

Chapitre 11

Régulation de la convergence

Winston Maxwell

11.1 Introduction

La régulation des télécommunications s’inscrit dans l’environnement plus large de la régulation des services et contenus numériques. Cet environnement, que nous appellerons l’environnement « convergence », se divise en trois sphères distinctes de régulation.

La première est celle de la régulation des réseaux et services de communications électroniques, étudiée en détail dans d’autres chapitres de cet ouvrage.

La deuxième sphère est celle des services de télévision et des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD). En Europe, les règles applicables à ces services découlent de la Directive services de médias audiovisuels (directive 2010/13/EU).

Enfin, la troisième sphère de régulation est celle des services de la société de l’information, parfois appelés services *over-the-top* ou OTT. Elle concerne la publication d’applications, de contenus et de services Internet, leur stockage et leur acheminement. En Europe, les règles applicables à ces services découlent de la Directive commerce électronique (directive 2000/31/CE). Chacune de ces sphères de régulation a sa propre histoire et sa propre logique. En conséquence, elles sont peu compatibles entre elles. Ainsi, la logique de protection de la culture qui justifie la régulation audiovisuelle peut être en conflit avec la logique économique que promeut la régulation des communications électroniques et la logique de la liberté d’innovation que sous-entend la régulation des services de la société de l’information. L’avènement de la télévision connectée créera des frictions entre ces trois zones de régulation que nous étudierons dans ce chapitre.

Outre les trois sphères de régulation évoquées ci-dessus, il existe trois corps de règles horizontales qui influencent fortement toute activité de distribution de contenus numériques. Ces règles s’appliquent à toute activité économique et ne distinguent aucunement entre les trois catégories d’activité. Les règles horizontales sont d’abord celles de la propriété intellectuelle et du droit d’auteur, les règles sur la protection des données à caractère personnel, et enfin les règles du droit de la concurrence.

Les trois sphères de régulation reposent sur un socle commun, constitué des trois barres de règles horizontales, comme le montre la figure 11.1.

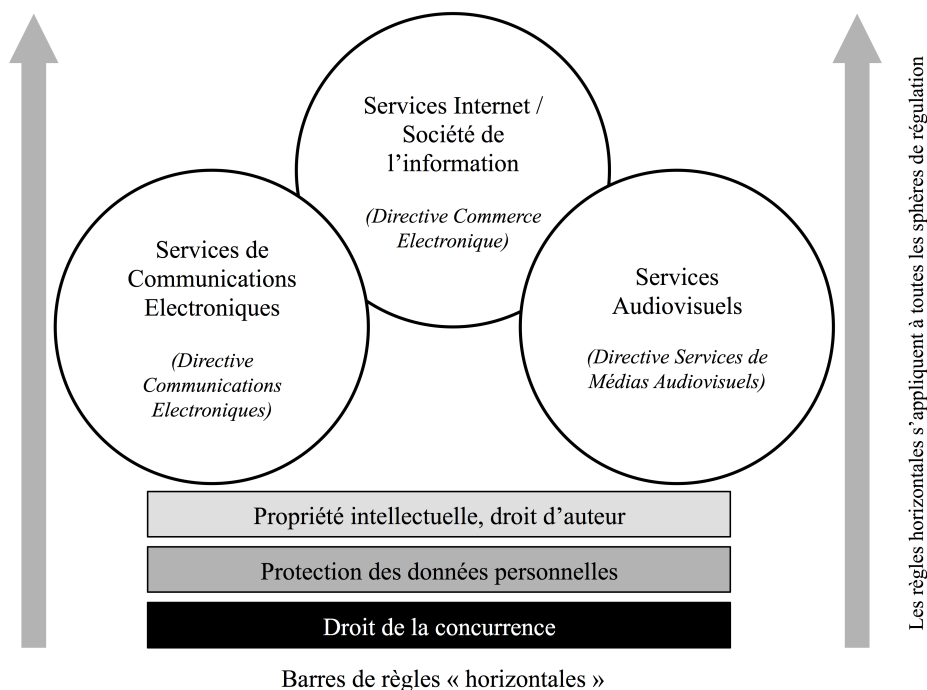


Figure 11.1 – Les règles sectorielles et les règles horizontales applicables aux services numériques.

Dans ce chapitre, nous examinerons le périmètre de chacune des trois sphères : pour un nouveau service de convergence, comment déterminer dans quelle sphère il se situe ?

11.2 La régulation des communications électroniques

11.2.1 Les définitions communautaires

Celui qui exploite un réseau ouvert au public ou qui fournit un service de communications électroniques au public est un « opérateur ». De manière générale, seuls les opérateurs sont soumis à la régulation des communications électroniques. Examinons brièvement la notion de *réseau* et de *service de communications électroniques*, afin de mieux cerner la notion d'*opérateur*.

L’Internet est constitué de réseaux de communications électroniques potentiellement régulables

La directive cadre 2002/21/CE définit un réseau de communications électroniques de manière très large, incluant notamment l’Internet, les réseaux câblés et les réseaux satellitaires.

Inclure l’Internet dans le cadre de régulation des communications électroniques constitue une innovation par rapport à la législation américaine, qui considère l’Internet comme un service d’information exclu du champ de la régulation des télécommunications [133, 134]. Le législateur européen a décidé de traiter l’Internet comme n’importe quel système de réseaux interconnectés et d’appliquer à ce réseau les mêmes principes de régulation que ceux applicables au réseau public commuté, par exemple. Cela ne veut pas dire que l’Internet sera régulé. Pour justifier une régulation *ex ante* au titre du cadre réglementaire européen, il faut conduire une analyse de marché et identifier un ou plusieurs opérateurs puissants, ce qui n’est pas évident compte-tenu des nombreux réseaux interconnectés et interchangeableables qui composent l’Internet. À l’exception du réseau d’accès, il s’avère difficile d’identifier un acteur puissant au niveau des multitudes de réseaux de l’Internet¹. Par conséquent, l’Internet reste généralement non régulé en Europe, même s’il est composé de réseaux de communications électroniques potentiellement régulables. En outre, certaines autorités proposent d’imposer des mesures de régulation aux acteurs de l’Internet même en l’absence d’une puissance sur le marché [7, 93].

Seule la transmission de signaux est un service de communications électroniques

La deuxième grande définition posée par la directive cadre est celle des services de communications électroniques :

« *service de communications électroniques* : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l’aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ; il ne comprend pas les services de la société de l’information tels que définis à l’article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; »

Cette définition établit les contours de la régulation des communications électroniques et donc de notre première sphère de régulation. La régulation ne

1. Une telle démonstration n’est cependant pas impossible, comme l’a démontré la décision de l’Autorité de la concurrence dans sa décision du 20 septembre 2012 concernant un litige de *peering* entre France Télécom et Cogent [16].

concerne que les services qui consistent principalement en la transmission de signaux sur les réseaux de communications électroniques. Elle exclut les services qui consistent à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus.

