

MLLE BÉNÉDICTE COUSSON

M. PHILIPPE MOURON

LA RÉGULATION DES CONTENUS



2005-2006

TABLE RONDE 2006

RAPPORT RÉALISÉ SOUS LA DIRECTION DE M. LE PROFESSEUR GUY DROUOT

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

MASTER II RECHERCHE « DROIT DES MÉDIAS »

Introduction

La problématique du contrôle des programmes est-elle obsolète ? Peut-on d'ailleurs parler vraiment de contrôle ? Du moins, peut-il encore être efficace tel qu'il s'est exercé jusqu'à présent ? Les développements précédents nous démontrent que l'évolution technique appelle naturellement une évolution juridique. Qu'il s'agisse du changement de la conception de « programmes » (2^{ème} partie) ou de la protection des données personnelles (3^{ème} partie), la nécessité de réformer notre conception classique du « contrôle des programmes » est prouvée.

Envisager une telle réforme suppose un minimum de prospective, ce qui n'est pas chose aisée dans le contexte actuel ; les nouvelles technologies et les usages qu'elles impliquent se renouvellent en effet en permanence et le rythme semble même accéléré depuis peu. Trois constats peuvent néanmoins être tirés, nous éclairant sur les certitudes qui vont dominer le nouveau cadre juridique du contrôle des programmes :

- Tout d'abord, le caractère public de ce contrôle est à abolir définitivement ; le nombre des programmes, la capacité à les renouveler constamment, à faire de chacun un éditeur, leur interactivité et pro activité rendent impossible tout examen exhaustif ; le CSA a d'ailleurs annoncé, en ce début d'année, vouloir renoncer à ses pouvoirs de contrôle afin de confier celui-ci aux acteurs de la communication eux mêmes ;

- Le deuxième constat à tirer découle logiquement du premier ; pour être efficace, le contrôle doit être effectué également ou totalement par les destinataires de la norme ; eux seuls seront à même d'en assurer le respect les uns envers les autres ; il n'est pas inconcevable d'imaginer une certaine collaboration avec les autorités administratives classiques, ce qui, nous le verrons, correspond bien au modèle français ;

- De plus, les normes qui seront applicables aux programmes vont tirer leurs sources de différentes branches du Droit existantes ; les problématiques sont en effet nombreuses : protection de l'enfance et de l'adolescence, respect du pluralisme des courants de pensées et d'opinions, encadrement des traitements de données personnelles, de la publicité, questions techniques liées aux télécommunications, concentrations,... De manière générale, nous assisterons à une convergence des réglementations applicables à un même contenu ; par extension, dans le modèle français, il y aura également convergence des autorités administratives compétentes pour ces différentes problématiques ; l'éventualité d'une collaboration entre elles ne peut donc être écartée ;

- Enfin, au-delà du seul contrôle, l'élaboration même des normes, soit la construction du Droit applicable aux programmes, doit être menée en concertation permanente avec lesdits acteurs, de la « société civile » ; en effet, de par la rapide évolution des techniques précitée, les normes se doivent d'évoluer aussi le plus rapidement possible, pour rester en adéquation avec la réalité ; leur élaboration doit donc se situer au niveau le plus proche de leurs destinataires : eux seuls peuvent tirer les conséquences juridiques des évolutions techniques et sociologiques ; un tel processus permet de tendre vers une plus grande flexibilité du Droit.

Ces trois orientations impliquent une révision en profondeur du Droit applicable aux programmes, à commencer, comme nous l'avons vu, par son champ d'application (cf. 1^{ère} partie). De même, la hiérarchie des normes doit être entièrement refondue, afin de développer le niveau le plus proche des sujets de Droit concernés, qui serait contractuel ou quasi-contractuel ; les normes législatives et réglementaires se limiteraient à fixer un cadre général applicable, dont les implications seraient précisées concrètement par les autorités administratives, et enfin précisées et individualisées par lesdits sujets de Droit. Les moyens d'action doivent également être repensés et répartis entre les acteurs privés et publics qui se trouveraient compétents pour ces mêmes questions.

D'un point de vue plus théorique (et il est temps d'en venir aux termes propres), la réforme générale à envisager va consister en un remplacement : celui de la notion de réglementation par la notion de régulation. Ce dernier terme, fort à la mode depuis peu (un peu trop peut être ?) traduit effectivement une certaine évolution de notre Droit en faveur d'un plus grand pragmatisme. Cette conception est présentée comme étant la plus efficace en termes juridiques, que ce soit pour l'élaboration des normes, leur application et leur légitimité. Notion purement scientifique à l'origine, elle est devenue successivement un paradigme économique puis une norme sociale¹

D'inspiration libérale, le concept de régulation, sous sa forme française, existe depuis déjà un certain temps ; nous pourrions fixer sa première introduction, dans le domaine qui retient actuellement notre attention, avec l'institution des autorités administratives de régulation (à juste titre !) que sont la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) et la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA), remplacée depuis par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA). S'agissant spécialement de ce dernier, il est un exemple qui nous fournit déjà une parfaite illustration de ce que peut être la bonne régulation d'un secteur : le conventionnement des chaînes hertziennes. Ainsi, au-delà de la loi du 30 septembre 1986, sur la liberté de communication, et de ses décrets d'application, l'élaboration des conventions avec les opérateurs privés, en négociation (fictive) avec l'autorité, constituait déjà un moyen privilégié de régulation de l'audiovisuel. L'individualisation des normes applicables en est un des caractères principaux et permet de les adapter aux spécificités du cas d'espèce, tout en maintenant un pouvoir coercitif en cas de non-respect.

Désormais, ce seul conventionnement ne suffit plus pour assurer le contrôle de l'ensemble des contenus. De plus, la convergence des techniques porte avec elle celle des réglementations et des autorités. Nous verrons en effet que différentes activités ou concepts, jusque là nettement distingués, se trouvent maintenant liés, portant sur les mêmes contenus.

La régulation doit donc être davantage développée mais dans un sens différent. Plusieurs modèles sont envisageables, un seul correspondant pleinement au cas français. L'institution de ce modèle a déjà commencé avec la réforme des pouvoirs de la CNIL opérée par la loi du 06 août 2004. Il doit donc maintenant être étendu et adapté à l'ensemble des domaines liés au contrôle des programmes et concerner les autorités respectives compétentes dans ces différentes matières.

La philosophie de la régulation semble bien la plus adaptée aux évolutions sociales et juridiques actuelles (I) ; néanmoins, s'agissant du contrôle des programmes (II) et des traitements de données personnelles (III), plus que jamais concernés, son développement nécessite certaines adaptations aux spécificités françaises.

¹ DU MARAIS Bertrand, « Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour l'Internet », *Cahiers Français*, n° 295, mars-avril 2000, pp. 65-73 ;

Chapitre I

Le développement inéluctable de la régulation

Aborder un concept tel que la régulation suppose un certain nombre de choix, et avant tout, de questionnements. En effet, face au grand nombre de définitions qui en sont données, et aux débats qu'elles suscitent, la notion reste encore incertaine et est peut être mal employée. Elle fait pourtant l'objet de travaux de recherche de plus en plus nombreux et semble bien correspondre à une réalité concrète et descriptible. Mais c'est surtout le sens à donner au terme même de « régulation » qui pose problème.

Comme le souligne fort justement Marie-Anne Frison-Roche, « il peut paraître paradoxal d'avoir d'abord publié des réflexions sur la réponse avant de consacrer des propos plus centrés sur la question même »². Ce paradoxe est bien avéré. Ainsi, alors que tout le monde s'accorde sur l'existence « d'une » régulation ou « de la » régulation, tel n'est pas le cas s'agissant de sa définition matérielle. S'agit-il d'une doctrine ? D'une méthode d'application du Droit ? D'une réelle branche du Droit, pour reprendre les termes précités ? S'applique-t-elle à certains secteurs seulement ? Est-elle plus générale, voire transversale à tous les domaines touchés par le Droit ? Autant de questions qui agitent la doctrine depuis plusieurs années.

Des certitudes acquises peuvent néanmoins nous éclairer sur ce que peut être la régulation en tant que modèle, quelles que soient ses implications. Il nous faut de plus nous attacher spécialement au cas du contrôle des programmes, lequel pose peu de difficultés d'appréhension, étant déjà considéré comme un secteur privilégié de la régulation. L'approche n'en sera que plus aisée. Les questions de théorie juridique relatives à la régulation ne seront donc évoquées que si cela est nécessaire au raisonnement mis en œuvre.

Celui-ci s'articulera avant tout sur la notion même de régulation, envisagée en tant que modèle de base et méthode d'élaboration du Droit (I). Cette approche nous paraît en effet la plus adaptée pour le cas d'espèce dont il est question, ne serait-ce que par ses facultés d'adaptation (II).

² FRISON-ROCHE Marie-Anne, « La régulation, objet d'une branche du Droit », *Petites Affiches*, 03 juin 2002, n° 110, pp. 3-7 ;

Section I. Définition théorique de la régulation en tant que méthode

Il est inutile ici de mener une approche exhaustive du concept de régulation ; ses différentes acceptions et origines nourrissent suffisamment le débat. Rappelons seulement que les points qui vont être développés maintenant sont largement discutés par la doctrine. Une définition restrictive suffira, en ce qui nous concerne, pour l'aborder dans le domaine des médias.

En voici les termes précis : « Action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités (dites de régulation) sur un marché donné qui, en corrélation avec le caractère mouvant, divers et complexe de l'ensemble des activités dont l'équilibre est en cause, se caractérise par sa finalité (le bon fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence mais non abandonné à elle), la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du Droit en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au Droit et à un contrôle juridictionnel »³.

Deux points principaux sont à retirer de cette définition : d'un point de vue formel, la régulation est avant tout une méthode, applicable aux normes que ce soit au stade de leur élaboration jusqu'à celui de leur sanction (§1). Au niveau matériel, elle s'applique essentiellement à des secteurs précis de l'économie, visant à juguler la concurrence (§2). Dans les deux cas, elle repose sur un compromis.

§ 1. La régulation : une méthode normative générale

« Action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle », « flexibilité de ses mécanismes », « action régulatrice elle-même soumise au Droit »,... tous ces éléments de la définition précitée reflètent les caractères principaux du modèle de régulation.

Ainsi, elle repose avant tout sur un compromis, une rencontre, entre le monde « privé » et la sphère publique. Cette rencontre est elle-même productrice de normes, qui sont élaborées conjointement par ces deux catégories d'acteurs. Les expressions « mi-directives » et « mi-correctives » en témoignent parfaitement ; ainsi, s'il revient naturellement au « public » de fixer des orientations ou directions, il appartient aux acteurs privés d'établir les corrections et adaptations nécessaires pour une bonne application des normes. Celles-ci sont donc créées par un double processus, une convergence entre, d'une part, les pouvoirs publics et, d'autre part, leurs propres destinataires, chaque partie apportant une pierre à l'édifice juridique applicable.

En cela, la régulation se distingue nettement de la réglementation, entendue au sens le plus strict, c'est-à-dire celui de l'action interventionniste, étatiste et unilatérale. Le plus souvent d'ailleurs, la déréglementation d'un secteur amène naturellement à sa régulation⁴, au sens qui a été précédemment évoqué. Elle semble en effet de plus en plus plébiscitée, de par les avantages qu'elle offre, en tant que modèle : une plus grande flexibilité de la norme, tirée à la base d'un certain pragmatisme ; une légitimité accrue, grâce à la participation des destinataires des normes ; une prévisibilité de celles-ci, ainsi qu'une grande adaptabilité (le système tend à ce que les règles soient les plus individualisées, adaptées aux cas d'espèce) ; une faculté d'évolution beaucoup plus rapide ; une responsabilisation des sujets de Droit concernés.

