

## Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision est-il applicable aux nouveaux médias ?

Aujourd'hui, la prolifération des nouveaux services des médias et le développement des technologies numériques posent avec acuité la question de la réglementation de ces domaines. Cette édition d'**IRIS Plus** est particulièrement consacrée à la définition donnée aux termes "radiodiffusion" et "services des nouveaux médias" dans le cadre juridique européen. Cette étude soulève la question de l'applicabilité de ce cadre juridique à la réalité des nouveaux médias. Elle traite également du problème de leur adéquation aux réglementations existantes en matière de licence et de contenu.

Je vous souhaite une bonne lecture.

**Wolfgang Closs**

*Directeur exécutif*

*Observatoire européen de l'audiovisuel*

**IRIS plus** est un supplément à **IRIS**, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, **Edition 2001-6**

Directeur de la publication : Wolfgang Closs - Impression : Nomos Verlagsgesellschaft, mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, D-76350 Baden-Baden  
Editeur : Charles-Henry Dubail, Victoires-Éditions, Sàrl au capital de 600 000 FRF, RCS Paris B 342 731 247, siège social 4 ter rue du Bouloi F-75001 Paris  
N° ISSN 1023-8557 - N° CPPAP 77549



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG  
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19  
<http://www.obs.coe.int>  
e-mail: [obs@obs.coe.int](mailto:obs@obs.coe.int)

VICTOIRES  
**VE**  
ÉDITIONS

38 RUE CROIX-DES-PETITS-CHAMPS • F-75001 PARIS  
TEL. +33 (0)1 53 45 89 15 • FAX +33 (0)1 53 45 91 85  
e-mail: [c.vier@victoires-editions.fr](mailto:c.vier@victoires-editions.fr)



# Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision est-il applicable aux nouveaux médias'?

## INTRODUCTION

La question centrale abordée dans le présent article, à savoir l'applicabilité du cadre réglementaire 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 introduction 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 d'une politique appropriée se sont empressés, tant au niveau national qu'à l'échelle européenne, de rester à l'écart des évolutions technologiques. Il reste à trouver un consensus pour déterminer quelle est l'approche la plus adéquate en matière de régulation des nouveaux médias, ce qui garantira pour quelques temps l'actualité de cette question. Au regard de l'absence de législation européenne complète et définitive en la matière, la clarification que permettrait ce type de législation s'avèrerait extrêmement profitable à la cartographie du terrain déjà entreprise.

Cet article se propose d'examiner les définitions existantes – au niveau européen – de la radiodiffusion et des autres activités relatives aux nouveaux médias réputées de même nature. Le fait de se concentrer sur le cadre réglementaire européen plutôt que sur la législation nationale d'un nombre choisi d'Etats s'explique dans la mesure où la législation européenne s'efforce souvent d'établir un projet de législation nationale équivalente. Ce dernier est généralement nécessaire à l'expression fidèle des principes énoncés au niveau international et tient compte, le cas échéant, des spécificités culturelles et autres de chaque Etat.

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

## I. DEFINITIONS

### 1. Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision

Le cadre réglementaire actuel en matière de télédiffusion repose sur deux piliers principaux, dont le premier en place fut la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT) de 1989<sup>2</sup>, telle qu'amendée par son protocole de 1998<sup>3</sup>. La CETT est l'œuvre du Conseil de l'Europe. Vingt-trois Etats l'ont ratifiée ou y ont adhéré au moment de sa rédaction<sup>4</sup> et onze autres Etats signataires doivent encore procéder à sa ratification. Le protocole amendant la CETT n'est pas encore entré en vigueur.

D'un point de vue chronologique, le second pilier édifié fut la Directive 89/552/CEE du Conseil qui tend à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres, relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (la Directive "Télévision sans frontières")<sup>5</sup>. La Directive, amendée par la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>6</sup>, est applicable à l'ordre juridique national de tous les Etats membres de l'Union européenne (UE) (actuellement au nombre de

quinze). Ses dispositions ont également inspiré certaines modalités des accords d'adhésion passés avec les Etats candidats.