La distinction entre services de communications électroniques et services de la société de l'information

La plupart des services de la société de l'information sont peu régulés. Il s'agit d'activités d'édition de sites web, de logiciels, d'applications et de fourniture de services en tout genre sur l'Internet, ainsi que des activités d'hébergement. La directive cadre 2002/21/CE précise que la plupart des services de la société de l'information ne constituent pas des services de communications électroniques parce qu'ils ne consistent pas entièrement ou principalement en l'acheminement de signaux sur des réseaux de communications électroniques. Cette directive précise également qu'un même prestataire peut fournir des services qui englobent à la fois des services de communications électroniques et des services d'édition ou d'hébergement de contenus non couverts par la directive cadre 2002/21/CE :

« La même entreprise, par exemple, un prestataire de services Internet, peut proposer à la fois un service de communications électroniques, tel que l'accès à Internet, et des services non couverts par la présente directive, tels que la fourniture de contenus sur la toile. »

En droit communautaire, le terme *services de la société de l'information* est suffisamment large pour englober le terme *services de communications électroniques*. C'est pour cela que la directive cadre 2002/21/CE précise qu'elle ne s'applique pas aux services de la société de l'information qui ne consistent pas principalement en la transmission de signaux. Les services de communications électroniques seraient un sous-ensemble des services de la société de l'information. En France, le terme juridique pour désigner la plupart des services de la société de l'information est la fourniture de *services de communications au public en ligne* (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, article 1). Ces services sont fournis par le biais de services de communications électroniques, mais ne se confondent pas avec ceux-ci. Cette distinction deviendra plus claire lorsque nous examinerons quelques exemples dans la partie 11.2.2.

En résumé, un service est considéré comme un *service de communications électroniques* uniquement si le service consiste principalement en l'acheminement de signaux sur un réseau de communications électroniques ouvert au public.

La distinction entre les services de communications électroniques et les services audiovisuels

Les services de transmission de contenus audiovisuels sont des services de communications électroniques régulés, parce qu'il s'agit d'une prestation d'acheminement de signaux. Lorsque TDF diffuse le signal de France 2, TDF fournit une prestation de communications électroniques à France 2. En revanche, lorsque France 2 choisit ses programmes et les rend disponibles au public, France 2 four-

nit un service de télévision, et non un service de communications électroniques. Le considérant 5 de la directive cadre 2002/21/CE explique cette différence :

« Ce cadre ne s’applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l’aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l’information, et ne porte donc pas atteinte aux mesures relatives à ces services qui sont arrêtées au niveau communautaire ou national, conformément au droit communautaire, afin de promouvoir la diversité culturelle et linguistique et de garantir la défense du pluralisme des médias. Le contenu des programmes de télévision est couvert par la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l’exercice d’activités de radiodiffusion télévisuelle. La séparation entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus ne porte pas atteinte à la prise en compte des liens qui existent entre eux, notamment pour garantir le pluralisme des médias, la diversité culturelle ainsi que la protection du consommateur. »

Ce considérant précise que la régulation des communications électroniques ne doit pas affecter les règles applicables aux *contenus* des services transmis. Il indique cependant qu’il existe des passerelles entre les deux sphères de régulation et que la régulation des communications électroniques doit en tenir compte.

11.2.2 Quelques exemples d’opérateurs

Lorsqu’on est confronté à un service innovant sur Internet, il s’agit de savoir si le fournisseur de ce service est un « opérateur » au sens de la régulation des communications électroniques. S’il ne s’agit pas d’un opérateur, le fournisseur peut être soit un fournisseur d’un service de la société de l’information, soit l’éditeur d’un service de média audiovisuel à la demande (SMAD). Dans ce dernier cas, le fournisseur sera régulé au titre des lois sur l’audiovisuel. Pour mieux comprendre ces règles, examinons quelques exemples concrets.

Responsabilité contractuelle pour l’acheminement de signaux

Nous avons vu qu’un opérateur fournit un service de communications électroniques au public, à savoir un service qui consiste principalement en l’acheminement de signaux. La notion d’acheminement de signaux reflète une réalité technique – notamment l’utilisation d’équipements de transmission et de routage. Mais la notion de fourniture de service reflète surtout une situation contractuelle. Qui est responsable de l’acheminement de signaux entre un point A et un point B ? L’opérateur est généralement celui qui s’engage contractuellement envers le client à effectuer la prestation d’acheminement des signaux.

L'exemple d'une vidéoconférence Skype

À titre d'illustration, considérons une vidéoconférence entre deux personnes utilisant chacune son ordinateur et l'application Skype. Qui est l'opérateur dans cette situation ? Dans cet exemple, chaque utilisateur a simultanément deux relations contractuelles avec deux prestataires autonomes. L'utilisateur fait appel à son fournisseur d'accès à l'Internet (FAI) pour la connectivité et l'acheminement de signaux. En cas de perte de connectivité, l'utilisateur pourra se retourner contre son FAI. Ensuite, l'utilisateur fait appel à l'éditeur d'une application de vidéoconférence, Skype, pour que son ordinateur puisse convertir les paquets en service de vidéoconférence. En cas de défaillance dans l'application, l'utilisateur pourra se retourner contre l'éditeur de l'application : Skype. Skype ne fournit aucune garantie relative à l'acheminement des signaux, à savoir l'acheminement de paquets et le FAI ne fournit aucune garantie relative au bon fonctionnement de l'application. Chaque prestataire fournit un service différent. Dans cet exemple, seul le FAI est considéré comme opérateur de communications électroniques, car il assume à l'égard de l'utilisateur la responsabilité contractuelle pour l'acheminement de signaux. Skype est un fournisseur de services de la société de l'information, et un fournisseur d'un service de communications au public en ligne selon la terminologie française.

L'exemple d'une tablette

Le statut d'opérateur ne dépend pas des équipements utilisés par le prestataire, mais de la nature des prestations contractuellement promises. Par exemple, le fabricant d'une tablette pourrait commercialiser sa tablette avec ou sans connectivité. Dans la plupart des cas, la tablette est vendue sans connectivité. Après avoir acheté sa tablette, l'acheteur devra soit conclure un abonnement 3G ou 4G séparé avec son opérateur mobile, soit s'appuyer sur la connectivité Wi-Fi fournie à son domicile ou à son bureau par son FAI. L'acheteur de la tablette doit nécessairement avoir une deuxième relation contractuelle pour la connectivité, faute de quoi sa tablette ne pourra pas communiquer avec l'Internet. Dans notre exemple, le fournisseur de la tablette n'est évidemment pas opérateur, car il n'a pris aucun engagement quant à l'acheminement de signaux.

Mais rien n'empêche le vendeur de la tablette de fournir la tablette avec la connectivité. Dans ce cas, l'utilisateur aurait un seul contrat d'abonnement avec le vendeur de la tablette et n'aurait pas besoin d'un abonnement séparé avec son FAI. Ne détenant pas un réseau lui-même, le vendeur de la tablette devra conclure un contrat de prestations de services en amont avec un opérateur de réseau. Le vendeur de la tablette proposera cette prestation sous sa propre marque. Le vendeur de la tablette n'aura pas de réseau mais il fournira sur le plan contractuel la prestation de connectivité. À l'égard de l'utilisateur final, le vendeur de la tablette est responsable pour l'acheminement des signaux et est considéré comme opérateur, même si les aspects techniques de cette prestation sont sous-traités par le vendeur de la tablette à un autre opérateur. Comme cet exemple le démontre, on peut être opérateur sans exploiter un réseau. Les MVNO (*mobile virtual network operators*) fonctionnent selon ce principe.

