit rester solidement enracinée dans les anciennes valeurs en faveur de la liberté d'expression. En

1982, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont résolu « d'intensifier leur coopération afin [...] de faire en sorte que les nouveaux services et techniques d'information et de communication, lorsqu'ils sont disponibles, soient effectivement utilisés pour élargir le champ de la liberté d'expression et d'information⁷⁴. » La marque du temps n'a pas amoindri la valeur d'un tel engagement. De fait, le préambule de la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière réaffirme cet idéal⁷⁵. Les participants au débat en cours pourraient faire un pire choix que celui de s'en remettre à ce fil d'Ariane pour les guider à travers le labyrinthe de technologies complexes et en évolution constante.

⁷³ III. (e), Déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la liberté d'expression et d'information, adoptée le 29 avril 1982.

⁷⁴ Voir notamment le paragraphe : « Persuadés que le développement continu de la technologie de l'information et de la communication devrait servir à promouvoir le droit, sans considération de frontières, d'exprimer, de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées, quelle que soit leur source. »