L'histoire de ces deux textes législatifs est celle de deux destins inextricablement liés. La CETT a été élaborée avant tout pour faciliter la liberté d'expression grâce aux médias de télédiffusion, indépendamment des frontières nationales. La Convention a également pour but de promouvoir le patrimoine européen et de favoriser la production audiovisuelle européenne. Sa conception était également motivée par la nécessité d'offrir au public un service de télévision complet et de grande qualité. L'un des principaux fers de lance de la Directive "Télévision sans frontières" fut la classification de la radiodiffusion télévisée au rang de service, au sens du Traité instituant la Communauté européenne<sup>7</sup>. La nécessité de gommer les disparités réglementaires entre les Etats membres et de coordonner le droit applicable avait donc été perçue. Il semble que l'objectif de faciliter la libre circulation des services de radiodiffusion télévisuelle ait primé sur celui de la libre circulation des informations et des idées. Les intérêts des téléspectateurs en qualité de consommateurs figuraient également dans ce creuset conceptuel où la directive prit forme. Malgré leurs objectifs différents, ces deux instruments juridiques pivots furent négociés parallèlement, afin de maintenir une cohérence entre eux et dans un souci d'assurer aux Etats, comme 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 sur la pérennité de la Convention dans une société de plus en plus dominée par les nouveaux médias. Le premier de ces termes est celui de "transmission", défini comme "l'émission primaire, codée ou non, par émetteur terrestre, par câble ou par satellite de tout type, de services de programmes de télévision destinés à être reçus par le public en général"<sup>8</sup>. La définition contient également un critère de qualification primordial, lequel précise que par transmission "ne sont pas visés les services de communication opérant sur appel individuel"<sup>9</sup> (voir plus loin). Selon l'article 2b, la retransmission "désigne le fait de capter et de transmettre simultanément, quels que soient les moyens techniques utilisés, dans leur intégralité et sans aucune modification, des services de programmes de télévision, ou des parties importantes de tels services, transmis par des radiodiffuseurs et destinés à être reçus par le public en général." Le terme de "service de programmes" est, pour sa part, défini comme "l'ensemble des éléments d'un service donné, fourni par un radiodiffuseur"<sup>10</sup>.

La définition du "radiodiffuseur" contenue dans l'article 2c a été quelque peu modifiée par le Protocole portant amendement à la Convention, par souci d'harmonisation avec la définition du même terme donnée par la Directive "Télévision sans frontières" amendée<sup>11</sup>. 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"<sup>12</sup>.



## b) La Directive "Télévision sans frontières"

Les critères de définition de la Directive sont fixés par l'article 1. La définition de la "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'attention 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<sup>13</sup>." La définition du "radiodiffuseur" a cependant été amendée et désigne désormais : "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<sup>14</sup>."

## 2. Services des nouveaux médias / de la société de l'information

Le terme habilement générique de "services des nouveaux médias", est d'ordinaire considéré comme un synonyme de "services de la société de l'information". Les contours de la définition de ce dernier terme ont déjà été succinctement tracés. A ce jour, leur expression juridique la plus claire est formulée à l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, qui prévoit une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques<sup>15</sup>, telle qu'amendée par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998<sup>16</sup>. Le dispositif de cette Directive, dans sa version amendée, définit le "service de la société de l'information" comme "tout service fourni normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services."

Suit alors une clarification de cette définition : le terme "à distance" doit être entendu 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 individuelle<sup>17</sup>." Le texte déclare par ailleurs expressément que les services de radiodiffusion sonore et de radiodiffusion télévisuelle, tels que définis par l'article 1(a) de la Directive "Télévision sans frontières" (citée plus haut), ne sont pas visés par cette définition des services de la société de l'information. Cela semble priver les services de radiodiffusion, tout au moins ceux qui s'inscrivent dans une définition classique, de la possibilité d'être considérés comme des services de la société de l'information. La ligne de démarcation de la définition est matérialisée par la distinction entre caractère privé et caractère public de tout service concerné. 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 qu'amendée, peut encore s'avérer utile. Elle a déjà été incorporée à d'autres textes légaux, au premier rang desquels la Directive 98/84/CE du Parlement

européen et du Conseil, du 20 novembre 1998, concernant la protection juridique des services basés sur ou consistant en un mode d'accès conditionnel<sup>18</sup>, 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, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique)<sup>19</sup>. Cette dernière déclare catégoriquement que les services de radiodiffusion sonore et télévisuelle (telle que définie par la Directive "Télévision sans frontières") n'entrent pas dans le champ d'application de la définition des "services de la société de l'information", puisqu'ils "ne sont pas fournis sur demande individuelle<sup>20</sup>." Elle établit donc une distinction entre la radiodiffusion *stricto sensu*, d'une part, et les services transmis de point à point, tels que les services de 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"), d'autre part.