11.2.3 Les points de débordement entre les différentes sphères de régulation

De manière générale, une entité qui n'est pas un opérateur n'est pas concernée par la réglementation sur les communications électroniques. Il existe cependant plusieurs exceptions à cette règle. Les révisions de 2009 des directives sur les communications électroniques ont prévu la possibilité pour les autorités de régulation de trancher des différends liés à la neutralité de l'Internet entre un opérateur et un prestataire de services de la société de l'information bénéficiant *in fine* de l'interconnexion. En outre, la législation française prévoit que l'ARCEP peut recueillir des informations et mener des enquêtes à l'égard de fournisseurs de communications au public en ligne afin de vérifier que les conditions d'acheminement du trafic respectent les principes de neutralité de l'Internet².

La directive données personnelles et communications électroniques (directive 2002/58/CE) régule l'envoi de communications commerciales non sollicitées par courrier électronique ainsi que l'utilisation de cookies. Bien que prévu dans les directives sur les communications électroniques, ces règles concernent au premier chef les éditeurs de sites web et les entreprises qui exploitent des réseaux de publicité sur Internet. Ces derniers sont des fournisseurs de services de la société de l'information, non des opérateurs de communications électroniques.

Enfin, la directive service universel et droits des citoyens (directive 2002/22/CE) prévoit des obligations de *must carry*, à savoir l'obligation pour des opérateurs de communications électroniques d'acheminer des signaux de certains services de télévision. Cette directive prévoit également un dispositif régulant l'accès à des systèmes d'accès conditionnels mis en place pour la distribution des services de télévision à péage. Ces dispositions concernent surtout des entreprises qui distribuent des services de télévision. On constate que l'étanchéité entre les trois sphères n'est pas totale.

11.3 La régulation des services audiovisuels

11.3.1 Les objectifs de la régulation audiovisuelle

La forte influence de la télévision sur l'opinion publique nécessite la vigilance des pouvoirs publics afin que la télévision ne devienne pas un outil de manipulation de l'opinion et une menace pour la démocratie. Le premier objectif de la régulation des services de télévision est de garantir la pluralité des opinions. Cet objectif est poursuivi par différents moyens, notamment par le biais des règles anticoncentration limitant la possibilité pour un seul groupe de sociétés de contrôler plusieurs médias, ainsi que des règles sur l'objectivité de l'information et le partage du temps de parole entre divers courants politiques. Au-delà de l'objectif fondamental de garantir la pluralité des opinions, la régulation des services audiovisuels en France vise de nombreux autres objectifs dont :

- la protection des mineurs ;
- l'encadrement de la publicité en termes de volumes, d'horaires et du type de produits ou de services proposés ;

2. Sur la question de la neutralité de l'Internet, voir le chapitre 12 dans cet ouvrage.

- la promotion de la production audiovisuelle européenne et française, la promotion de la production indépendante et de la langue française ;
- le développement de la concurrence et de relations non-discriminatoires entre éditeurs et distributeurs ;
- la lutte contre le tabagisme, l'alcoolisme et l'obésité ;
- la protection de la dignité humaine, la lutte contre la discrimination et la haine raciale ;
- l'accès du plus grand nombre aux événements sportifs de grande importance ;
- la préservation de la presse régionale et des salles de cinéma.

11.3.2 Pourquoi une régulation plus forte de la télévision par rapport à l'Internet ?

Les règles applicables aux services de télévision limitent considérablement la liberté de l'éditeur de la chaîne ainsi que celle du téléspectateur. En particulier, elles limitent la liberté d'expression. Des règles aussi strictes seraient illégales si elles étaient appliquées à la presse écrite. Pourquoi de telles mesures sont-elles tolérées en matière de télévision ? Historiquement, la télévision fut d'abord un média à la fois rare et invasif : le nombre de fréquences disponibles était très réduit et l'État pouvait donc conditionner l'accès à ces fréquences au respect d'un cahier des charges strict afin de garantir la pluralité des opinions. La télévision était invasive puisque le téléspectateur ne choisissait pas les programmes. Les programmes étaient organisés par l'éditeur et envoyé en mode *push* vers le téléspectateur, nécessairement passif. Ces deux facteurs ont justifié le choix de règles plus strictes qu'en matière de presse écrite. Toutefois, ces caractéristiques évoluent. Une certaine pénurie règne encore en matière de diffusion hertzienne terrestre, même si le nombre de chaînes a augmenté grâce à la TNT. Néanmoins, par le biais du câble, du satellite et de la télévision par ADSL, le téléspectateur peut choisir parmi des centaines de chaînes. La rareté n'existe donc plus. Les États-Unis disposaient aussi de règles relativement strictes³ sur les contenus de programmes, mais le régulateur les a progressivement abandonnées compte tenu de l'absence de rareté des chaînes dans le paysage audiovisuel américain [131]. Les restrictions n'étaient plus justifiées et risquaient de violer le principe de la liberté d'expression.

En ce qui concerne le caractère invasif de la télévision, le jour où le téléspectateur choisira entièrement son programme, la télévision ne sera pas plus invasive qu'un journal en papier ou qu'un site web. Par ailleurs, la télévision empruntera de moins en moins le spectre radioélectrique réservé à la diffusion audiovisuelle. La télévision empruntera d'autres réseaux.

Il devient donc plus difficile de justifier une différence de traitement entre un service de télévision et un site web en termes de restrictions sur les contenus. La seule justification qui reste est le caractère invasif et influent de la télévision par rapport à un site web. Une information présentée au journal télévisé de 20 heures

3. Ces règles ont été élaborées par le régulateur américain, la FCC, sous le nom de la *fairness doctrine*. Elles incluaient notamment l'obligation pour les diffuseurs de présenter des points de vue équilibrés sur des sujets d'importance nationale.

serait perçue comme étant « plus vraie » qu’une information présentée sur le web. Mais cette distinction existe déjà en matière de presse écrite. Un article publié dans un quotidien respecté comme *Le Monde* est perçu comme étant « plus vrai » et digne de confiance que le même article publié dans un journal inconnu.

La télévision connectée provoquera nécessairement une réflexion de fond sur la régulation audiovisuelle par rapport à la liberté d’expression et la régulation de la presse et des sites web.

11.3.3 La directive services de médias audiovisuels

Adoptée en 1989, la directive télévision sans frontières 89/552/CEE n’a pas cherché à harmoniser la politique audiovisuelle au sein de chaque pays de l’Union européenne. La politique audiovisuelle est trop ancrée dans la culture et dans les valeurs sociétales de chaque pays pour se prêter à une harmonisation totale. Révisée en 1997, puis en 2007, la directive télévision sans frontières, appelée aujourd’hui directive services de médias audiovisuels 2010/13/UE, cherche à établir le principe du pays d’origine et le principe de la libre circulation des programmes entre les pays membres de l’Union européenne, tout en établissant les principes de base pour une régulation des programmes audiovisuels. Selon la règle du pays d’origine, un service de télévision qui est dûment autorisé dans un état membre de l’Union européenne peut être librement reçu par le public dans les autres pays de l’Union. Par exemple, une chaîne de télévision autorisée au Royaume-Uni peut être librement reçue en France sans que ce soit nécessaire pour la chaîne de demander une autorisation supplémentaire auprès du CSA et de se mettre en conformité avec la loi audiovisuelle française.