De manière générale, la régulation marque un nouveau pas en faveur de la « démocratie participative » et tend à réduire l'écart entre gouvernants et gouvernés. Si certains rêvent déjà d'un

³ CORNU Gérard, « Vocabulaire Juridique », 7^{ème} éd., juin 2005, PUF, pp. 778-779 ;

⁴ BOY Laurence, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 37, p. 3032 ;

modèle transversal, applicable à toutes les branches du Droit, la notion reste sectorielle à l'heure actuelle.

§ 2. La régulation : une existence encore sectorielle

A ce jour, le modèle en question existe dans des secteurs particuliers de l'économie. La régulation s'y applique ainsi subsidiairement à la libre concurrence, qui reste de principe (A) ; en tant qu'exception, elle vise à maintenir le respect de principes établis, et à concilier ceux-ci avec la concurrence (B). L'exemple des médias électroniques sera maintenant privilégié dans les développements qui suivent.

A. L'application à un secteur concurrentiel

C'est l'une des caractéristiques principales du modèle de régulation, entendue bien sûr dans un sens restreint. C'est d'ailleurs celui que retient Marie-Anne Frison-Roche, dans sa propre conception du droit de la régulation, dont elle est spécialiste⁵. Selon elle, le modèle s'applique quasi exclusivement à des secteurs partiellement ouverts à la concurrence, ou bien à des secteurs dont l'ouverture à la concurrence est en cours. L'on pourrait presque considérer qu'il s'agit d'un modèle transitoire ou évolutif ; d'ailleurs, les quelques exemples existants démontrent l'existence de différentes formes de régulation.

Le secteur de l'audiovisuel, et plus généralement des médias électroniques, entre parfaitement dans le schéma précité. Ainsi, comme susmentionné dans l'introduction, la libéralisation puis la privatisation du secteur depuis les années 80 ont amené au développement d'une certaine régulation, dont le CSA a la charge. Le développement croissant des moyens techniques et du nombre d'opérateurs ne permettait en effet plus au Parlement de soustraire ce marché à la compétition. Le pouvoir a donc été transféré à une autorité administrative indépendante, théoriquement libérée de l'emprise du pouvoir politique, ce qui constitue un premier facteur de confiance et de légitimité pour les opérateurs concernés. Le CSA a ainsi assumé un rôle d'interface entre le privé et le public, la rencontre se traduisant notamment par le conventionnement des chaînes hertziennes. Le modèle n'est maintenant plus viable, comme nous l'avons vu précédemment ; le CSA ne peut plus, à son tour, contrôler l'ensemble des programmes, ni conventionner l'ensemble des opérateurs. C'est ainsi qu'il a officiellement annoncé, en début d'année, vouloir renoncer à ses pouvoirs de contrôle ; celui-ci va donc être transféré aux acteurs du secteur eux mêmes, ce qui marque une nouvelle étape, voire l'avènement d'une nouvelle régulation.

Le passage de la réglementation pure et simple à la régulation se fait donc de manière très progressive pour les médias. Le développement de la concurrence doit en effet faire face à des principes généraux dont le respect reste une priorité pour les pouvoirs publics.

B. Le respect d'un principe non économique

C'est là la deuxième caractéristique du modèle de régulation, telle que Mme Frison-Roche le conçoit : la concurrence développée dans un secteur doit se concilier avec un principe non économique qui lui est propre. D'un autre point de vue, il y aura régulation chaque fois que la libre concurrence mettra en danger un tel principe.

S'agissant des médias, les principes à respecter sont nombreux, ce qui a d'ailleurs fondé la légitimité du pouvoir de sanction du CSA : pluralisme des courants de pensées et d'opinions, protection de l'enfance et de l'adolescence, protection de la langue française, conditions de production des œuvres diffusées, réglementation de la publicité et du parrainage, régime de diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles, quotas de diffusion,... Le rôle

⁵ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, n°7, p. 611 ;

régulateur de l'autorité précitée supposait, face à ces principes, le cumul de nombreux pouvoirs, allant de l'élaboration des normes jusqu'à leur sanction. Néanmoins, face aux dernières évolutions techniques, ce cadre rigoureux peut être qualifié de *trompe l'oeil*⁶ : en effet, le respect de toutes ces obligations devient si illusoire désormais que même l'instance de régulation ne peut plus en assurer le contrôle. Le modèle originellement établi est donc obsolète. Une évolution est nécessaire, dont la première étape sera de dégager la régulation du cadre réglementaire dans lequel elle est enfermée.

Il nous faut maintenant sortir d'une vision figée de celle-ci afin d'envisager les adaptations nécessaires pour un bon contrôle des contenus. Préalablement, il nous faut nous interroger, dans une perspective théorique, sur les implications à établir.

Section 2. Adaptabilité pratique de la régulation en tant que modèle

Les éléments évoqués précédemment caractérisent pleinement le concept de méthode normative que constitue la régulation. Il s'agit d'une méthode reposant, comme nous l'avons vu, sur le « partage », entre le public et le privé, du processus normatif. Néanmoins, ses applications concrètes peuvent être très variables selon les secteurs, les acteurs et les ordres juridiques concernés. Autant d'exemples dont nous pouvons nous inspirer pour le contrôle des programmes, afin de tenir compte des spécificités propres à certains médias.

Dès lors, en tant que modèle, sa pluralité doit être envisagée, aussi bien au niveau institutionnel (§1) qu'au niveau matériel (§2).

§1. Une régulation institutionnelle plurielle

Comme susmentionné pour l'exemple audiovisuel, le modèle de régulation n'est pas figé, même s'il en existe une définition « générale et absolue ». Au contraire, il est non seulement évolutif, mais aussi adaptable, en fonction des circonstances de temps, de lieu et de volonté. C'est ainsi qu'il en existe différents modèles actuellement, dont la variation repose sur le degré d'initiative laissé aux acteurs privés et sur la présence et le rôle d'une autorité administrative.

Ainsi, si l'on se plaçait dans une perspective évolutive d'affranchissement du pouvoir politique, le modèle le plus abouti serait celui de l'autorégulation. Ici, nul besoin d'une intervention publique, nul besoin d'une autorité, tout est régulé par les acteurs privés. Tel est le cas aux Etats-Unis pour de nombreux secteurs, dans lesquels ce sont les opérateurs eux-mêmes qui fixent les règles applicables et les sanctions corrélatives. Tel est aussi le cas, dans une moindre mesure, pour la société de l'information, qui occupera une place prépondérante dans nos développements ; en effet, nombreux y sont les codes de conduite, les chartes de déontologie (exemple : pour la collecte des données personnelles), les normes spontanément créées, ... Loin d'être dans un vide juridique, les questions de droit et de société qui se posent sur l'Internet « se résolvent dans la pratique par un mélange d'autodiscipline des acteurs et d'application du droit commun avec quelques adaptations »⁷.

A un degré moindre dans l'échelle précitée, viendrait le modèle dit de co-régulation, qui semble être le plus adapté au cas français. Également appelée régulation coopérative, elle repose sur un accord entre pouvoirs publics et acteurs privés concernés ; à mi-chemin entre la réglementation et l'autorégulation, elle se fonde sur une contractualisation de la norme applicable. Malgré les interprétations et conceptions divergentes, des caractéristiques précises peuvent être dégagées de la

⁶ CHEVALLIER Jacques, « Les mutations du secteur français de la communication – opérateurs globaux et instances de régulation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 01/01/99, n° 1, pp. 43-57 ;

⁷ PAUL Christian, *Du droit et des libertés sur Internet, Rapport au Premier Ministre*, La documentation Française, Collection des rapports officiels, 2001, p. 23 ;

co-régulation : le consensus entre le public et le privé ; la représentativité des secteurs concernés ; la fixation publique d'objectifs précis ; l'élaboration pragmatique et privée des normes ; la validation de celles-ci par les pouvoirs publics ; une activité de surveillance et de contrôle partagée entre le public et le privé, le plus souvent grâce à un organisme indépendant⁸. Le système actuel de régulation fournirait déjà une bonne base pour aller en ce sens. Nous y reviendrons ultérieurement.

Enfin, il existe également des variantes du modèle, fondées sur le nombre d'instances de régulation compétentes. Ainsi, on parle de multi régulation ou d'inter régulation lorsque plusieurs autorités sont compétentes pour un même champ matériel. Chacune agira dans un domaine particulier, mais le fera en collaboration avec les autres. Différentes procédures permettent de développer cette collaboration ; le meilleur exemple que nous ayons est celui des demandes d'avis que peuvent s'adresser les autorités les unes envers les autres. Cette approche institutionnelle de la régulation est également adéquate au cas français ; il existe en effet déjà plusieurs autorités potentiellement compétentes pour le contrôle des programmes.

Tous ces exemples nous démontrent le grand pragmatisme, l'universalité de la notion de régulation. Ses applications sont en effet toujours adaptées aux cas d'espèce et, dans la perspective qui nous intéresse, la convergence des autorités et des réglementations ne doit pas contrevenir à une certaine adaptation aux spécificités existantes.

Avant d'y venir, il nous reste à exposer brièvement l'aspect matériel, normatif, de la régulation.

§2. Une hiérarchie des normes élargie

La régulation impose en premier lieu de repenser la hiérarchie des normes. En effet, une place plus importante doit être accordée au niveau « informel », issu de la société civile, des acteurs privés eux-mêmes. Ces normes, déjà évoquées, peuvent prendre la forme de codes de conduite, de chartes de déontologie, ou tout autre forme, y compris contractuelle. L'essentiel n'est pas là.

Le plus important réside en l'insertion de ces règles « professionnelles » dans la hiérarchie des normes. Leur respect et leur légitimité sont en jeu ; elles seront en effet beaucoup mieux acceptées par leurs destinataires, puisqu'ils se trouvent pour partie à leur origine. L'autre partie de celle-ci étant bien sûr publique, il est nécessaire d'établir des procédures de validation de la norme par les autorités publiques, afin de vérifier leur conformité aux principes généraux fixés par la loi et le règlement.

Ces derniers voient également leur place remise en question dans une certaine mesure. Ainsi, dans ce modèle, il ne leur appartient que de fixer des principes généraux ou orientations, et d'établir des cadres dans lesquels se développeront des normes plus précises et adaptées aux réalités (telles les chartes précitées). Le but poursuivi est de favoriser la réalisation de résultats plutôt que les moyens pour y parvenir ; la plus grande initiative est donc laissée aux opérateurs privés pour se conformer auxdits principes. Leur concertation est censée déboucher sur la création de règles parfaitement adaptées à leur situation. L'évolutivité de ces règles n'en sera que plus grande, le processus de création normative étant beaucoup plus rapide, si ce n'est parfaitement réactif aux changements de situation matérielle. C'est de là que la régulation tire le grand pragmatisme qui la caractérise.

De plus, la révision de cette hiérarchie ne se fera pas de manière sectorielle ; elle concernera différentes branches du Droit applicables à une même situation, d'où la convergence précitée des autorités de régulation ; en cela, le modèle est transversal et constitue également une convergence même des réglementations. Néanmoins, mieux vaut ne pas raisonner en des termes trop généraux ;

⁸ FENOULHET Timothy R., « La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Petites Affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 9-15 ;

les spécificités propres à certains éléments peuvent nécessiter un degré de régulation variable de l'une à l'autre. Un bon pragmatique exige d'en tenir compte même à ce niveau et de moduler le système en fonction de son champ d'application.