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 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 patient<sup>21</sup>." Une fois encore, la différence d'approche à l'égard des communications de nature privée est manifeste.

Le caractère utile de la définition précitée des services de la société de l'information peut également se mesurer à l'aune de sa capacité à transcender les barrières institutionnelles et à se faire reconnaître par le Conseil de l'Europe : d'ores et déjà elle peut s'enorgueillir d'y être parvenue. Ainsi par exemple, la définition des "services de la société de l'information" retenue dans le projet de Convention sur l'information et la coopération juridique concernant "les services de la société de l'information"<sup>22</sup>, rédigé par le Conseil de l'Europe, est identique à celle de l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE, telle qu'amendée par la Directive 98/48/CE. Ce projet de Convention vise à "instaurer 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/CE<sup>23</sup>." 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 par 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..."<sup>24</sup>) ; il s'agit là d'une caractéristique propre à l'approche traditionnelle de ces questions par l'UE, qui s'oppose à l'orientation du Conseil de l'Europe, habituellement soucieux de la liberté d'expression. On peut noter au passage que la définition des "services de la société de l'information" donnée dans la Convention européenne sur la protection juridique des services basés sur ou consistant en un mode d'accès conditionnel<sup>25</sup> présente une tonalité économique similaire, tout au moins lorsqu'on l'examine à la lumière de son Rapport explicatif<sup>26</sup>.



Ce Rapport explicatif expose avec franchise que la genèse du projet de Convention remonte à la Directive 98/48/CE. La teneur générale de ce rapport laisse penser que l'idée maîtresse qui a présidé à la rédaction du projet fut la rédaction d'un texte susceptible de faciliter une complémentarité harmonieuse du droit émanant de ces deux organisations intergouvernementales. Le rapport déclare : "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 international<sup>27</sup>."

### 3. 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, la diffusion sur le Web, la diffusion simultanée à la radio et à la télévision, le service 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, puisque les pratiques actuelles ne correspondent plus désormais aux cadres restrictifs qui sont supposés les accueillir. L'ambition du présent article n'est cependant pas d'examiner en détail les moindres évolutions de l'aspect technique de la radiodiffusion, la chose ayant déjà été faite ailleurs<sup>28</sup>.

Il était autrefois tacitement admis que les définitions juridiques des considérations techniques, en vigueur et pertinentes pour le secteur audiovisuel, pouvaient faire l'objet d'une adaptation. Cette opinion prévaut dans certains milieux, malgré la dynamique que génère l'évolution technologique. Le recours à cette adaptabilité admise n'était pas sans avantages. Ses partisans soutenaient que l'interprétation souple de définitions existantes était le moyen le plus pratique à employer dans une course contre l'innovation technologique, qui ne manquerait pas de laisser le droit à bout de souffle et inefficace. Les rédacteurs de la CETT ont opté pour le terme de "transmission", tentant par là "d'embrasser la gamme complète des moyens techniques utilisés pour offrir les services de programmes de télévision au public<sup>29</sup>." Cela signifie que leur préoccupation première n'était pas de déterminer quel moyen technique particulier était utilisé, mais de savoir si "le service de programmes de télévision en question était destiné à être reçu par le public en général<sup>30</sup>." La récurrence du critère de réception par le public en général<sup>30</sup> atteste une fois de plus de son importance dans l'ensemble de l'édifice réglementaire relatif à la radiodiffusion.

Ce principe d'adaptabilité des définitions juridiques existantes semble avoir également influencé la rédaction de 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'information<sup>31</sup>. L'Exposé des motifs de la Recommandation<sup>32</sup> s'efforce de justifier l'emploi du terme "nouveaux services de communication et d'information" sans vraiment définir ces services :

"... 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 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'information<sup>33</sup>."