Une harmonisation partielle des règles

Pour garantir que le pays d’origine applique un niveau de régulation suffisant, la directive services de médias audiovisuels impose certaines règles minimales. Par exemple, aucun pays de l’Union européenne n’a le droit d’autoriser la publicité pour le tabac ou des médicaments. Chaque pays doit veiller à ce que les chaînes diffusent une majorité d’œuvres européennes, et qu’elles s’abstiennent de toute émission dommageable aux mineurs. Bien qu’ayant fixé un niveau minimum de règles dans plusieurs domaines, la directive services de médias audiovisuels laisse une marge de manœuvre importante à chaque pays membre pour mettre en œuvre sa propre politique audiovisuelle à l’égard des chaînes établies sur son territoire. Cette marge de manœuvre est nécessaire afin de respecter la diversité culturelle de chaque pays. La France peut ainsi mettre en œuvre une régulation visant à protéger la langue française et les salles de cinéma en France, alors que ces sujets ne sont pas évoqués dans la directive services de médias audiovisuels.

Le principe du pays d’origine n’affecte pas le droit d’auteur

Le principe du pays d’origine contenu dans la directive services de médias audiovisuels signifie qu’une chaîne de télévision britannique ou allemande peut être redistribuée en France par satellite, câble ou ADSL. Mais ce « passeport européen » ne vaut que pour la régulation audiovisuelle. Il n’a aucun impact sur le

droit d’auteur. Le passeport européen signifie seulement que la chaîne de télévision étrangère n’aura pas besoin d’une nouvelle autorisation administrative dans le pays de réception. En revanche, une chaîne étrangère devra s’assurer qu’elle dispose de l’ensemble des autorisations nécessaires au titre du droit d’auteur pour la distribution de son programme en dehors de son territoire d’origine.

Les possibilités de délocalisation

Si la France dispose d’une réglementation plus contraignante que d’autres pays européens, pourquoi les chaînes ne cherchent-elles pas à se délocaliser ? Il existe deux raisons à cela. Premièrement, la directive services de médias audiovisuels contient des règles visant à empêcher la délocalisation abusive des chaînes. Pour s’établir dans un autre pays membre et bénéficier du régime du passeport unique, l’éditeur de la chaîne doit montrer que ses équipes éditoriales sont véritablement situées dans le pays en question. Si les décisions éditoriales sont en réalité prises en France, la chaîne sera considérée comme étant établie en France et devra se soumettre à la régulation française. La langue de la chaîne n’est pas un critère. Il serait possible d’éditer une chaîne uniquement en langue française, qui vise manifestement un public français, et néanmoins établir cette chaîne dans un autre pays membre de l’Union en bénéficiant du principe du pays d’origine. Il suffirait que le siège et l’ensemble des équipes éditoriales soient réellement localisés dans cet autre pays.

La deuxième raison pour laquelle une chaîne française aura tendance à rester en France est la possibilité de diffuser par télévision numérique terrestre (TNT). En France, une majorité de la population reçoit la télévision en utilisant une antenne râteau. La diffusion terrestre est encore le moyen privilégié pour un éditeur de chaîne d’accéder au plus grand nombre de foyers français et ainsi établir une présence forte dans le paysage audiovisuel français. Or, la TNT est réservée aux chaînes qui acceptent de signer une convention avec le régulateur français, le CSA. Cette convention impose à la chaîne l’ensemble des contraintes de la régulation française. Ainsi, il est impossible pour une chaîne de la TNT de se délocaliser afin de bénéficier d’une régulation plus légère. Tant que la TNT reste prédominante comme moyen de diffusion en France, les plus grandes chaînes resteront soumises à la législation française. Les obligations réglementaires sont la contrepartie convenue par la chaîne pour pouvoir utiliser des fréquences de diffusion mises à leur disposition par l’État français. Cette contrepartie explique également pourquoi les fréquences sont mises à la disposition des chaînes moyennant une redevance plus faible que celle applicable aux opérateurs de communications électroniques.

11.3.4 Les services de médias audiovisuels à la demande

La directive services de médias audiovisuels a été modifiée en 2007 pour introduire une nouvelle notion, celle des « services de médias audiovisuels à la demande », les SMAD. Cette modification est destinée à étendre le champ de la régulation audiovisuelle vers de nouveaux services en ligne comme la vidéo à la demande. La réforme de 2007 a suscité de vifs débats opposant les pays ayant une tradition forte de régulation des services audiovisuels et ceux qui disposent

d'un système plus libéral. Ces derniers ne souhaitent pas que la régulation audiovisuelle soit étendue à de nouveaux services comme la vidéo à la demande. La réforme de 2007 reflète un compromis. Le législateur européen a défini un nouveau type de service — les services de médias audiovisuels à la demande, ou SMAD — qui est soumis à une version allégée de la régulation audiovisuelle.

La directive services de médias audiovisuels distingue dorénavant trois types de services, correspondant chacun à un niveau différent de régulation : (i) les services de télévision linéaires classiques, soumis à l'ensemble de la régulation audiovisuelle ; (ii) les SMAD, soumis à un régime allégé par rapport à la télévision linéaire ; (iii) enfin, les services en ligne qui tombent en dehors de la définition SMAD, et qui échappent totalement à la régulation audiovisuelle.

La définition des SMAD

La définition des SMAD est primordiale dans toute discussion de la régulation de la télévision connectée. Certains acteurs de la télévision connectée se situent à la marge de cette définition, créant ainsi des difficultés d'interprétation. Fruit d'un compromis, la définition des SMAD dans la directive 2010/13/CE est complexe :

« *service de médias audiovisuels à la demande* (c'est-à-dire, un service de médias audiovisuels non linéaire) : un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias ; »

Telle une poupée russe, cette définition cache d'autres définitions. D'abord, le mot « programme » :

« *programme* : un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale ; »

Ensuite, le concept de « fournisseur de services de médias » :

« *fournisseur de services de médias* : la personne physique ou morale qui assume la responsabilité éditoriale du choix du contenu audiovisuel du service de médias audiovisuels et qui détermine la manière dont il est organisé ; »

qui renvoie lui-même au concept de « responsabilité éditoriale » :

« *responsabilité éditoriale* : l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue,

dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande. La responsabilité éditoriale n’a pas nécessairement pour corollaire une responsabilité juridique quelconque en vertu du droit national à l’égard du contenu ou des services fournis ; »

Ainsi, un SMAD n’existe que dans la mesure où un fournisseur de services de médias, disposant d’une responsabilité éditoriale, propose un programme.

La responsabilité éditoriale

La définition des SMAD nécessite la présence d’un fournisseur de services qui exerce une responsabilité éditoriale dans l’organisation d’un catalogue de programmes. La notion d’organisation de catalogue est primordiale mais se prête à différentes interprétations. Faut-il une intervention humaine pour organiser un catalogue ? Par exemple, une plateforme qui se contenterait de présenter automatiquement au téléspectateur les vidéos les plus populaires en fonction d’un algorithme, ou qui classerait les vidéos par thèmes, exerce-t-elle une « responsabilité éditoriale » dans la sélection et l’organisation des programmes ? Cette question peut susciter des réponses différentes parmi les régulateurs.