Au-delà de la nouvelle hiérarchie des normes ainsi considérée, la collaboration accrue entre le public et le privé passe aussi par un partage du pouvoir de contrôle et de sanction. Une sorte d'auto surveillance est ainsi développée par les acteurs les uns envers les autres ; le constat d'une infraction et sa sanction pourra donner lieu à différentes procédures, dont la gradation permettra une certaine souplesse. Ainsi, il est concevable d'établir des procédures préalables de règlement des différends, ainsi que des sanctions professionnelles prononcées par des organismes privés. Les violations les plus graves reviendraient alors au pouvoir de sanction de l'autorité de régulation, toujours présente.

Cette dernière pourra également bénéficier d'un certain pouvoir de recommandation si besoin est, par exemple pour donner une certaine interprétation des principes contenus dans la loi ou le règlement.

Ces différentes implications concrètes, brièvement évoquées, pourraient constituer un modèle efficace de contrôle des programmes, adapté aux réalités techniques de la société de l'information et des médias électroniques. Ces derniers s'affranchissent de plus en plus de la réglementation, trop lourde, qui pèse sur eux ; les quelques balbutiements de régulation n'ont pas suffi pour dégager le Droit applicable. Ce dernier ne pourra l'être que par une nouvelle évolution de son processus de création et de sanction, soit par un développement de la régulation. Contrôler l'ensemble des contenus est physiquement impossible ; une nouvelle légitimité est nécessaire.

Conclusion du chapitre I

Les développements qui viennent de se terminer ont permis de saisir la place du concept de régulation dans l'ordre juridique contemporain. Celle-ci se fait maintenant en faveur d'un rééquilibrage du pouvoir normatif entre le public et le privé. Comme nous l'avons mentionné, la solution d'une pareille équation peut être variable selon le domaine concerné, en fonction de la forme comme du fond. Sans pouvoir anticiper pleinement sur les changements à venir, nous tentons d'envisager quelles seront les bases de la régulation du demain, s'agissant des nouveaux programmes dans leur globalité.

Comme susmentionné, différents domaines se trouvent concernés s'agissant de la régulation des nouveaux médias, spécialement celle de leurs contenus. La convergence technique amène à un rapprochement d'activités et de situations dont le point commun est le support de diffusion, autrement dit, le contenu ; ces mêmes activités étaient jusque là clairement distinctes d'un point de vue technique⁹.

Ainsi, au-delà des seules questions relatives aux contenus, la protection des données personnelles, la réglementation de la publicité et du parrainage, ou encore les questions techniques en matière de télécommunications sont autant d'éléments qui se trouvent liés par les nouveaux types de contenus et de pratiques. Une réelle convergence des réglementations et des autorités de régulation doit en être tirée.

Dans l'attente de l'institution d'une autorité européenne, il ne nous paraît pas nécessaire d'établir une nouvelle autorité de ce type au plan national. Si le Forum des Droits sur Internet a pu, un temps, jouer ce rôle, constituant un lieu de rencontres, d'échanges et d'informations, son champ de compétences ne semble pas devoir s'étendre aux nouveaux médias et contenus. Mieux vaut conserver les autorités existantes, en révisant leurs compétences, en développant leur collaboration et en valorisant la place des acteurs privés dans le processus normatif.

Corrélativement, un certain nombre de principes protecteurs des personnes devront être maintenus. L'évolution du concept de régulation en droit français doit se faire sur les bases de l'existant, de ce qui est déjà acquis ; même si une dynamique est en œuvre, depuis l'éclatement des monopôles publics, l'on ne peut passer du jour au lendemain à une autorégulation pure et dure ! Celle-ci suppose un degré de maturité encore inexistant.

De même, à ce titre, il convient de ne pas généraliser le concept de régulation. Celui-ci n'est pas unique mais pluriel, adapté aux spécificités techniques, économiques, historiques ou autres de chaque secteur. La plus grande prudence doit être de mise dans la prospective qui retient notre attention.

Ainsi allons nous voir, désormais, comment les adaptations à porter à la régulation des contenus peuvent être variables selon leur objet. Deux thématiques principales vont retenir notre attention : le contrôle des contenus, au sens matériel du terme, avec le rôle du CSA en la matière ; la protection des données personnelles, éléments intrinsèques aux nouvelles technologies, avec le rôle de la CNIL. Les autres autorités, telles que le BVP, l'ARCEP, le Conseil de la Concurrence, figureront également au rang des acteurs prépondérants de cette future régulation et nous tenterons d'envisager quelle sera leur place aux côtés des deux autres.

⁹ JEZEQUEL Jean-Pierre, « La convergence ou le brouillage d'une véritable réflexion prospective », *Légipresse*, n° 157, décembre 1998, pp. 153-156 ;

Chapitre II

Le contrôle du CSA face aux nouveaux modes de communication

La loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication donne au Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA, dans son article 3-1 la mission de garantir « l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de communication électronique (...) ». Cette mission recouvre cinq domaines d'action pour le CSA, le pluralisme et l'honnêteté de l'information ; la protection de l'enfance et de l'adolescence ; le régime de diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles ; la publicité, le parrainage et le téléachat ; la défense et l'illustration de la langue française.

C'est à travers ces cinq principes que le contrôle des programmes effectué par le CSA va se dérouler afin de réguler l'activité de communication audiovisuelle et de veiller au respect des textes législatifs par les opérateurs.

Les évolutions technologiques ont poussé le législateur à revoir comme nous l'avons vu les frontières des matières de la communication audiovisuelle et de la communication en ligne. Cette révision a aussi touché le CSA dans son contrôle « classique » avec les opérateurs habituels de la communication audiovisuelle et aussi dans son nouveau rôle d'interface qui ne saurait tarder à apparaître.

Section I. La définition des nouveaux contenus

§ 1. La distinction entre communication audiovisuelle et communication en ligne

Ce qui pourrait caractériser le législateur du XX^{ème} siècle concernant les médias serait l'impossibilité de prévoir le devenir des médias sur le plan technologique ce qui a pour conséquence l'impossibilité de développer une législation pérenne. Ainsi deux domaines se sont détachés, les médias de 1982 et les nouveaux médias absents des premières lois sur la liberté de communication. La qualification du média va entraîner la détermination du droit applicable.

Désormais il n'existe plus un modèle unique de média, que ce soit dans son contenu, son mode de transmission ou dans le rapport qu'il entretient avec le public.

C'est le développement de la câblodistribution et de la transmission satellitaire qui va tout d'abord faire naître un nouveau genre de programmes audiovisuels en parallèles des classiques en clair et gratuits ou payants, il s'agit de la quasi vidéo à la demande et de la vidéo à la demande *stricto sensu*.

En 1989 l'Union européenne dans la directive n° 89 / 552 / CEE du 3 octobre Télévision sans frontières entame le processus de qualification des modes de communication.

Ainsi, la radiodiffusion télévisuelle s'entend de « l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinée au public (...) Ne sont pas visés les services de communication fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, telles que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires ».

Désormais deux types de services vont s'affronter sur le plan juridique.

Les services de la communication audiovisuelle sont soumis à un régime d'autorisation préalable, tout opérateur doit s'engager dans un cahier des charges qu'il signe avec le CSA à respecter la loi et les principes relatifs à la liberté de communication. Les nouvelles technologies, auxquelles appartient le service en ligne, ont quant à elles vogué d'une législation à une autre. D'abord assimilées à la communication audiovisuelle en 1982, puis différenciées en 1986 pour obtenir un régime souple de déclaration préalable par le décret du 17 avril 1987, les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont nécessité un régime spécifique car elles étaient totalement détachées des techniques traditionnelles et proposaient principalement de nouveaux programmes.

Si dès 1982 les services audiovisuels sont définis il a fallu attendre 2004 pour qu'arrive une distinction claire et précise qui délimite les deux genres de communication de l'information. En effet, la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la loi du 21 juin 2004 définit comme « service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons ».

Cette nouvelle mouture des services de télévision qui est suivit de son homologue radio à l'alinéa suivant de l'article 2¹⁰ traduit la volonté tout d'abord du législateur sous l'impulsion des autorités européennes d'adapter l'univers de la communication aux nouvelles technologies. Ainsi la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a pour objet de transposer les directives européennes 2000 / 31 / CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et 2002 / 58 / CE du 12 juillet 2002 sur la protection des données personnelles. Il s'agit de déterminer des règles pour les opérateurs de l'économie numérique pour favoriser le développement de cette nouvelle économie. Ce sont ainsi les acteurs de la société de l'information qui sont visés. Ces opérateurs n'interviennent pas dans la communication audiovisuelle telle quelle est traditionnellement admise, mais agissent principalement dans le milieu de l'Internet. L'expansion des services de fourniture en ligne a entraîné l'obligation de redéfinir les services de radio et télévision.

Le législateur français a face au Minitel puis à Internet slalomé entre l'ignorance de toute spécificité de ces nouvelles technologies, en l'assimilant à la communication audiovisuelle bien connue et encadrée, et au contraire un traitement particulier flou. La musique allant plus vite que la loi si la zone de non droit de cette communication parallèle qualifiée de communication électronique puis de communication en ligne est censée n'avoir jamais existé il était nécessaire de débroussailler cette sphère juridico technologique.

Par les lois du 21 juin 2004 et du 9 juillet 2004 un terme générique est mis en place, la loi de 1986 modifiée dispose dans son article premier que « la communication au public par voie électronique est libre ».

C'est le phénomène de convergence des médias qui va obliger le législateur à revoir la classification effectuée auparavant et à adopter une nouvelle dénomination : la communication par voie électronique. Cette dénomination inclut le principe de neutralité technologique

Si le contenu proposé est identique il s'agit de savoir comment l'on peut encore appliquer au vecteur de ce contenu un droit différent en fonction de son mode de transmission, de sa technologie. Car aujourd'hui la principale différence entre les deux services ici traités se situe sur un plan technologique, sur la mise à disposition auprès du public des contenus. La technologie impliquerait-elle le droit ? La télévision en dehors de la petite lucarne ne serait plus de la télévision tout comme la radio qui, diffusée sur Internet, changerait de qualification pour pénétrer un nouveau domaine juridique.

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle vont permettre une nouvelle délimitation de ces deux types de services.

La communication en ligne et la communication audiovisuelle entrent dans la communication électronique, selon l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée¹¹. Le principe de neutralité technologique est présent dans ce même texte législatif en se fondant sur le contenu pour délimiter le champ de la communication audiovisuelle, il s'agit de « toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne ». Toujours en

¹⁰ « Est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émission comportant des sons ».

¹¹ « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ».

raison de la convergence des médias, ces définitions correspondent à la télévision sur Internet, sur téléphone mobile, au podcasting d'émission radio ou télévisée. Il faut donc aller plus loin dans la distinction pour apercevoir malgré le principe de neutralité technologique tellement mis en avant ces dernières années, se faire devancer par des critères qui apparaissent actuellement désuets et réducteurs.

§ 2. Une distinction en devenir

Nous pouvons étudier l'impasse dans laquelle se trouve momentanément le droit, au regard de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *Médiakabel* rendu le 2 juin 2005. C'est toute la question des nouveaux types de contenu proposés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication qui est traitée dans cet arrêt. Il met en jeu les trois catégories de programmes que nous avons précédemment exposées, les programmes audiovisuels classiques (payants ou gratuits), la quasi vidéo à la demande et la vidéo la demande. Les questions préjudicielles posées à la Cour se rapportent aux critères qui délimitent les services de la société de l'information et les services de radiodiffusion télévisuelle pour déterminer le droit applicable en l'espèce au pay per view. La différence de législation sur les deux types de services peut inciter les opérateurs à revendiquer un service de la société de l'information afin d'échapper aux législations sur le service de radiodiffusion télévisuelle très protectrices des citoyens-consommateurs et imposant des règles sur la préservation d'un pluralisme des médias et de la culture européenne.