Cette citation se focalise sur des considérations d'ordre pratique et sémantique. Mais la question présente également une dimension conceptuelle et implique d'examiner si l'adaptabilité de la réglementation en vigueur est vraiment souhaitable. Le débat sera inévitablement centré sur les mérites concurrents de l'adaptation du droit actuel, afin de suivre les évolutions technologiques enregistrées dans le secteur audiovisuel, et de la création de nouveaux textes de loi, dans un but identique. Il n'existe aucune réponse définitive ni universelle à la double question suivante : (i) les instruments existants seront-ils suffisamment adaptables pour faire face aux futurs développements ou (ii) le recours à de nouveaux instruments deviendra-t-il indispensable ? Quoi qu'il en soit, il est probable que dans un proche avenir l'impact sur l'opinion publique des services des nouveaux médias individuels confèrera davantage de poids à la définition, en matière de régulation.

La notion de transmission au "public en général" et au "public" est une caractéristique majeure des définitions retenues respectivement par la CETT et la Directive "Télévision sans frontières". C'est également le cas de l'exclusion expresse des services individualisés du champ d'application de ces pivots de la radiodiffusion télévisuelle européenne. Le Rapport explicatif de la CETT révisée donne un éclaircissement sur cette question : "par 'services de communication opérant sur appel individuel', les auteurs de la Convention ont voulu exclure les services qui ne peuvent être considérés comme destinés à être reçus par le public en général, tels que la vidéo à la carte, et les services interactifs comme la visioconférence, le vidéotexte, les services de fax, les banques de données électroniques et les services de communication similaires<sup>34</sup>." Le rapport reste cependant muet sur une partie du dilemme relatif à la question de la définition. Les dispositions de la CETT s'appliquent bel et bien à la télévision par abonnement, la télévision à la carte, la quasi-vidéo à la demande ou les services de télétexte. Inversement, les systèmes de groupes d'utilisateurs fermés n'entrent pas dans la définition de la "transmission". Cela est dû au fait qu'ils "ne sont pas destinés à être reçus par le public en général<sup>35</sup>." La distinction est floue entre les services demandés et offerts sur appel individuel, d'une part, et le marché des médias spécialisés, où le radiodiffuseur pourvoit aux besoins et aux préférences d'individus ciblés, d'autre part. Les recoupements entre ces deux notions ne sont pas négligeables et leurs rapports ne se trouveront pas simplifiés par les futurs progrès technologiques. La tendance, illustrée plus haut, des instruments juridiques en matière de services de la société de l'information à l'exclusion des activités de radiodiffusion classique de leur champ d'application ne contribuera pas davantage à une simplification.



Il existerait un moyen de résoudre ces difficultés de définition : se focaliser sur l'observation de plus en plus admise selon laquelle le caractère individualisé des services de la société de l'information empêche leur classification parmi les services de radiodiffusion. Comme une définition simple et étroite de chacun de ces deux types distincts de services est exclusive l'une de l'autre, rien ne justifie apparemment de les soumettre au même régime réglementaire. Du même coup la question de l'adaptabilité du cadre réglementaire en vigueur ne se pose plus.

La notion de neutralité technologique offre un autre moyen de mettre un terme aux querelles de définition au sujet du champ d'application exact des activités de radiodiffusion et des activités qui ressemblent à la radiodiffusion et se classeraient plus volontiers dans les services de la société de l'information. Natali Helberger, se référant aux difficultés de classification des "services fournis sur la base des nouvelles techniques de transmission ou de la convergence des médias"<sup>36</sup>, conclut qu'il "conviendrait de donner une définition de la radiodiffusion qui se détache autant que possible de la technologie et qui permette d'englober la transmission par satellite, la transmission numérisée et cryptée, ainsi que le texte auxiliaire"<sup>37</sup>. L'un des attraits de cette approche indifférente au critère technologique est de permettre aux décideurs politiques et au législateur 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 dépendantes du caractère extrêmement imprévisible des évolutions technologiques.