La notion de « programme »

La notion de « programme » couvre uniquement des contenus audiovisuels comparables à ceux de la télévision classique. Le considérant 16 de la directive services de médias audiovisuels précise que la définition d’un SMAD ne couvre que les services « destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d’avoir sur elle un impact manifeste ». On retrouve ici la notion d’*impact* de la télévision par rapport à d’autres médias moins invasifs et influents. Mais la notion « d’impact manifeste » est imprécise. Faut-il appliquer des sondages d’opinion pour mesurer l’impact d’un service donné et seulement après appliquer une régulation ?

Les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d’échange au sein de communautés d’intérêts sont exclus de la définition de SMAD. Un service tel que YouTube ou DailyMotion ne serait donc pas un SMAD, au moins pour la partie correspondant à leur activité d’hébergement de contenus fournis par les utilisateurs.

11.3.5 Quel niveau de régulation pour les SMAD ?

Les règles sur les contenus

La directive services de médias audiovisuels estime que les SMAD pourraient remplacer en partie la télévision traditionnelle (considérant 69). En même temps, ces services à la demande méritent selon le législateur européen une réglementation plus légère compte tenu du contrôle que l’utilisateur peut exercer sur le contenu et de l’impact plus faible (mais néanmoins manifeste !) que ses services peuvent avoir sur la société (considérant 58). Les SMAD sont par conséquent

soumis à un régime allégé comparé à la télévision linéaire. Les règles applicables aux SMAD comprennent notamment les obligations suivantes :

- l’éditeur du service doit clairement s’identifier ;
- l’éditeur doit éviter tout contenu incitant à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion, ou la nationalité ;
- l’éditeur doit rendre les services progressivement accessibles aux personnes souffrant de déficience visuelle ou auditive ;
- l’éditeur ne doit pas transmettre d’œuvres cinématographique en dehors des délais convenus avec les ayants droits ;
- l’éditeur doit rendre les publicités reconnaissables en tant que telles et ne pas utiliser des techniques subliminales ;
- l’éditeur doit veiller à ce que les publicités ne portent pas atteintes à la dignité humaine, ne promeuvent pas la discrimination ou des comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité des mineurs, ou des comportements gravement préjudiciables à la protection de l’environnement ;
- l’éditeur doit éviter toute publicité pour le tabac ou les boissons alcooliques visant des mineurs ainsi que toute publicité pour les médicaments ;
- enfin, l’éditeur doit veiller à ce que les publicités n’incitent pas directement les mineurs à l’achat d’un produit ou d’un service en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité.

Aucune de ces obligations ne pèse sur l’éditeur d’un site web qui ne fournit pas un SMAD.

La directive services de médias audiovisuels contient également des règles sur le parrainage et le placement de produits. Les SMAD doivent mettre en place un système de protection des mineurs afin d’assurer que les mineurs n’aient pas accès à des programmes qui pourrait nuire gravement à leur épanouissement physique, mental ou moral. Comme nous verrons dans la partie 11.5.2 ci-dessous, un tel dispositif de contrôle peut entrer en conflit avec la législation sur la protection des données à caractère personnel.

La promotion d’œuvres européennes

Les SMAD doivent promouvoir, lorsque cela est réalisable et par les moyens appropriés, la production d’œuvres européennes ainsi que l’accès à ces dernières. Cette promotion peut notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production, ou par la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes ou enfin par la proportion d’œuvres européennes figurant dans le catalogue. La directive laisse aux états membres le choix des moyens pour mettre en œuvre cette obligation.

La France a décidé d’imposer des obligations précises en matière de promotion d’œuvres européenne. L’éditeur d’un SMAD établi en France doit consacrer au moins 15 % de son chiffre d’affaires à la production d’œuvres européennes, dont 12 % à la production d’œuvres d’expression originale française. Dans l’absolu, ces obligations ne paraissent pas excessivement lourdes, surtout par rapport aux obligations qui pèsent sur des éditeurs de chaînes de télévision linéaires. En revanche, elles peuvent paraître lourdes à côté des régulations applicables dans d’autres états membres, par exemple, au Royaume-Uni, où le législateur n’a im-

posé aucune obligation précise d’investissement aux éditeurs de SMAD établis sur son territoire. En outre, la France exige que le catalogue contiennent une majorité d’œuvres européennes et que l’emplacement de ces œuvres soit mis en avant sur la page d’accueil. La France a choisi une option maximaliste par rapport à la directive car les conditions d’investissement, d’emplacement et de proportion quantitative dans le catalogue sont cumulatives. En outre, la France n’a pas inclus dans la législation la souplesse prévue par la directive en omettant les termes « lorsque cela est réalisable ». Cette différence de régulation pourrait créer une incitation pour un éditeur d’un SMAD à ne pas s’établir en France, même si généralement des considérations fiscales pèsent lourdement dans le choix du pays d’établissement. Comme nous l’avons vu, il est relativement facile pour l’éditeur d’un SMAD, même de langue française, de s’établir à l’étranger dès lors que son siège et son équipe éditoriale sont effectivement situés dans le pays en question.

11.3.6 L’application de la loi française à un SMAD

Le régulateur français est confronté à un double défi lorsqu’il est en présence d’un nouveau service de vidéo à la demande visant un public français. Premièrement, s’agit-il d’un SMAD ? La réponse à cette question n’est pas toujours évidente compte tenu des ambiguïtés de la définition des SMAD et du caractère innovant de certaines nouvelles plateformes. Certains services se situent en marge, ne présentant pas un véritable « programme ». La responsabilité éditoriale peut également faire défaut.

Deuxièmement, même s’il s’agit d’un SMAD, est-ce que ce service relève de la compétence de la France ? Cette question nécessite de retrouver la localisation de l’éditeur du service. Si le siège de l’éditeur ainsi que ses équipes éditoriales sont situés en dehors de la France, la loi française ne s’appliquera pas, même si le service vise un public français.

La difficulté d’appliquer la loi française à des services situés à l’étranger – qu’il s’agisse de SMAD ou de simples services web – constitue pour le régulateur l’un des principaux défis liés aux phénomènes de convergence et au développement de la télévision connectée en particulier.

11.4 Les services de la société de l’information

Nous arrivons à notre troisième sphère de régulation : les services de la société de l’information.

Les services de la société de l’information sont des services fournis à distance, en principe contre rémunération, au moyen d’équipements électroniques de traitement et de stockage de données, à la demande individuelle d’un destinataire de services. Les services de la société de l’information incluent la plupart des services et applications Internet : moteurs de recherche, portails, plateformes de partage, sites de vente en ligne, blogs, services de messagerie, applications mobiles, ainsi que les sites web classiques. Un service de vidéo à la demande qui ne remplit pas les critères d’un SMAD sera considéré comme un service de la société de l’information. Le terme utilisé en France pour service de la société de l’information est « service de communication au public en ligne ».