Le service de la société de l'information se définit à l'article premier de la directive n° 98/34/CE comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire ». Cette définition comprend trois éléments, la notion de service qui implique une activité économique et indépendante¹², le fait que ce service soit effectué à distance et enfin qu'il soit fourni en ligne, par voie électronique. Internet apparaît le receveur idéal.

Le service de radiodiffusion télévisuelle répond quant à lui à la définition donnée par l'article premier de directive n° 89/552/CEE « l'émission primaire, avec fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés, destinés au public La législation française par la loi du 30 septembre 1986 modifiée, ajoute à cette définition l'élément de simultanéité dans la réception par le public. L'idée de simultanéité renvoie à une passivité du spectateur, il subit la programmation. L'article 2 de cette même loi précise dans son alinéa 4 et 5 le domaine du service de radiodiffusion télévisuelle qui doit « être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant [des images et des sons, ou des sons] ». Il s'agit du mode de transmission « point à multipoint »

La simultanéité semble alors être le point de distinction entre les deux services. Le service en ligne ou société de l'information ne connaît pas réellement le caractère de masse qui caractérise les médias radio et télévision, nous passons du « point à multipoint » à un « point à point »¹³. Dans son arrêt la Cour de justice des Communautés européennes met l'accent sur le fait que dans le service de la société de l'information il est nécessaire qu'il existe une demande individuelle du destinataire, l'interactivité du service en est sa pierre angulaire. La voie électronique est le support du comportement actif de l'utilisateur.

La passivité du destinataire du service ou bien au contraire sa participation dans l'agencement des programmes du service, met en exergue la notion de public. Si la commande du programme est

¹² Suivant l'article 50 CE

¹³ Cf. l'annexe V de la directive n° 98/34 les services transmis « point à multipoint » ne constituent pas des services de la société de l'information.

individuelle existe-t-il un public ? Selon les textes en vigueur et leur interprétation, l'inexistence d'un public résultant de la commande individuelle dans le système en ligne est déterminante pour exclure ce service du cadre juridique de la communication audiovisuelle et même si le contenu mis à la disposition du public est le même que celui d'un service audiovisuel, si l'opérateur à l'origine du service est aussi un acteur de l'audiovisuel, ce qui remet en cause par là même le principe de neutralité technologique et démontre la relative efficacité des définitions et des critères de distinction.

Un certain flou s'installe en raison de l'apparition de nouveaux concepts mêlant les deux types de communication ici étudiés. Le streaming qui est le flux continu de données audio ou vidéo qu'un serveur envoie à un internaute et qui peut être écouté ou regardé en temps réel non pas sur une demande individuelle se situe à mi-chemin des deux services, tout comme les programmes audiovisuels qui sont proposés en deuxième visionnage ou écoute sur internet. La neutralité technologique voudrait que leur usage premier les marque pour les exploitations futures mais ce n'est pas le cas. Messieurs Corentin Pouillet et Pascal Reynaud¹⁴ le soulignent, la question qui est désormais centrale est celle « de la réglementation des contenus audiovisuels diffusés à la demande » et ce sur quelque support que ce soit car l'actualité nous le démontre, sont en concurrence des contenus nouveaux et spécifiques aux nouveaux médias ou il s'agit simplement d'une sorte de recyclage de programmes déjà éprouvés dans les médias de masse. Il s'agirait désormais de réglementer en fonction du type de contenu et de réhabiliter le principe de neutralité technologique. La Commission européenne envisage la construction d'un cadre juridique spécifique à la fourniture électronique de contenu audiovisuel distinguant les règles fondamentales communes aux deux types de services et des règles particulières s'appliquant aux services audiovisuels linéaires¹⁵. Des critères plus détachés du contenu pourraient être mis en œuvre en se fondant sur le mode de transmission qui renvoie à la distinction d'une transmission « point à multipoint » et « point à point ». Le rôle du destinataire serait aussi à prendre en compte, l'interactivité du service relevant de la société de l'information tout comme un dernier élément, la confidentialité du service. La confidentialité du service fait intervenir la notion de public à nouveau, est confidentiel un contenu destiné à un individu isolé et individualisé, non à un public vu comme une masse anonyme et abstraite.

Néanmoins il est à remarquer que ces trois éléments sont eux aussi d'une relative efficacité. Un public potentiel existe sur les services de l'Internet, le téléchargement par plusieurs personnes d'un même contenu dans un mode de transmission « point à point » apparaît comme illégitimement distinct de la transmission « point à multipoint ».

La distinction demeure cependant essentielle dans notre univers juridique qui envisage le monde de la communication et de l'information comme un espace binaire recouvrant les services de la société de l'information et ceux de la radiodiffusion télévisuelle. En outre l'accès aux nouvelles technologies, qui fondent les contenus, est très ouvert à des catégories de public qu'il est nécessaire de protéger comme les mineurs. La télévision sur les téléphones mobiles cesserait-elle d'être de la télévision et de répondre au contrôle du CSA ?

Pourra t-on podcaster tout sans contrôle de la provenance et de l'identité du destinataire (la confidentialité du service de la société de l'information et de la communication est ici en jeu).

¹⁴ POULLET Corentin, REYNAUD Pascal, « Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle : une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias ? », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, septembre 2005, p.58.

¹⁵ Conférence de Liverpool sur l'audiovisuel de la DG Société de l'information et des médias de la Commission européenne de juillet 2005, <http://www.eu2005.gouv.uk>

Section II. La régulation des nouveaux programmes et de leur initiateurs

§ 1. Les missions traditionnelles de contrôle des programmes du CSA adaptées aux nouveaux médias

Parmi les missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel, trois d'entre elles vont trouver une application spécifique dans les matières qui nous intéressent et elles vont devoir se combiner avec les objectifs définis lors du rapport annuel de 2004 du Conseil. Les objectifs qui vont à présent guider le travail du CSA sont la volonté de supprimer les disparités historiques injustifiées, rapprocher les futurs accords concernant les nouvelles technologies des conventions de la TNT et enfin introduire des stipulations communes à l'ensemble des services.

En harmonie avec ces principes directeurs, les missions traditionnelles du Conseil, le respect de la dignité de la personne humaine allié à la protection de l'enfance et de l'adolescence, le respect de l'ordre public et le pluralisme, vont encadrer l'évolution de ces nouveaux modes de communication.

Le pluralisme au sein des nouveaux modes de communication va se diviser en plusieurs branches. Le pluralisme politique doit être contrôlé, les phénomènes de concentration des opérateurs et le pluralisme dans l'offre faite au public¹⁶.

Les règles concernant le pluralisme lors d'une période électorale vont trouver une application directe et logique aux programmes qui vont dériver sur d'autres récepteurs seulement si les services nouveaux appartiennent à la communication audiovisuelle donc s'ils reprennent une programmation en flux. On peut imaginer que lors des élections présidentielles de 2007, les radios généralistes vont proposer sur leurs sites Internet en podcasting les interventions des différents hommes et femmes politiques des divers partis avec la même variété que dans leur programmation hertzienne. Certes l'auditeur podcastera l'intervention de son choix au même titre qu'il est libre de suivre ou non un débat télévisé ou radio diffusé, ce n'est pas le choix personnel de l'individu qui est l'élément déterminant mais l'offre face à laquelle il se trouve. Mais un autre cas posera problème, celui des podcast et blogs qui fleurissent sur la toile sans avoir une éthique favorisant le pluralisme ou tout simplement en étant politisés. Ces podcast et blogs doivent-ils être pris en compte par le CSA dans le comptage du temps de parole ? La réponse est apportée par Monsieur Francis Beck membre du CSA et chargé du groupe de travail sur les nouveaux médias et du groupe de travail sur « pluralisme et déontologie de l'information, campagnes électorales »¹⁷. Le contrôle du CSA redéfinit par les lois de 2004 se limite à la communication audiovisuelle et ne comprend donc pas la communication en ligne à laquelle appartiennent sites de podcast et blogs. « Dans ces conditions, les interventions des candidats à l'élection présidentielle de 2007 qui seraient véhiculées par d'autres types de services sur Internet comme des services de podcasting ne sauraient être prises en compte par le CSA au titre de leur temps de parole », l'application du droit commun électoral se chargera de ce contrôle. Deuxième axe intéressant la politique dans les nouveaux modes de communication, la présence dans ces nouveaux médias de publicité politique (forme de campagne électorale interdite à la radio et télévision), Monsieur Beck renvoie à une prochaine décision du législateur qui, selon lui, devrait suivre par analogie les règles relatives à l'audiovisuel par respect de l'égalité entre les candidats.

¹⁶ Le public est ici entendu au sens large comme potentiel public, qu'il soit constitué d'une masse d'individus répondant alors à l'exigence de la loi du 30 septembre 1986, ou comme personne individualisée.

¹⁷ Interview de Francis Beck du 30 janvier 2006 pour le *Blog de Netpolitique*.

Le pluralisme connaît aussi des exigences du point de vue de la diversité de l'offre et des phénomènes de concentration s'exerçant sur les opérateurs. Les nouveaux modes de communications ont favorisé l'arrivée de nombreux acteurs étrangers à la communication audiovisuelle, mais qui par leur activité proche de cette communication, vont concurrencer les acteurs traditionnels de ce secteur. Pour faire face à ces géants venus pour la plupart de la télécommunication, les opérateurs de l'audiovisuel ont dû s'allier, fusionner. Le mariage de TPS et du groupe Canal+. Le ministre de la culture et de la communication Renaud Donnedieu de Vabres¹⁸ a lui-même reconnu que ce rapprochement répondait au nouvel environnement technologique et à un besoin économique. Le ministre précise que si de telles alliances pouvaient se justifier, elles ne devaient pas remettre en cause le pluralisme dans l'offre des programmes et le pluralisme économique.

Le respect de l'ordre public voit son intérêt ravivé par les nouvelles technologies. L'exemple récent de l'affaire Al Manar chaîne de télévision libanaise démontre l'implication du CSA. Cette chaîne proche d'un groupement terroriste était reçue par voie satellitaire en France. La législation française soumet les chaînes satellitaires à un conventionnement avec le CSA, la convention permet la reprise des principes fondamentaux de la loi de 1986 car s'il suffit d'une simple convention après déclaration du service et non d'une autorisation préalable c'est en raison de la plus grande disponibilité d'accès, la rareté des fréquences passant au second plan. Dans le cas de la chaîne Al Manar sa diffusion est intervenue avant qu'elle passe une convention. Suite à des programmes antisémites et à une demande en référé du Conseil supérieur de l'audiovisuel, la chaîne a elle-même fait la demande d'un conventionnement. Après de nouveaux propos antisémites, le Conseil a pu grâce à un changement législatif introduisant le référé audiovisuel faire cesser la diffusion de la chaîne par une décision du juge des référés du Conseil d'Etat en date du 13 décembre 2004¹⁹. Cet arrêt de la diffusion n'a pu être réalisé que parce que la société satellitaire qui jouait l'intermédiaire tombait sous le coup de la compétence du juge français. La défense de l'ordre public a ici été préservée, mais Al Manar est toujours disponible sur Internet dans une retransmission quasi-totale. L'intérêt du CSA dans les nouvelles technologies et dans la redéfinition des catégories de communication audiovisuelle et de communication en ligne, afin de ne pas laisser échapper à son contrôle des services s'apparentant en réalité à de la communication audiovisuelle mais qui par leur mode de diffusion en est détourné. Il n'est pas ici encore question de transformer le régime préventif existant. La neutralité technologique devrait venir en renfort pour que les programmes à l'origine audiovisuels ou destinés à être diffusés simultanément à un public gardent leur caractère audiovisuel quelque soit le récepteur final, ce qui aurait pour conséquence d'élargir le champs de compétence du CSA. Les évènements ont bousculé le schéma traditionnel concernant les chaînes extra-communautaires. La loi du 23 janvier 2006 dite « loi anti terroriste », a supprimé toute nécessité de conventionnement par le CSA des chaînes extra-communautaires, le CSA devient alors pour ce type de chaînes une autorité répressive qui agira *a posteriori* dans la régulation des contenus. Par ce même moyen, la liberté de communication redécouvre une plus ample application.