## II. APPLICATION

Toute modification législative, ou même toute observation de cette modification, ne doit pas être guidée par les seules évolutions techniques. Les modifications du caractère fondamental des médias ne sont pas absolument liées au changement des méthodes de communication. Selon Thomas Gibbons, les changements afférents aux méthodes de communication ne modifient pas nécessairement le caractère fondamental des médias. D'après lui, l'intérêt général pour l'activité des médias n'en est pas diminué pour autant ; le souci de la liberté d'expression et de l'indépendance éditoriale demeurera, de même que les exigences de qualité et de responsabilité. "La convergence a pour effet", déclare Gibbons, "de nous pousser à examiner les fondements de la réglementation traditionnelle et à nous demander si elle repose davantage sur des formes anciennes que sur des principes plus larges et durables"<sup>38</sup>. L'application de cette observation ne se limite pas à la convergence. Elle vaut également pour les autres services des nouveaux médias. Giampiero Giacomello a identifié deux grands moyens d'exercer un contrôle politique sur les nouveaux médias : "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 ligne"<sup>39</sup>. C'est ce que nous allons examiner à présent.

### 1. L'applicabilité de la réglementation en vigueur en matière de licences des nouveaux médias

Plusieurs raisonnements sont ordinairement avancés pour justifier la pérennité des systèmes de licences de radiodiffusion. Les plus pertinents sont basés sur l'argument de la pénurie de fréquences et sur celui de la protection du pluralisme / de la diversité. Mais la légitimité de ces raisonnements est constamment

remise en question par les bouleversements vertigineux qui agitent la scène technologique.

Dans un ouvrage du début des années 90, Eric Barendt faisait remarquer que la réglementation applicable au secteur de la radiodiffusion européenne présentait "un caractère de plus en plus superficiel"<sup>40</sup>. Nonobstant 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 CETT, cette critique de l'essence du système réglementaire européen mérite notre attention<sup>41</sup>. 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. Vu le glissement des médias de masse, de la pénurie de fréquences 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, la question du caractère démocratique de la réglementation se pose ; elle doit faire appel à de nouveaux arguments pour justifier la réglementation d'une branche des médias et l'absence de réglementation d'une autre (par exemple la presse). Une telle différence de traitement d'un 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 le fait remarquer Barendt, "soumettre des moyens d'expression plus persuasifs à des contraintes plus importantes que celles imposées à des moyens moins efficaces ne peut pas être considéré comme une chose juste"<sup>42</sup>.

Il ne faut pas oublier que l'octroi de licences – au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>43</sup> – 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 & Others v. Switzerland*, que "la troisième phrase de l'article 10 § 1 (article 10-1) de la Convention tend à préciser que les Etats 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 (article 10-2), sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 (article 10) considéré dans son ensemble"<sup>44</sup>. Dans son arrêt *Informationsverein Lentia & Others v. Austria*, la Cour a indiqué que "pour importants que soient les aspects techniques, d'autres considérations peuvent, elles aussi, conditionner l'octroi ou le refus d'une autorisation, dont celles qui concernent la nature et les objectifs d'une future station de radio, 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 internationaux"<sup>45</sup>.

Un autre commentateur souligne que "le moteur des nouveaux développements de la technologie et des médias a toujours été la fonctionnalité"<sup>46</sup>. Le respect des normes et 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 communications<sup>47</sup> 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)<sup>48</sup>, 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 le constant travail de sape dirigé à l'encontre de la légitimité des exigences en matière de licences 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 politique et de faire toutes les recommandations possibles dans le cadre de ses compétences<sup>49</sup>. Il a également été prévu d'examiner toute une série de questions pertinentes<sup>50</sup>.

L'UE 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 / commercial. L'article 4 de la Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision<sup>51</sup>, 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(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 moyens 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 émergerait [...]."

La disposition suivante, l'article 4d, offre une protection supplémentaire destinée à prévenir l'abus de position dominante en rapport avec l'accès conditionnel : "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'UE accordent de l'importance à l'octroi de licences de radiodiffusion pour différentes raisons, 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.