11.4.1 Quel niveau de régulation pour les services de la société de l’information ?

La plupart des services de la société de l’information sont peu régulés, créant une asymétrie de régulation par rapport aux services de communications électroniques d’une part, et aux services audiovisuels d’autre part. Le cadre de régulation des services de la société de l’information est défini par la directive commerce électronique (directive 2000/31/CE). Comme pour la directive services de médias audiovisuels, la directive commerce électronique établit le principe du pays d’origine. En application de ce principe, un service de la société de l’information légalement établi dans un état membre de l’Union européenne peut fournir ses services librement dans l’ensemble des autres pays de l’Union. Les services de la société de l’information sont soumis à peu de contraintes. En particulier, l’établissement d’un service de la société de l’information ne peut être soumis à une autorisation administrative préalable. La directive commerce électronique exige seulement que le prestataire de services soit facilement identifiable, que les publicités soient clairement identifiées en tant que telles, et que les communications à caractère commercial donnent la possibilité à l’internaute de refuser toute communication ultérieure (un régime *opt-out*). La directive fixe également quelques règles minimales quant à la conclusion de contrats par voie électronique.

11.4.2 La responsabilité des intermédiaires techniques

Afin d’encourager le développement des services de la société de l’information, la directive commerce électronique établit des règles de responsabilité allégée pour les intermédiaires techniques. En particulier, la directive stipule qu’un prestataire d’hébergement ne sera pas responsable pour les contenus postés par les utilisateurs du service si le prestataire enlève le contenu rapidement après avoir reçu une notification de son caractère illicite. En outre, la directive prévoit qu’un prestataire d’hébergement ne doit pas être soumis à une obligation générale de surveillance des contenus qu’il héberge. Ce principe de responsabilité allégée pour les prestataires d’hébergement est l’un des piliers de la directive commerce électronique, et a permis à de nombreux services d’hébergement innovants de voir le jour, notamment des plates-formes de partage vidéo. La directive commerce électronique prévoit une responsabilité allégée pour les prestataires de simple transport, et pour les entités qui stockent des contenus de manière temporaire (*caching providers*). Les dispositions de la directive commerce électronique ont été transposées en France par la loi sur la confiance en l’économie numérique du 21 juin 2004, mieux connue sous l’acronyme LCEN.

La remise en cause du principe de la responsabilité allégée

Depuis l’adoption de la directive commerce électronique en 2000, de nombreuses plateformes de partage ont vu le jour. Une part non-négligeable des contenus échangés sur ces plateformes était des contenus protégés par le droit d’auteur, reproduits sans l’autorisation des ayants droit. En outre, les accès haut-débit à l’Internet se sont généralisés et ont facilité l’échange de fichiers utilisant des réseaux de pair à pair. Les ayants droit estiment que les plateformes d’échange

ainsi que les opérateurs de communications électroniques ont profité du phénomène de téléchargement illicite pour gonfler le nombre de leurs utilisateurs et ne devraient pas pouvoir se cacher derrière les dispositions de la directive commerce électronique pour éviter toute responsabilité. Les ayants droit ont tenté de rechercher la responsabilité de ces intermédiaires techniques, notamment en contestant leur qualification de simple hébergeur au sens de la directive commerce électronique. Ces tentatives se sont révélées majoritairement infructueuses car, même si une plateforme de partage dispose de plusieurs activités — y compris dans certains cas d’une activité de SMAD —, les tribunaux ont reconnu que l’activité de stockage de contenus fournis par les utilisateurs était bien une activité d’hébergeur au sens de la directive, et que les plateformes pouvaient par conséquent bénéficier du régime de responsabilité allégée. Quant aux opérateurs de communications électroniques, les tribunaux ont confirmé que ceux-ci ne devaient pas être soumis à une obligation de surveillance de leur réseau.

Les mesures de filtrage

Certains ayants droit ont tenté d’imposer des mesures de filtrage. En Belgique, la société SABAM a demandé à ce que le FAI Scarlet et le réseau social Netlog mettent en place un outil qui détecterait automatiquement l’échange de fichiers protégés par le droit d’auteur. La Cour de justice européenne a décidé que cette mesure était excessive parce qu’elle constituait une mesure de surveillance généralisée interdite par la directive commerce électronique [95, 96]. En outre, la Cour a estimé qu’une telle surveillance aurait un impact disproportionné sur d’autres droits fondamentaux comme le droit à la vie privée et la liberté d’entreprendre. Même si les mesures de filtrage généralisées sont interdites, certains tribunaux ont reconnu la possibilité de mettre en place des mesures de filtrage ciblées, notamment pour bloquer l’accès à certains contenus illicites définis à l’avance [97]. Contrairement à ce que prétendent certains défenseurs de la liberté d’expression sur l’Internet, il n’existe aucun droit pour un internaute de télécharger une œuvre sans l’autorisation des ayants droit, ni d’accéder à un site de paris en ligne illégal. Le droit d’accéder à l’information ne s’étend pas à des contenus illégaux. La difficulté est de trouver des moyens pour limiter l’accès à des contenus illégaux sur l’Internet, en évitant de bloquer l’accès à certains contenus licites.

L’éventuelle réforme de la directive commerce électronique

La directive commerce électronique a facilité le développement de nouveaux services de la société de l’information en Europe grâce à un environnement réglementaire favorable : liberté d’établissement, absence de toute autorisation préalable, principe du pays d’origine, responsabilité allégée des intermédiaires techniques. Maintenant que le haut-débit est largement instauré, et que certaines entreprises de la société de l’information sont devenues puissantes à un niveau planétaire, certains estiment que les dispositions favorables de la directive commerce électronique peuvent être modifiées. Justifié au moment où ces services étaient balbutiants, le régime de responsabilité allégée pour les intermédiaires

techniques devrait évoluer selon certains, afin que ces intermédiaires soient davantage motivés pour contribuer à la lutte contre les contenus illicites. Les intermédiaires techniques soulignent quant à eux l'importance de garder les règles de responsabilité allégée afin de favoriser l'innovation sur l'Internet, innovation qui n'en serait qu'à ses débuts.

Un régime asymétrique qui crée des tensions

Le cadre réglementaire léger des services de la société de l'information contraste avec le cadre plus contraignant des services audiovisuels et des services de communications électroniques. Une chaîne de télévision doit se soumettre à des règles détaillées sur le type de programmes et de publicité qu'elle peut diffuser. Elle doit investir un certain pourcentage de son chiffre d'affaires dans la production européenne et française. Un opérateur de communications électroniques au public doit se soumettre à l'ensemble des contraintes liées à la régulation des communications électroniques : contribution au service universel, interconnexion, appels d'urgence, rapports statistiques au régulateur, taxes sur les opérateurs, régulation de certains tarifs. Un service de la société de l'information n'est soumis à aucune de ces contraintes. On comprend l'intérêt pour un nouvel entrant de se positionner plutôt comme prestataire de la société de l'information plutôt que comme un SMAD ou un opérateur de communications électroniques. Cette asymétrie dans le poids de la régulation crée des tensions entre acteurs que nous examinerons dans le cadre de notre analyse de la télévision connectée.

11.5 Les règles horizontales

Avant d'examiner le cas de la télévision connectée, nous présentons brièvement les trois domaines de régulation horizontaux qui s'appliquent à l'ensemble des services de convergence, qu'ils soient services de communications électroniques, services audiovisuels ou services de la société de l'information. Ces trois domaines ont une forte influence sur la future régulation de la convergence.