Enfin le point le plus sensible, qui touche toujours les médias traditionnels et devient encore plus problématique avec les nouveaux modes de communication, concerne la protection de l'enfance et de l'adolescence. L'enjeu de cette protection dépasse même l'unique cadre de la communication, qu'elle soit audiovisuelle ou en ligne. Les comportements sociaux apparaissent chez les jeunes sujets en lien avec leurs sources d'information, la violence sous quelque forme que ce soit nuit aux enfants. De plus la protection doit toucher les enfants non comme simple spectateur, receveur d'information mais comme personnage actif de la société de l'information.

¹⁸ Interview donnée à LCI le 12 décembre 2005.

¹⁹ Confirmé par le Conseil d'état dans un arrêt du 6 janvier 2006.

La protection de l'enfance et de l'adolescence bénéficie de nombreux textes législatifs bien souvent issus du droit européen et communautaire. La directive télévision sans frontières du 3 octobre 1989 modifiée en 1997 apporte deux séries de protection dans son article 22 en passant par une interdiction absolue « des programmes susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique ou moral des mineurs », et un encadrement pour les programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement des mineurs. La convention télévision transfrontière va doubler ce système avec en ajout, l'interdiction de diffuser des programmes qui mettent en valeur la violence, des comportements contraires aux bonnes mœurs et contiennent de la pornographie. Ces dispositions semblent difficilement souffrir d'exception lorsque le programme licencié change de support et pourtant c'est ce qui se déroule actuellement. Un journal télévisé ne diffusera pas les mêmes images dans sa version audiovisuelle que dans sa version pour podcast, le changement de statut allège les réglementations. L'Internet ne pose pas uniquement un problème dans la reprise des programmes audiovisuels mais également dans la création de contenus spécifiques à ce média et qui vont s'élargir à la téléphonie mobile. La représentation du sexe, la pornographie est le plus grand danger pour le jeune public de ces nouveaux médias, tous les médias ont eu un développement de leur contenus liés à la pornographie exponentiel, le minitel rose, les messageries roses, les chaînes spécialisées dans le « X », le phénomène économique que représente ce genre de production et de distribution est un frein à une réglementation efficace. Le moyen, vers lequel le CSA et le législateur se tourne aujourd'hui pour contrôler l'accès des mineurs à de tels contenus, est le contrôle parental. L'article 6 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique met à la charge du fournisseur d'accès Internet une obligation d'informer les abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à des services ou de les sélectionner. L'opérateur de téléphonie mobile SFR a débuté en avril 2006 une campagne publicitaire relative à la télévision sur mobile pour sensibiliser les parents sur le contrôle parental (bien entendu cela s'inscrit aussi dans une démarche commerciale). C'est avec l'Europe comme nous allons le voir que le CSA entre autre devra réinvestir sa politique de protection de l'enfance et de l'adolescence.

§ 2. Les opérateurs classiques premiers éditeurs de nouveaux médias

Dans la course aux nouvelles technologies, certains opérateurs classiques ont traîné des pieds n'imaginant pas que la radio et la télévision pourraient un jour être détrônées par d'autres modes d'information ou tout simplement être transposées sur d'autres récepteurs moins anodins et mobiles. La TNT (télévision numérique terrestre) a été perçue par de nombreux jeunes opérateurs audiovisuels comme une porte ouverte sur le monde, facile d'accès, pleine de possibilités, les limitations de la fréquence hertzienne ayant si ce n'est disparue, obtenue une grande amplitude. Paradoxalement certains gros opérateurs déjà installés sur le domaine hertzien à l'instar de TF1 ne s'y sont intéressés qu'à la dernière minute ne souhaitant pas voir de potentielles zones publicitaires leur échapper et ont suivi le mouvement des autres.

Par la suite les nouvelles technologies de l'information et de la communication semblent prises aux pièges des acteurs déjà largement présents dans la communication, la communication au sens large du terme car effectivement dans les technologies exposées précédemment ce sont les opérateurs de l'audiovisuel et des télécommunications qui sont entrés en action. C'est justement ce mixte d'intervenants qui va encore plus complexifier la mission de contrôle des programmes du CSA.

La loi du 30 septembre 1986 divise la réglementation relative à la liberté de communication entre le domaine hertzien et le domaine non hertzien. Il n'existe alors aucune convergence juridique entre ces deux sphères contrairement à la réalité technique. « Du local à l'international, de l'hertzien au câble et au satellite, de l'analogique au numérique, les mutations de l'environnement

technologique, industriel et juridique posent en effet de nouveaux défis à la régulation de l'audiovisuel »²⁰.

Le premier défi que va devoir relever le CSA est la télévision sur téléphone mobile. L'existence de deux types de ressources pour sa diffusion, la télévision par la téléphonie mobile se voit confrontée au CSA en ce qui concerne le domaine hertzien numérique. Ce domaine est privilégié par les opérateurs puisque contrairement au 3G bande passante qui est une ressource non hertzienne n'étant pas soumise à autorisation de la part du CSA, la qualité du hertzien numérique ne décroît pas avec le nombre d'utilisateur sur le réseau. L'indépendance des opérateurs de téléphonie mobile est au prix de la qualité de la réception qui traduit en réalité l'avenir d'une telle technologie. Pourquoi s'abonner à un service de télévision mobile si lors des grands événements, ce sont ceux qui sont principalement visés (la retransmission des manifestations sportives et la communication de leurs résultats furent le premier argument publicitaire), le réseau sature et n'offre qu'une faible qualité. La téléphonie mobile est donc soumise au pouvoir du CSA si elle veut agir sur le domaine hertzien. De novembre 2005 à juin 2006, le CSA a autorisé une phase d'expérimentation de la télévision sur ce nouveau support concernant la région parisienne. Cet événement suit quelques autres démarches telles que l'autorisation faite par le Conseil à la société Nokia d'utiliser du 23 au 26 février une fréquence pour une démonstration de diffusion numérique hertzien dans le cadre du 18^{ème} « 3GSM World Congress » à Cannes. De plus la société TF1 a pu utiliser elle aussi un canal à Paris pour un test de télévision numérique terrestre avec réception sur mobile, du 20 septembre au 10 octobre 2004, cette fois si TF1 ne veut pas se tenir à l'écart des avancées ou plutôt la société est poussée par son actionnaire Bouygues qui est aussi un opérateur de téléphonie.

Le CSA œuvre pour le réseau hertzien quelque soit ensuite le support de la réception. Le domaine non hertzien ne laisse néanmoins pas indifférent le Conseil. En effet, l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 précise que « Tout distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas les fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de radio ou de télévision, dépose une déclaration préalable auprès du Conseil ». C'est à ce régime que sont soumis les services de communication audiovisuelle appartenant aux bouquets Orange et SFR²¹. Cette déclaration prend en compte l'économie du secteur et n'est nécessaire qu'en fonction du budget. L'article 33-1 de la même loi dispose que ne sont soumis qu'à déclaration préalable les services « dont le budget annuel est inférieur à 75 000 euros pour les services de radio et à 150 000 euros pour les services de télévision ». Il s'agit bien là comme l'a souhaité le Conseil dans son rapport annuel de 2004 d'apporter des solutions plus souples pour prendre en considération l'arrivée des nouvelles technologies. Cependant cette souplesse est vue par certains comme un leurre, les services déclarés étant des filiales de grands groupes voulant se dédouaner d'obligations trop leur paraissant trop lourdes lorsqu'elles sont écrites dans une convention²²

Le transfert d'une sorte de communication audiovisuelle²³ sur de nouveaux récepteurs est pour le moment entre les mains d'acteurs traditionnels de l'audiovisuel, de la télévision (chaînes hertziennes, du câble et du satellite). La radio est le deuxième centre d'intérêt de l'émergence de la mobilité dans la communication. Quasiment toutes les radios ont désormais leur podcast vidéo ou uniquement sonore par ailleurs. Cependant comme nous l'avons vu il s'agit alors non plus de flux caractéristique de la communication audiovisuelle mais de stock. Seule « La Radio du savoir » de France Culture est sur un site Internet en flux et demeure de la radio au sens de la loi du

²⁰ Rapport annuel 2004, CSA.

²¹ Source : <http://www.csa.fr/actualite/intervention>.

²² Conférence de Madame Mariani, notes personnelles.

²³ Comme nous l'avons vu la qualification de ces nouveaux programmes est ambiguë surtout lorsque les promoteurs parlent eux-mêmes de télévision, radio.

30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et dans le respect du principe de neutralité technologique. Le podcasting d'émissions de radio n'est plus de la radio puisqu'il n'existe plus de réception simultanée par le public et que les émissions ne constituent pas un programme entendu comme programme principal composé « d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons ». Nous retrouvons ici dans les offres faites au public (qui devient un ensemble de particuliers) un service qui ne relève pas de la loi de 1986 bien que provenant d'un opérateur conventionné par le CSA et qui appartient au secteur de l'audiovisuel. C'est l'apparence que prend son offre qui opère un transfert de classification et de compétence.

Toutefois, le fait que des opérateurs déjà présents dans le secteur audiovisuel traditionnel, s'insèrent en plus dans un domaine non assigné par le Conseil ne les délivre pas de toutes les obligations qu'ils connaissent. Lorsque le programme est repris et par conséquent répond à la définition de service de communication audiovisuelle, la convention passée avec le CSA visant le médias « traditionnel » est élargie aux nouvelles utilisations (ce qui est le cas pour les chaînes de service public par exemple). Les opérateurs ne pourront donc pas tout simplement faire du « copié-collé » de leurs programmes dans la continuité en s'exonérant de leurs obligations résultant dans leur conventionnement hertzien.

Section II. Les prochains modes de régulation des programmes

§ 1. CSA et co-régulation franco-française

Si nous restons centrés sur la régulation des contenus au niveau français, il nous faut envisager l'intervention d'autres autorités, acteurs que le CSA. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel porte bien son nom, il ne traite que du domaine audiovisuel et ne tient pas à s'étendre sur la communication en ligne même si certains aspects de son travail peuvent s'y retrouver. Malgré les vingt-six modifications successives de la loi relative à la liberté de communication il ne semble pas qu'un ultime changement viserait à élargir le pouvoir du Conseil dans les nouvelles technologies, ne serait-ce que pour appliquer réellement la neutralité technologique. La communication en ligne en tant que relais de la communication audiovisuelle par la mise en œuvre du podcasting d'émissions radiophoniques et télévisées demeurera isolée.