## **2. L'applicabilité de la réglementation en vigueur en matière de contenu des nouveaux médias**

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 privées et publiques de communication et l'accès à d'immenses sources d'information sont contrebalancés par l'inconvénient qui leur est inhérent, la fameuse "face obscure de la nouvelle diversité"<sup>52</sup>. L'existence même d'activités aussi néfastes que la diffusion de la pornographie, de la pédopornographie, des propos racistes et des discours de haine, ainsi que d'autres formes de cybercriminalité préjudiciables à la société, laissent penser que la réglementation des nouveaux médias se poursuivra *de facto*. Néanmoins, du fait du caractère mondial et complexe de la technologie de l'information et des médias modernes en général, les difficultés réglementaires abondent. 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 passé"<sup>53</sup>.

L'autorégulation du secteur d'Internet a été décrit comme "davantage une technique de réglementation qu'une alternative à la réglementation"<sup>54</sup>. 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 secteur d'Internet"<sup>55</sup>. 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. D'autre part, l'adoption d'un modèle de corégulation permettrait d'écarter ce genre de préoccupations, au 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 au Royaume-Uni (où l'implication de toutes les parties intéressées à une approche réglementaire tend à être qualifiée "d'autorégulation")<sup>56</sup>. 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 stipule que "les télé-spectateurs – 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 radiodiffusion<sup>57</sup>." La stipulation 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 d'évaluation 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 mineurs<sup>58</sup>. 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.

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 ces dispositions sont pour une large part spécifiques au secteur. 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 de 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. Dans tous les cas, 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.

Les exemples précités de la publicité, d'une part, et de 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 des

contenus 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 mutations 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 le droit semblent être parvenus 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 peu 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 classiques et des nouveaux médias. Pour l'instant, le caractère individualisé de certains services des nouveaux médias tient lieu de fossé sémantique et conceptuel séparant ces deux catégories.

Pour gouverner ce nouveau monde merveilleux, 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 fondamentaux s'avérerait opportun. Toute régulation des médias, anciens ou nouveaux, doit rester solidement enracinée dans les anciennes valeurs de liberté d'expression. En 1982, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont résolu d'"intensifier leur coopération en vue [...] 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'information<sup>59</sup>." La marque du temps n'a pas amoindri la valeur d'un tel engagement. De fait, le préambule de la CETT réaffirme cet idéal<sup>60</sup>. 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 toujours changeantes.