11.5.1 Le droit d'auteur

Le téléchargement illicite

Les réseaux haut-débit et les services de la société de l'information ont permis le partage à grande échelle de contenus protégés par le droit d'auteur. D'abord limité à la musique, le partage s'étend aujourd'hui aux films cinématographiques et aux séries. Ces actes de partage constituent des violations du droit d'auteur, mais l'application effective de la loi s'avère difficile. La France a mis en place une autorité administrative, l'Hadopi, qui applique un régime de réponse graduée destinée à informer les internautes et à décourager les actes de téléchargement illicite. Le Royaume-Uni met en place un système similaire. Ces systèmes ont un certain impact mais devront être accompagnés de nouvelles offres attractives de la part des éditeurs de contenus. La chronologie des médias – un composant de la régulation audiovisuelle – a un impact direct sur le piratage. Les fournisseurs

SMAD sont aujourd’hui contraints d’attendre un certain nombre de semaines ou de mois avant de proposer un film cinématographique en vidéo à la demande. Mais si le film n’est pas disponible en téléchargement légal, un certain nombre d’internautes rechercheront une copie illicite du film. Certains plaident pour un assouplissement des fenêtres de diffusion afin de permettre aux plateformes de téléchargement légales de concurrencer efficacement les sites pirates.

Les exclusivités territoriales

L’autre défi pour la convergence en matière de droit d’auteur sera l’abolition progressive des licences exclusives territoriales en Europe. Jusqu’à présent, les ayants droit accordaient des droits de diffusion exclusifs pour chaque pays en Europe. Or, la Commission européenne et la Cour européenne de justice souhaitent limiter ces exclusivités afin de créer un marché unique des programmes. La Commission souhaiterait qu’un consommateur en France puisse rechercher sa série préférée auprès de prestataires situés dans différents pays de l’Union européenne et que le consommateur ne soit pas contraint d’accéder à sa série uniquement auprès du distributeur français du programme. Ces dispositions reflètent ce qui existe déjà pour le marché des DVD. Un consommateur français peut librement acheter un DVD auprès d’un commerçant belge et l’importer en France. Cette vision du marché unique européen entre en collision avec la pratique établie des producteurs, distributeurs et diffuseurs de l’industrie audiovisuelle, qui consiste à accorder des exclusivités territoriales au sein des différents pays de l’Union européenne afin de maximiser le rendement des films. Le découpage de territoires exclusifs crée des conditions propices à l’investissement dans la production cinématographique européenne. Il sera nécessaire par conséquent de trouver un compromis qui favorise la circulation des œuvres au sein du marché unique européen tout en protégeant l’investissement dans la production européenne de programmes.

11.5.2 La législation sur la protection des données à caractère personnel

La publicité ciblée

La publicité ciblée modifie en profondeur l’économie de la publicité. Elle permet le financement de nouveaux services en ligne, comme les services proposés par le biais des télévisions connectées.

La publicité ciblée n’est possible que grâce à des outils techniques capables de créer des profils concernant les habitudes et les goûts de chacun. Ces profils sont créés grâce à des logiciels qui observent le comportement d’un internaute lorsqu’il navigue sur la toile. Ces prestataires ne connaissent pas le nom de l’internaute, mais ils connaissent l’identifiant unique ou l’adresse IP de l’utilisateur, et peuvent recouper cette information avec d’autres informations. Ces profils ouvrent de nouvelles perspectives économiques pour la publicité. Ils aideront aussi les éditeurs à proposer des programmes particulièrement adaptés aux goûts de chaque téléspectateur. Mais la légalité de ces technologies est de plus en plus contestée. La législation européenne exige déjà le consentement explicite de l’internaute avant

qu’un prestataire puisse déployer des cookies et autres logiciels de pistage sur un terminal. Un débat a lieu actuellement sur le type de consentement requis, et notamment sur la question de savoir si le consentement doit être explicite. La Commission européenne a proposé une nouvelle réglementation sur la protection des données à caractère personnel le 25 janvier 2012 [91]. Si elle est adoptée, cette réglementation pourrait fortement encadrer l’utilisation de ces outils d’analyse et par conséquent mettre un certain frein au développement de la publicité ciblée ainsi que des outils de personnalisation (*customisation*) de la télévision connectée.

Des dispositifs pour limiter l’accès à des contenus indésirables

La législation sur la protection des données à caractère personnel affectera également des mesures mises en œuvre pour limiter l’accès à des contenus indésirables. Par exemple, en application de la réglementation audiovisuelle, un SMAD doit s’assurer que les mineurs ne puissent pas accéder à certains contenus destinés aux adultes. Or, un dispositif technique qui empêche un mineur de télécharger un film adulte utilisera nécessairement des données à caractère personnel et pourrait rentrer en conflit avec la législation sur la protection de celles-ci. Il en est de même pour un dispositif destiné à limiter le visionnage de programmes protégé par le droit d’auteur, ou à limiter l’accès à d’autres contenus illégaux comme des programmes encourageant la haine raciale. Chaque dispositif technique contrôlant l’accès à un contenu posera un problème au regard du droit sur les données personnelles, et devra être conçu de manière à minimiser son impact sur la vie privée.

11.5.3 Le droit de la concurrence

Un droit qui complète les trois zones de régulation

Le troisième corps de règles horizontales est le droit de la concurrence. Étudié dans un autre chapitre de cet ouvrage, le droit de la concurrence s’applique à l’ensemble des acteurs impliqués dans la distribution de contenus numériques et ne fait aucune différence entre opérateurs de communications électroniques, fournisseurs de services audiovisuels, ou fournisseurs de services de la société de l’information. Le droit de la concurrence intervient en complément de la réglementation spécifique des communications électroniques et de l’audiovisuel. Par exemple, l’Autorité de la concurrence s’est prononcée le 20 septembre 2012 sur les relations de *peering* et de transit entre France Telecom et l’opérateur Cogent, alors que ces sujets tombent également sous les réglementations sur les communications électroniques appliquées par l’ARCEP [16]. L’Autorité de la concurrence est également intervenue en matière de télévision en imposant des conditions au Groupe Canal + en matière de gestion des contrats cinématographiques et en matière de distribution de chaînes indépendantes, même si certains de ces sujets sont également couverts par la réglementation de l’audiovisuel [17]. Enfin, les prestataires de la société de l’information ne sont pas exclus du droit de la concurrence : L’Autorité de la concurrence est intervenue notamment pour sanctionner le moteur de recherche Google pour avoir mis fin de manière non transparente à un contrat de publicité Adwords avec un distributeur d’appareils de détection de ra-

dar [15]. Occupant une position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches, Google doit appliquer des principes de transparence, d’objectivité et de non-discrimination dans ses relations avec ses clients et ses fournisseurs.

L’intégration verticale

Dans chacun des trois domaines que nous avons étudiés dans ce chapitre – communications électroniques, services audiovisuels, et services de la société de l’information – des acteurs économiques ont émergé et détiennent des parts de marché importantes sur leurs marchés respectifs. En matière de convergence, les acteurs de chaque marché cherchent à traverser les lignes de démarcation entre les différents marchés, souvent pour favoriser une intégration verticale. En créant Orange Cinéma Séries et Studio 37, France Télécom est intervenue sur les marchés de la production de programmes audiovisuels et de l’édition de chaînes de télévision, en concurrence avec le Groupe Canal +. France Télécom est également intervenue sur le marché des prestations de la société de l’information en investissant dans la plateforme DailyMotion. Acteur puissant sur son marché d’origine, France Télécom sera un acteur relativement mineur sur ces nouveaux marchés. Néanmoins, les autorités de concurrence peuvent examiner les stratégies d’intégration verticale de ce type afin de s’assurer qu’une entreprise détenant une position dominante sur un marché n’utilise pas cette position pour étendre sa dominance sur un marché connexe. Une des préoccupations des autorités est de veiller à ce que les consommateurs ne deviennent pas prisonniers de structures verticales trop fermées.