Une issue envisageable serait la collaboration ou du moins la prise de contact entre le Conseil qui possède l'expérience, les clés d'une réglementation des contenus efficace et les acteurs directs de la nouvelle communication qui est en passe de devenir la première source d'information. Mêler plusieurs intervenants permettrait une régulation plus souple plus cohérente en n'oubliant aucun domaine et favoriserait le développement des nouvelles technologies en leur laissant une zone de liberté. Les entreprises, les autorités publiques, les consommateurs verraient dans un travail commun une amélioration de la régulation des contenus. La co-régulation regroupe six aspects, il s'agit d'un consensus entre les parties intéressées, cet engagement bénéficie du soutien dans les secteurs des intervenants, la précision des solutions apportées par cette co-régulation dans le cadre d'une politique précise, la co-régulation est validée par les pouvoirs publics, la réalisation des résultats prédomine sur les moyens et un organisme indépendant mixte en assure la surveillance²⁴. La co-régulation vise la définition d'objectifs politiques par les pouvoirs publics et leur mise en œuvre par les intéressés eux-mêmes au sein d'une autorité indépendante et mixte.

Pour le moment le CSA demeure imperméable à une éventuelle collaboration trop ouverte sur la communication en ligne et renvoie au droit commun des différents domaines mis en œuvre. Cependant il ne serait pas du tout utopiste d'envisager une influence du Conseil sur les règles qu'il applique comme c'est le cas pour le BVP (Bureau de vérification de la publicité) qui est une

²⁴ FENOULHET Timothy R., « La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Petites affiches*, 21 février 2002, p.9.

association professionnelle représentant l'autodiscipline de la publicité en France. Le BVP élabore des codes de bonne conduite pour asseoir son autorité. Le CSA reconnaît sa valeur et son travail, « Pour le CSA, le BVP est un partenaire efficace dans la régulation des contenus de la publicité télévisée »²⁵, le CSA n'agit alors qu'*a posteriori* lorsque le système d'autorégulation connaît des dysfonctionnements. La publicité qu'elle soit sur Internet, téléphone mobile, demeure de la publicité et appartient au BVP, le lien qui existe avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel devrait alors perdurer dans ces technologies. Durant l'année 2006, le BVP mettra au point des recommandations pour la publicité sur les nouveaux supports mobiles, le Bureau consultera à cette occasion le CSA tout en étant conscient que le travail du BVP « est de convaincre les gens *a priori* qu'in ne peut pas faire n'importe quoi. »²⁶(Propos du directeur général du BVP, Joseph Besnainou).

De plus, il peut apparaître nécessaire d'opérer un rapprochement entre le CSA et l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes). La télévision numérique terrestre a déjà permis une communication entre ces deux autorités, pour ce qui est de gérer les attributions de fréquences, le CSA fournissant des observations à l'ARCEP pour ce marché. L'ARCEP est habilitée à saisir le Conseil, l'étendue de cette saisie devrait logiquement pouvoir s'ouvrir aux nouvelles technologies qui usent des réseaux de communication dépendant de l'ARCEP qui régule la téléphonie mobile. Sous le premier marché de la téléphonie mobile comme outil de communication privée se cache la téléphonie comme vecteur de communication au public (en ligne à défaut d'être en permanence audiovisuelle). Le caractère gestionnaire de l'ARCEP d'un marché concurrentiel semble se mouvoir dans la même perspective que la préservation par le CSA du pluralisme, encore faudrait-il ici aussi que le principe de neutralité technologique soit réellement respecté et que le récepteur ne modifie pas la nature originelle du message véhiculé.

Les opérateurs ont débuté seuls le contrôle des contenus qu'ils diffusent sur les nouveaux modes de communication. L'attrait commercial est l'élan premier qui a entraîné ces acteurs privés vers une responsabilisation de leur activité, les opérateurs de téléphonie mobile se sont appropriés les règles relatives à la responsabilité des fournisseurs d'accès à l'Internet en mettant en avant dans leur campagne publicitaire les mécanismes de contrôle parental²⁷, des campagnes qui ressemblent d'ailleurs dans leur présentation à la prévention faite par le CSA sur la protection de l'enfance et de l'adolescence. Les chartes de bonne conduite se multiplient, leur force contraignante découle d'une politique commerciale d'image et il est permis de douter de leur validité face à des tribunaux. C'est pour cela qu'un mouvement d'homologation débute de la part de certaines autorités publiques comme par la CNIL. La co-régulation devrait permettre une élaboration plus rapide de codes déontologiques précisant les contenus illicites et indésirables, ici encore les règles qu'applique le CSA trouveront leur utile application.

L'Internet est régulé par la responsabilité des fournisseurs d'accès, ainsi les blogs, qui représentent par leur utilisation un potentiel danger, sont sous la responsabilité de leurs hébergeurs. L'hébergeur s'il n'est pas directement responsable du contenu mis en ligne, il a une obligation de moyen sur les précautions à prendre, il doit être diligent²⁸ tout d'abord pour la jurisprudence avant que le législateur légalise ses obligations.

Les codes de bonnes conduites ont été considérés par les juges comme un engagement contractuel, le moyen de contrôler le contenu des blogs est de transmettre les obligations légales à l'utilisateur qui en participant devient le premier responsable. L'hébergeur à l'exemple de *Skyrock*

²⁵ CSA intervention publique 26 juillet 2005

²⁶ Source <http://www.journaldunet.com>

²⁷ Il est question ici de la dernière publicité pour l'opérateur SFR.

²⁸ TGI, Nanterre, 8 décembre 1999, *Lacoste*.

opère une modération par filtrage de mots clés et par le visionnage de toutes les photos, un message d'alerte et la possibilité pour les visiteurs des blogs de dénoncer des anomalies dans les contenus.

La co-régulation éviterait d'une part une gestion par les autorités publiques a contre courant de la réalité technologique et économique et d'autre part empêcherait une organisation de ces nouveaux secteurs d'activité par des acteurs uniquement. Une autorégulation qui ne serait nullement encadrée par les pouvoirs publics pourrait facilement pécher par un autoritarisme dans sa gestion. L'exemple est fourni par la gestion de l'Internet, L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) gère l'accès à Internet. Même si cet organe a des liens troubles avec l'Etat américain, il entretient un phénomène de pénurie concernant l'accès à l'Internet et est au cœur des débats sur la fracture technologique qui existe dans le monde séparant les pays riches des pays en voie de développement. La régulation de ce domaine par une autorité plus vaste comprenant d'autres pays et prenant appui sur un modèle onusien était l'enjeu du Sommet mondial de la société de l'information de Tunis en 2005.

Pour le moment l'attachement des Etats-Unis à leur domination bloque toute progression au niveau mondial, c'est au niveau européen qu'il faut désormais réfléchir, Internet est doré et déjà devenu européen, la naissance de « .eu » a signé l'arrivée d'une nouvelle ère dans le régulation des nouvelles technologies et de leurs contenus.

§ 2. La régulation des contenus au niveau européen

L'Union européenne a déjà mis au point des systèmes de co-régulation pour des domaines tels que le dialogue social et la normalisation. La volonté de mettre en place une telle organisation pour les nouvelles technologies de la communication est présente. La régulation européenne est la prochaine étape.

L'implication de l'Union européenne dans ce domaine découle d'une part de la nature même des nouveaux modes de communication qui ne connaissent pas de frontières et d'autre part de la directive télévision sans frontières de 1989 qui a pour objectif de faciliter la libre circulation des services de radiodiffusion télévisuelle. En outre la distinction entre service de radiodiffusion télévisuelle et les services de la société de l'information (ou communication audiovisuelle pour le législateur français et communication en ligne) se redéfinit au niveau européen comme nous l'avons précédemment vu.

Les autorités européennes envisagent les nouveaux modes de communication sous l'angle de la convergence des médias. « La convergence a pour effet [...] 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 » a déclaré Thomas Gibbons²⁹. Dans cet examen, deux axes sont à privilégier, « la limitation et la discrimination de l'accès » et « la censure des contenus échangés en ligne »³⁰. La réflexion menée au niveau européen doit aussi tenir compte d'une réalité dans la régulation des médias, « 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 »³¹ c'est toute l'orchestration de la régulation des

²⁹ GIBBONS T., « Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry » in C. Marsen and S. Verhulst (Eds.), *Convergence in European Digital Television*, Blackstone Press LTD., London, 1999, p.155.

³⁰ GIACOMELLO G., « Who is Big Brother? », *5 International Journal of Communications Law and policy*, 2000, p.3.

³¹ MC GONAGLE Tarlach, « Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision est-il applicable aux nouveaux médias ? », *Iris Plus observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2001.

médias qui doit être revue, la différenciation dans le traitement juridique des sources d'information. Les autorités communautaires s'orienteraient facilement vers un système d'autorégulation mais non comme une forme de réglementation en soi mais plus comme une technique dérivée de la réglementation, cette dernière revenant aux Etats membres et aux pouvoirs publics pour répondre à leur mission de protection du public face à un usage illégal et préjudiciable des nouveaux médias. L'autorégulation appelle en réalité une co-régulation, une approche plus anglo-saxonne de la régulation des contenus par une intervention des acteurs privés et publics, l'Union européenne se tournerait alors vers une « autorégulation régulée ».

Le rôle de l'Union européenne doit passer au premier plan car c'est déjà elle à présent qui a mis en place la réglementation relative au quotas de diffusion et de production d'œuvres audiovisuelles européenne et des Etats membres, la protection de l'enfance et de l'adolescence est devenue un axe majeure de la politique communautaire. L'observatoire européen de l'audiovisuel considère comme possible l'adaptation des dispositions aux nouveaux médias³² car elles concernent la liberté d'expression sans se limiter à un média déterminé.

Le Conseil de l'Europe a également une place à tenir dans ce domaine. La convention télévision transfrontière du 5 mai 1989 a pour objectif de faciliter la liberté d'expression et de promouvoir le patrimoine européen par les médias de télédiffusion. L'article 2 de la convention distingue par une suite de définitions le service de radiodiffusion télévisuelle et le service de la société de l'information et rejoint par là la directive télévision sans frontières.

Néanmoins ils existent des textes concernant directement les moyens de télécommunications et les nouveaux médias, mais ils ne font pas référence à une instance de régulation qu'elle soit nationale ou supranationale (que ce soit dans la directive « Télévision sans frontières », celle relative au commerce électronique ou la directive « Transparence » relative aux services de la société de l'information). Il faut rechercher dans les communications de la Commission européenne³³ pour trouver des indications sur les autorités de régulation. Ainsi elles doivent être indépendantes des gouvernements et aussi des opérateurs mais elles doivent mener à bien leur mission en collaborant avec les autorités de régulation des différents secteurs en attendant la création d'une collaboration au niveau européen, une organisation communautaire pointée à l'horizon.

La régulation des contenus se fera par le biais communautaire distinctement de la régulation des médias en eux-mêmes. Cette dichotomie fait partie des nouveaux axes de la révision de la directive « Télévision sans frontières » et appartient aussi au nouvel ensemble de cinq directives visant à simplifier le cadre juridique des télécommunications et à pérenniser les réglementations par l'appréhension des développements technologiques. Le remplacement des deux comités de télécommunications que sont le CEPT et l'ECTRA par un nouveau comité des communications (COCOM) est en discussion, ce nouvel organe permettrait une collaboration des autorités de régulation nationales et de la Commission.

Le travail communautaire se situe également sur le plan de la protection de valeurs essentielles comme la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et de l'information.³⁴ Le livre vert relatif à ce sujet différencie relativement à la protection de l'enfance la pornographie infantile qui relève du droit pénal et l'accès aux contenus pornographiques pour

³² *Ibid*

³³ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 14 décembre 1999, Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique », COM (1999) 657.