**Tarlach Mc Gonagle**  
*Institut du droit de l'information (IVIIR)*  
*Université d'Amsterdam*

- 1) L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à ses collègues de l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam, et tout particulièrement à Natali Helberger, pour leurs conseils et leurs commentaires lors de l'ébauche du présent article. Néanmoins les opinions exprimées ici, de même que toute erreur contenue dans cet article, n'engagent que la responsabilité de l'auteur.
- 2) Adoptée le 5 mai 1989, S. T. E. n° 132.
- 3) Adopté le 1<sup>er</sup> octobre 1998, S. T. E. n° 171.
- 4) Voir encore le site Web du Bureau des Traités du Conseil de l'Europe : <<http://conventions.coe.int>>.
- 5) Adoptée le 3 octobre 1989, JO L 298, 17 octobre 1989, p. 23.
- 6) Adoptée le 30 juin 1997, JO L 202, 30 juillet 1997, p. 60.
- 7) Voir notamment l'article 50 (ex article 60).
- 8) Article 2a de la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989.
- 9) *Ibid.*
- 10) Article 2d, *ibid.*
- 11) Article 3 du Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière, de 1998.
- 12) *Ibid.*
- 13) Article 1(a) de la Directive "Télévision sans frontières", *op. cit.*
- 14) Article 1(b), *ibid.*
- 15) JO L 204, 21 juillet 1998, p. 37.
- 16) JO L 217, 5 août 1998, p. 18.
- 17) Article 1(2) de la Directive 98/34/CE, telle qu'amendée, *op. cit.*
- 18) JO L 320, 28 novembre 1998, p. 54.
- 19) JO L 178, 17 janvier 2000, p. 1.
- 20) Paragraphe 18 du préambule, *ibid.*, p. 3.
- 21) *Ibid.*, p. 3-4.
- 22) Le texte du projet de Convention figure dans la Demande d'avis du Comité des Ministres, Doc. 8982 de l'Assemblée parlementaire, du 22 février 2001, disponible sur : <http://stars.coe.fr/doc/doc01/EDOC8982.HTM>.
- 23) Paragraphe 1, Rapport explicatif sur le projet de Convention, *ibid.*
- 24) L'emploi de l'italique est un ajout.
- 25) Adoptée le 24 janvier 2001, S.T.E. 178.
- 26) Voir notamment le paragraphe 17 du Rapport explicatif.
- 27) Paragraphe 3 du Rapport explicatif sur le Projet de Convention sur l'information et la coopération juridique concernant les "services de la société de l'information", également contenu dans le Doc. 8982 de l'Assemblée parlementaire, *op. cit.*
- 28) 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.
- 29) Paragraphe 82 du Rapport explicatif de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, T-TT(2000) 8.
- 30) *Ibid.*
- 31) Adoptée le 9 septembre 1999, disponible sur : <http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r14.htm>.
- 32) CM(99)112 - extrait, 30 juillet 1999, disponible sur : <http://cm.coe.int/reports/cmdocs/1999/99cm112ext.htm>.
- 33) Paragraphe 8, *ibid.*
- 34) Paragraphe 83, *op. cit.*
- 35) Paragraphe 84, *ibid.*
- 36) *Op. cit.*, p. 12.
- 37) *Ibid.*, p. 13.
- 38) 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.
- 39) 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>>.
- 40) E. Barendt, *Broadcasting Law: A Comparative Study* (Clarendon Press, Oxford, 1993), p. 2.
- 41) Quelques-unes des dispositions les plus substantielles de la réglementation européenne en matière de radiodiffusion seront examinées dans la deuxième partie de cet article.
- 42) *Ibid.*, p. 7.
- 43) Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée le 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5.
- 44) Arrêt du 28 mars 1990, série A, n° 173, paragraphe 61.
- 45) Arrêt du 24 novembre 1993, série A, n° 276, paragraphe 32.
- 46) M. Ezekiel, "Le développement des plates-formes numériques de services audiovisuels : implications technologiques et commerciales", document (CONF/AD (2000) 8) délivré lors de la Conférence du Conseil de l'Europe sur les nouvelles plates-formes numériques des services audiovisuels et leur impact sur l'octroi des licences aux radiodiffuseurs, Strasbourg, 13 septembre 2000.
- 47) Voir P. Donges, "Les futurs cadres politiques de la diffusion des nouveaux services audiovisuels sur plates-formes numériques : diffusion sur le Web, radio sur le Web, télévision sur le Web, etc.", document (CONF/AD (2000) 6) délivré lors de la Conférence du Conseil de l'Europe sur les nouvelles plates-formes numériques des services audiovisuels et leur impact sur la délivrance des licences aux radiodiffuseurs, Strasbourg, 13 septembre 2000.
- 48) Annexe III : suggestions de débat sur les lignes d'action possibles du MM-S-DB, Rapport (MM-S-DB (2001) 5) de la 1<sup>ère</sup> réunion du MM-S-DB, Strasbourg, 21-23 mars 2001.
- 49) Rapport, *ibid.*, paragraphe 43.
- 50) *Ibid.*, paragraphe 44.
- 51) JO L 281, 23 novembre 1995, p. 51.
- 52) D. Goldberg, T. Prosser & S. Verhulst, *Regulating the Changing Media* (Clarendon Press, Oxford, 1998), p. 16.
- 53) *Ibid.*, p. 17. Pour une exposition et une analyse détaillées des difficultés juridiques et techniques relatives à la régulation des nouvelles formes de médias, voir dans l'ensemble les p. 1-27 ; 295-314.
- 54) *Ibid.*, p. 312.
- 55) 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.
- 56) 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 octobre 1998, p. 48. Voir en général : [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new\\_srv/pmhd\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new_srv/pmhd_en.htm).
- 57) P. Donges, *op. cit.*
- 58) La Commission européenne s'est montrée très active dans ce domaine. L'un des pivots de ses activités est la commande de rapports dans le cadre de la Directive "Télévision sans frontières", à partir desquels elle agit alors. Voir encore : [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi\\_en.htm](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.
- 59) 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.
- 60) 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."