11.6 Convergence et neutralité de l’Internet

La neutralité de l’Internet signifie la liberté pour chacun de consulter les informations et utiliser les applications et services de son choix sur l’Internet. Ce principe exige une neutralité des opérateurs de communications électroniques à l’égard des contenus qu’ils transportent [107]. Outre son importance pour l’innovation, la neutralité de l’Internet garantit également la liberté d’expression. Chacun peut consulter les informations de son choix sur la toile.

Cette vision d’un Internet sans barrière est utopique. En réalité, les législateurs de chaque pays définissent certains services et informations qui ne sont pas librement consultables, même sur l’Internet. Les pays totalitaires interdisent les sites d’opposants politiques et dans certains cas, des services entiers. Les pays démocratiques interdisent des sites proposant la pédopornographie, la vente de drogues, les paris en ligne non-autorisés, voire le téléchargement de contenus piratés. La régulation audiovisuelle, comme nous l’avons vu, limite le type de programmes et de publicités qui peuvent être présentés aux téléspectateurs. L’éditeur d’un SMAD doit éviter des programmes qui incitent à la haine raciale ou des films cinématographiques transmis en dehors des fenêtres de diffusion autorisées. La régulation audiovisuelle est prescriptive en termes de contenus.

Si la télévision connectée transforme la télévision en un ordinateur à écran géant, comment réconcilier les principes de la neutralité de l’Internet et les principes de la régulation audiovisuelle? La neutralité de l’Internet voudrait que

chacun soit libre d'utiliser son téléviseur comme il utilise aujourd'hui son ordinateur ou sa tablette. La logique de la régulation audiovisuelle voudrait au contraire que la télévision connectée reste un environnement muni de barrières contre des contenus indésirables.

La réalité se situera probablement à mi-chemin entre ces deux points de vue extrêmes. Le législateur ne renoncera pas aux objectifs de la régulation audiovisuelle car ils protègent des valeurs culturelles et sociétales importantes. Si la télévision connectée conduisait à un contournement massif de la régulation audiovisuelle française, le législateur réagirait, et trouverait des moyens pour obliger les acteurs de l'écosystème à faire respecter la loi. En revanche, il semble illusoire de s'attendre à une télévision connectée complètement fermée. Une telle mesure serait probablement inefficace, et constituerait en outre une restriction injustifiée de la liberté d'expression.

Entre un écosystème complètement ouvert et un écosystème fermé, des solutions intermédiaires pourraient être envisagées. Par exemple, des moteurs de recherche ou guides de programmes électroniques pourraient proposer en priorité des fournisseurs de programmes labellisés. Ces moteurs de recherche pourraient désindexer complètement certains sites qui proposent des programmes contraires à la législation française. Le CSA a suggéré que les services appliquant la régulation française bénéficient d'une certaine préférence dans les offres de télévision connectée [94]. Cependant, cette préférence ne pourrait être mise en œuvre sans rentrer en conflit avec le principe du pays d'origine qui garantit la liberté de réception pour un service établi dans un autre état membre de l'Union. Les fournisseurs de paiement pourraient être mis à contribution en bloquant les transactions de paiement vers certains sites illicites. Des prestataires de publicité pourraient également éviter d'envoyer de la publicité française vers certains sites. Des garde-fous potentiels pourraient être envisagés, mais chaque limitation de ce type rentrera potentiellement en conflit avec le principe de la neutralité de l'Internet, et constituera une menace potentielle pour la liberté de l'expression. Chaque mesure devra donc être examinée rigoureusement pour s'assurer qu'elle interfère le moins possible avec la liberté d'expression et avec d'autres droits fondamentaux.

11.7 Conclusion

La réglementation applicable aux services en ligne dépend de leur qualification. Si le service est un service de communications électroniques, les dispositions du Paquet Télécom s'appliquent ; si le service est un service audiovisuel, les dispositions de la directive services de médias audiovisuels s'appliquent ; si le service est un service de la société de l'information, les dispositions de la directive commerce électronique s'appliquent.

L'Internet brouille les frontières entre ces différents services. Certains services dits *over-the-top* (OTT) relèvent tantôt des services audiovisuels, tantôt des services de communications électroniques. Pourtant, ces services OTT étaient initialement des services de la société de l'information, soumis à un régime de régulation léger au titre de la directive commerce électronique. Lorsque ces services OTT font concurrence à des services audiovisuels ou à des services de communications

électroniques, deux situations peuvent se produire : soit le régime de régulation plus lourd applicable aux services audiovisuels ou aux services de communication électronique sera allégé afin d’effacer en partie les distorsions entre les différents acteurs ; soit les autorités tenteront d’appliquer le régime de régulation le plus lourd aux nouveaux services OTT.

La régulation audiovisuelle pose un problème particulier. En France la régulation audiovisuelle a été conçue à l’origine comme une forme de contrat. En échange de l’utilisation gratuite des fréquences radioélectriques, le diffuseur devait se conformer à un cahier des charges destiné à promouvoir une multitude d’objectifs de politique publique. Certains de ces objectifs sont fondamentaux pour la protection de la démocratie et de la dignité humaine. Certains visent des objectifs économiques plus limités, qui peuvent être traités par d’autres biais, par exemple, à travers des subventions publiques.

Il paraît difficilement envisageable d’appliquer aux services OTT l’ensemble des contraintes issues de la régulation audiovisuelle. Une telle régulation serait probablement inefficace, surtout à l’égard de prestataires établis à l’étranger. Elle pourrait également porter atteinte à la liberté d’expression et à la liberté d’entreprendre de l’éditeur du service. Chaque mesure de régulation a un effet sur les droits fondamentaux, et doit satisfaire au test de la proportionnalité. À l’instar de la presse écrite, les services de la société de l’information ne souffrent généralement d’aucune restriction a priori affectant la liberté d’expression. Un régime d’autorisation préalable pour ces services serait considéré comme attentatoire à la liberté d’expression. Les services audiovisuels sont soumis en revanche à un régime plus lourd, permettant certaines restrictions *ex ante*. Ces restrictions se justifient par le caractère invasif de ces services, et par l’utilisation de fréquences radioélectriques appartenant à l’État. Une autorisation préalable, assortie d’une convention, est possible pour les services audiovisuels.

Dans le cadre de la convergence, les autorités publiques devront revoir les fondements de la réglementation audiovisuelle afin de déterminer quelles restrictions peuvent être imposées à un service de la société de l’information sans enfreindre la liberté d’expression. Certains objectifs fondamentaux, liés, par exemple, à la protection de l’enfance, pourront probablement se transposer à certains services de la société de l’information sans violer de manière disproportionnée la liberté d’expression. D’autres objectifs de la régulation audiovisuelle, ceux liés à la protection de la presse régionale, par exemple, seraient plus difficiles à transposer sans créer une entorse à la liberté d’expression.