³⁴ Livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et de l'information, source <http://europa.eu.int>

adultes par des mineurs. Les autorités communautaires reconnaissent le caractère non absolu de la liberté d'expression et la possible limitation de cette liberté selon un principe de proportionnalité conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les médias traditionnels connaissent déjà des moyens de protection envers les mineurs comme le cryptage des programmes ou des horaires de diffusion tardifs. Les modes de communication en réseau fermé tel que la vidéo à la demande doivent bénéficier d'un régime de responsabilité transparent sur les contenus offerts et classer les programmes mis à disposition. De plus un effort est à faire sur la preuve de l'âge de l'utilisateur (pour le moment cette preuve obsolète et mise en œuvre de façon ridicule sur Internet et également pour les services de téléphonie rose). Un système « *d'opt out* » mettrait la responsabilité et le contrôle parental au centre du dispositif de protection des mineurs. Les réseaux ouverts, comme Internet, doivent être soumis à une co-responsabilité pour communication de contenus nuisibles à des mineurs, la co-responsabilité va pousser les opérateurs à développer une autorégulation passant par des dispositifs de blocage d'ordinateur sur le choix des parents, la mémorisation de la navigation des réseaux et le filtrage systématique des contenus. Le contrôle des contenus doit s'effectuer par élimination en fonction de son utilisateur, non par une éviction définitive.

Pour la défense de ces valeurs fondamentales une organisation supranationale est nécessaire car comme le souligne le *Livre vert* « La disparité (et le manque de transparence) de ces règles nationales rend plus difficile la mise en œuvre des règles nationales existantes dans le cas de services ou de réseaux transnationaux » de plus ceci entraînera des obstacles à l'encontre de la libre prestation de services dans la Communauté et gênera la défense des principes communs dans un contexte international.

Conclusion du chapitre II

L'appréhension des nouveaux modes de communication nécessite une redéfinition des notions de communication audiovisuelle et de communication en ligne afin de mieux les réguler. La régulation qui découlera de cette réorientation terminologique impliquera les différents acteurs de ces disciplines afin de perdurer. La convergence des médias dans leur utilisation même, dans leur économie aussi par le phénomène de concentration doit amener les autorités de régulation

La surveillance des médias en France est en passe de se modifier, en septembre 2006 une réforme de la loi du 30 septembre 1986 doit être présentée. L'objectif de cette réforme est d'accélérer le passage de l'analogique au numérique. Les propositions faites insistent essentiellement sur la technique qui doit permettre une réception de qualité. La technique utilisée est un des points centraux dans le choix de la candidature de l'éditeur et du distributeur par le CSA. Les critères de la procédure d'autorisation sont orientés sur les avantages techniques que les opérateurs peuvent apporter afin d'accélérer la numérisation.

Les critères de la procédure d'autorisation sont orientés sur les avantages techniques que les opérateurs peuvent apporter afin d'accélérer la numérisation et la télévision haute définition. La télévision haute définition devra alors bénéficier d'autorisations particulières du CSA envers les opérateurs tenant compte de la spécificité de cette technologie. La télévision numérique personnelle connaîtra elle deux types de procédures de sélection dont une relative au distributeur de contenu. La modification de l'article 30-1 de la loi de 1986 envisage un appel à candidature spécifique du CSA pour la télévision numérique personnelle, une programmation innovante sera déterminante dans le choix du candidat, mais il reste à savoir si les contenus proposés compteront plus que les performances technologiques des opérateurs. Il reste cependant au législateur à déterminer si seule la communication audiovisuelle intéressera cette réforme ou si la neutralité technologique s'appliquera réellement et que le CSA pourra faire valoir son pouvoir de régulation des contenus sur la télévision numérique personnelle.

L'ambition technologique relèguera t-elle au second rang des priorités les contenus des services proposés ? La rareté des fréquences ne peut désormais plus asseoir un contrôle *a priori* sur les opérateurs quant à leur projet du point de vue qualitatif, le qualitatif se résumant aujourd'hui à des programmes non contraires aux bonnes mœurs. Le CSA ne souhaite pas voir sa compétence s'élargir à la communication en ligne, les services qui en résultent sont pourtant en train de devenir la source première d'information et de divertissement chez le jeune public en particulier. Les opérateurs privés doivent se responsabiliser et être responsabilisés par les autorités publiques sur le modèle du régime concernant le fournisseur d'accès à Internet et en développant les codes de conduite.

Ce qui va le plus modifier le contrôle des contenus est la diversification des contenus eux-mêmes et leur imbrication non plus au seul niveau de la communication basique, les nouveaux modes de communication s'infiltrant à tous les stades de la vie de leurs utilisateurs. L'utilisateur devient créateur de ce qu'il visionne, écoute et devient aussi prisonnier de ce qu'il génère par son activité personnelle. Activité personnelle car elle débute par une demande individuelle comme c'est le cas de la vidéo à la demande, mais le caractère personnel est tout relatif, *Big Brother* est peut-être derrière votre écran à suivre vos envies pour les devancer.

Chapitre III

La régulation des traitements de données personnelles

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 10 décembre 1948, comporte un dispositif essentiel : l'article 12, selon lequel « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Ce texte constitue le fondement essentiel de la protection des données personnelles.

Le traitement de telles données est devenu un élément indissociable des contenus dans la société de l'information. Si la justification première de leur utilisation à ce niveau n'était que technique (nécessités des connexions, mémoire cache, ...), tel n'est plus le cas désormais. Ainsi, les « traces » laissées par les personnes dans leur navigation font désormais office de bracelet électronique³⁵. La traçabilité, ainsi rendue possible grâce à divers moyens techniques (tels que les cookies s'agissant d'Internet), permet d'en établir un profil type, lequel est ensuite utilisé, généralement à des fins publicitaires ; *in fine*, le consommateur est sollicité par des annonces personnalisées et voit souvent sa navigation sur Internet adaptée à ses soi-disant préférences.

Ces techniques, substituant à notre personnalité réelle une personnalité virtuelle³⁶, se sont exportées au sein des nouveaux services.

Ainsi en est-il, par exemple, du site *iTunes* de *Apple*. Le programme *Ministore*, insérée dans la version 6.0.2 du logiciel, permet en effet de suggérer à l'internaute l'achat d'autres titres de musique, d'un même genre que ceux figurant dans sa liste de diffusion. De même, la majorité des sites de vente en ligne sont dotés de pages « personnelles », dont le contenu (et parfois aussi l'intitulé) est adapté au profil de la personne connectée. Ces différents programmes fonctionnent sur la base des données de connexion des consommateurs, données qui deviennent alors personnelles.

Si leur utilisation technique est inhérente au fonctionnement de tels services, toute autre utilisation est soumise à un certain nombre de principes, dont le respect doit être rappelé aux opérateurs concernés (section 1). Une telle obligation se doit néanmoins d'être appliquée de façon pragmatique ; à ce niveau, la dernière réforme des pouvoirs de la CNIL semble nous acheminer vers une régulation plus libérale et donc plus adaptée aux réalités techniques (section 2). L'évolution de la régulation dans ce domaine se fait donc dans le cadre des principes acquis.

³⁵ MALLET-POUJOL Nathalie, « Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information », *Cahiers Français*, n° 296, mai-juin 2000, pp. 59-65 ;

³⁶ FRAYSSINET Jean, « La traçabilité des personnes sur l'Internet », *Droit et Patrimoine*, n° 93, mai 2001, pp. 76-82 ;

Section 1. Maintien d'un principe non économique : le respect des droits des personnes

Sur le fond, le recours à ces données est (théoriquement) autorisé à certaines conditions. La principale est le consentement de la personne concernée (§ 1). Au-delà, l'utilisation des techniques de collecte et de prospection se doit d'être conforme à certains principes protecteurs des consommateurs (§ 2).

§ 1. Le consentement à la collecte : un principe plus que jamais nécessaire

Comme susmentionné dans l'article 12 de la Déclaration précitée, la collecte des données à caractère personnel est confrontée au respect de la vie privée, de la liberté et de la dignité des personnes. Ces éléments sont intrinsèquement présents déjà dans l'immense masse des données à caractère public diffusées sur Internet³⁷ (décisions de justice, informations administratives, informations issues des forums de discussion,...), mais aussi, et cela est beaucoup plus grave, dans les données de connexion laissées par les personnes de façon quasi invisible. Dans les deux cas, leur utilisation est potentiellement attentatoire et ne peut qu'être autorisée par les personnes elles-mêmes.

Ces dernières sont ainsi bénéficiaires d'une obligation, à la charge des organismes responsables de collecte : le principe de loyauté, qui implique que les données ne soient pas collectées et traitées à l'insu des personnes concernées (*a contrario*, leur consentement est nécessaire) ; celles-ci doivent de plus être clairement informées des finalités poursuivies par la collecte ; enfin, ces finalités et les types de données utilisables sont précisément encadrées par la loi Informatique et Libertés (cf. 2.). Le principe figurait déjà dans la version de 1978 de cette loi ; remanié par la loi du 06 août 2004, il prévoit désormais expressément l'obligation d'obtenir le consentement des personnes ciblées (articles 6 et 7 de la loi). La Cour de Cassation vient d'ailleurs d'en faire application, par un arrêt du 14 mars, s'agissant d'une collecte d'adresses électroniques.

Concrètement, le respect de ce principe peut être aisément assuré au vu de la rapidité et de la souplesse d'action que permettent les nouvelles technologies. Nul besoin en effet des procédures longues et complexes du monde matériel ; il suffit que le consentement soit demandé à l'intéressé et recueilli par voie électronique, dans le respect des dispositions relatives à la signature électronique.

Deux méthodes sont possibles, les deux paraissant aisément transposables aux services de la société de l'information et à tous les nouveaux médias : il s'agit des classiques systèmes dits « *Opt-in* » et « *Opt-out* ». Le choix entre les deux se fera souvent en fonction du type de collecte envisagée, sans que les droits des consommateurs en soient pour autant amoindris :

- L'*Opt-in* consiste à obtenir le consentement exprès de la personne, de manière générale ou lors de chaque collecte envisagée ;
- L'*Opt-out* permet à la personne de s'inscrire sur un registre, mis à disposition par le prestataire, signifiant qu'elle refuse, de manière générale, toute collecte de ses données.

Ce deuxième système semble être privilégié en France s'agissant des services de communication en ligne. Mais il sera sûrement nécessaire, du moins recommandé, de développer la méthode *Opt-in* à l'avenir, pour les nouveaux services, étant plus adaptée à l'hyperactivité de ces derniers.

³⁷ BOYER Joël, « L'Internet et la protection des données personnelles et de la vie privée », *Cahiers Français*, n° 295, mars avril 2000, pp. 74-79 ;

Elle peut permettre, *in fine*, de recueillir au cas par cas le consentement des personnes, en fonction des finalités de la collecte ; celles-ci seront certainement de plus en plus variées et il est évident que les personnes peuvent trouver elles-mêmes un intérêt à ce que leurs données soient collectées. Par exemple, comme susmentionné, la fonction *Ministore* de *iTunes* permet de faire connaître au consommateur un choix de musiques adaptées à ses préférences. La publicité alors effectuée apparaît nettement moins agressive pour ce dernier, ce qui révèle bien l'intérêt potentiel des collectes. De plus, le recours au système *Opt-in* est un moyen efficace d'assurer une parfaite transparence de ces dernières, puisque le consommateur devra être informé des finalités poursuivies pour chaque collecte. Libre à lui d'en accepter une et d'en refuser une autre.

La directive européenne du 25 juin 2002, sur la protection des données personnelles dans le secteur des communications électroniques, en fait un principe s'agissant spécialement de la prospection électronique. *L'Opt-out* est relégué au rang d'une exception, fondée sur des conditions cumulatives telles qu'elle s'en trouve obscure et certainement rare dans la réalité³⁸. La transposition de la directive est intervenue avec la loi du 06 août 2004, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement.

Une fois encore, les moyens actuels permettent d'assurer pleinement le respect de ce principe d'information. Ce dernier est un élément essentiel de la régulation des traitements de données personnelles, lesquels restent rigoureusement encadrés.

§ 2. Le maintien d'une certaine réglementation : des limites encore nécessaires

L'exigence de transparence des collectes, telle que nous venons brièvement de l'évoquer, n'est que le prolongement logique de la transparence du cyberspace. Potentiellement, l'intégralité des données relatives à une personne y sont disponibles, qu'elles soient vraies ou fausses. Dans un cas comme dans l'autre, il en est certaines qui ne peuvent être utilisées ; d'autres ne pourront l'être qu'à certaines conditions.

L'encadrement principal de tels traitements découle naturellement de la loi Informatique et Libertés. Les principes qu'elles édictent datent pour certains de 1978 mais sont transposables aux nouveaux médias et services. De manière générale, la problématique des données personnelles cause peu de difficultés face aux nouvelles technologies, les textes étant suffisamment souples pour s'y appliquer sans adaptation majeure. Nous nous contenterons donc de rappeler les éléments principaux de cet encadrement indispensable à une bonne régulation.

Ils tiennent en trois interdictions principales, pesant sur le responsable du traitement.

Tout d'abord, il ne peut commettre un détournement de la finalité déclarée de la collecte ; un tel acte porterait atteinte au consentement de la personne ciblée. Sanctionné par l'article 226-21 du Code Pénal, ce principe trouvera d'autant plus de raison d'être dans l'univers numérique, au vu de la multiplicité des collectes possibles, comme nous l'avons vu.

Ensuite, le responsable ne peut obtenir ces données par un moyen illicite, frauduleux ou déloyal. Cette interdiction est le corollaire logique du principe de loyauté susmentionné ; naturellement, le non-respect du refus de la personne sera analysé également comme un procédé déloyal ; accessoirement, d'autres exigences pèsent sur le responsable : collecte limitée aux seules données pertinentes, adéquates et non excessives, exactes, complètes, mises à jour et conservées pour le temps nécessaire à la réalisation de la finalité du traitement.

³⁸ DROUARD Etienne, « Directive « Communications Electroniques » : la prospection et la traçabilité en question », *Expertises des systèmes d'information*, n° 263, octobre 2002, pp. 338-340 ;

Enfin, et il s'agit ici spécialement du contenu, il ne peut être fait utilisation de données relatives à la vie privée, aux origines raciales, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses, aux appartenances syndicales, à la santé, aux mœurs, sans le consentement exprès de la personne.

Cette dernière exigence paraît répétitive par rapport au principe général de loyauté ; elle se comprend néanmoins à la lumière du système *Opt-out*, à supposer qu'une personne ne se soit pas inscrite sur le registre, acceptant de voir ses données collectées ; une exception était ainsi établie pour ces données, considérées comme les plus sensibles.

Quoi qu'il en soit, ce dernier principe nous conforte dans le sens d'une généralisation du système *Opt-in* ; il sera en effet le seul à même de protéger la vie privée et la dignité des personnes, qui dépassent ces seuls éléments sociologiques. La vie privée peut en effet être perçue à travers les choix personnels, les goûts, les affinités... la limite entre ce qui est librement collectable et ce qui ne l'est pas (la vie privée) sera très difficile à tracer. De même, les libertés fondamentales des personnes sont impliquées dans ce type d'activités. Mieux vaut donc obtenir un consentement éclairé de la personne au cas par cas plutôt qu'une collecte générale aux nombreux risques d'abus. Mieux vaut un système général adapté et réadapté constamment à la personnalité plutôt qu'un principe assorti d'exceptions difficiles à interpréter et aisément contournables par les responsables de traitement.

De toute façon, l'utilisation des données personnelles reste une pratique illusoire, que ce soit pour leurs titulaires ou leurs bénéficiaires. En effet, comment être assuré que les éléments recueillis, tels que les données de connexion ou les œuvres téléchargées, reflètent parfaitement la personnalité du consommateur ? Les critiques de la fonction *Ministore* l'ont clairement démontré, ainsi que les moyens techniques visant à mettre en relation des personnes supposées avoir les mêmes affinités.

Si ces moyens ont une certaine efficacité technique, celle-ci est tout à fait erronée d'un point de vue matériel ou sociologique. Ainsi, par exemple, est-ce qu'un amateur de musique classique *lambda* accepterait d'être mis en relation avec un néo-nazi, les deux ayant en fait téléchargé (à des fins différentes) de la musique allemande, genre Richard Wagner ? Cette hypothèse, *a priori* farfelue, s'est pourtant réalisée. L'intentionnalité échappera toujours même aux techniques les plus perfectionnées, ce qui protège heureusement le dernier bastion de totale liberté de l'individu. Au-delà, il importe de préserver au mieux les expressions de sa pensée.

Le respect des principes qui viennent d'être évoqués est maintenant acquis, même si le nombre d'affaires ne diminue pas. Au moins leur nécessité est-elle reconnue. Le travail assuré par la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) a à ce titre été fort bénéfique. Il continuera de l'être encore à l'avenir, ce pourquoi les pouvoirs de la Commission viennent d'être réformés, afin de mieux imposer la « culture CNIL » au sein des nouveaux médias et services.

Section 2. Adaptation de la régulation : le renouvellement des pouvoirs de l'autorité

La loi du 06 août 2004 est venue modifier celle de 1978, réformant les pouvoirs de la CNIL, autorité de régulation du secteur. Elle fut d'ailleurs la première à porter ce nom lors de son institution.

L'objectif initial de la loi était la transposition de la directive européenne du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Depuis, deux autres directives sont intervenues, en 1997 puis en 2002, alors que la France n'avait pas encore achevé la transposition ; la loi commençait à ressembler à « l'Arlésienne »³⁹ ! Elle prend néanmoins en compte les apports de ces deux derniers textes.

Face aux difficultés croissantes que soulevait le contrôle tel qu'il s'effectuait jusqu'à présent, la nécessité d'en revoir les modalités s'est faite de plus en plus pressante.

Les moyens de contrôle préalable, préventif pourrions-nous dire, sont ainsi assouplis. De plus, la création des « Correspondants Informatique et Libertés » (CIL), placés au sein des organismes recourant au traitement de données personnelles, permettra d'y introduire la culture CNIL avec plus de légitimité (§ 1). Enfin, Les nouveaux pouvoirs privilégient désormais une méthode plus répressive que préventive ; ils s'exercent ainsi *a posteriori* et non *a priori* (§ 2), ce qui ne peut être que plus pragmatique dans le contexte dont il est question.

Le champ d'application de la loi dépasse bien sûr les seuls contenus des nouveaux services ; nous n'avons donc retenu que les éléments les plus pertinents relatifs à cette problématique précise.

§ 1. Des pouvoirs préventifs formellement assouplis

Le recours à un système de déclaration préalable est naturellement plus adapté à un environnement concurrentiel, libéral, que le système d'autorisation préalable. Nous connaissons bien, à ce titre, l'histoire du droit de la presse. Néanmoins, vu, là encore, l'immensité des traitements à contrôler, le maintien d'une telle procédure administrative s'est révélé de plus en plus difficile à assumer pour la CNIL.

Dans l'esprit de la dynamique que nous avons évoquée précédemment, ce constat était prévisible. Du coup, le contrôle se doit d'être adapté au nouvel environnement, dans un sens encore plus libéral. La loi du 06 août 2004 en prend acte, réduisant le contrôle *a priori* (A) et instituant la fonction de Correspondant Informatique et Libertés pour promouvoir ses principes auprès des opérateurs (B). Le rôle de ces derniers pourrait dépasser les simples questions relatives aux données personnelles, du fait de la convergence dont il est ici question.

A. La déclaration préalable désormais reléguée au rang d'exception

La loi procède de deux manières s'agissant des formalités préalables à la création d'un traitement de données personnelles : d'une part, elle établit une classification des traitements en fonction desdites formalités ; d'autre part, elle prévoit un mécanisme d'exemption pour les traitements étant sous le contrôle d'un CIL. De manière générale, la complexité des formalités peut

³⁹ FRAYSSINET Jean, « La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 06 août 2004 : continuité et/ou rupture ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 9, octobre 2005, pp. 50-55 ;

apparaître comme un mécanisme incitatif à l'institution d'un CIL, ce qui ne réduit que plus le champ d'application du contrôle préventif.

Sans entrer dans le détail, il convient de mentionner que la loi, dans sa rédaction nouvelle, permet d'exempter certaines catégories de traitement des formalités préalables de déclaration à la CNIL, ou bien permet au moins de les simplifier. Il s'agit des traitements dont la finalité semble, *a priori*, non dangereuse. D'autres, en revanche, restent soumis à une autorisation de la Commission, utilisant des données relatives à la vie privée et à la dignité des personnes.

A contrario, tous ceux qui ne représentent pas une menace à ces deux éléments peuvent être dispensés de déclaration, ou bien être soumis à une procédure simplifiée. La CNIL est en cela chargée d'édicter les normes relatives à cette simplification de la procédure. Toutefois, la grande complexité de la loi sur ces questions, ainsi que les différenciations établies dans les formalités, semblent en rendre difficile la réalisation. Qu'il s'agisse de dispense, d'autorisation simple ou simplifiée,... tout concourt à rendre le contrôle *a priori* complexe, voire illégitime. L'on se trouve quasiment face à « une usine à gaz, source d'insécurité juridique et d'éventuels contentieux »⁴⁰ !

Un tel dispositif ne se comprend qu'à la lumière des facultés de dispense. En effet, et c'est là un point essentiel, pour les traitements dont l'autorisation n'a pas été expressément prévue par la loi, le responsable peut se dispenser des formalités préalables en nommant un CIL au sein de son organisme ; ce correspondant sera chargé du contrôle du traitement et du respect des obligations légales. L'on comprend mieux pourquoi le contrôle préventif se trouve si contraignant, le but étant d'inciter à la nomination des CIL.

La nouvelle loi privilégie donc un certain libéralisme dans la régulation des traitements de données personnelles. D'un côté, les bases instituées par la CNIL depuis sa création sont suffisamment solides désormais pour pouvoir laisser aux opérateurs privés le soin du contrôle de leurs propres activités. C'est là un élément spécifique à cette problématique, ce pourquoi, d'un autre côté, nous ne pouvons encore généraliser le modèle ainsi créé. Celui-ci ne vaut que pour la protection des données personnelles ; le processus de « libéralisation » y est certainement le plus avancé en ce qui concerne les problématiques liées aux contenus.

L'on ne peut toutefois considérer qu'il s'agisse d'un total relâchement du contrôle en faveur de l'autorégulation. En effet, la loi confère à la CNIL, et à elle seule, la charge d'établir les catégories précises de traitements qui peuvent être exemptées de déclaration (article 24). Cette disposition consacre donc bien le pouvoir réglementaire de la Commission, confortant son rôle d'autorité de régulation du secteur⁴¹. Le pouvoir de contrôle se trouve seulement « décentralisé » avec la fonction des CIL, ce qui donne aux opérateurs une plus grande liberté d'action, tout en assurant le respect des principes prévus par la loi.

B. La fonction des CIL comme principe

L'institution de cette nouvelle fonction au sein même des opérateurs privés semble très prometteuse. De par le recours croissant aux traitements de données personnelles à des fins publicitaires, ou à tout autre finalité que permettent les nouvelles technologies, de par leur association aux contenus consultés par les personnes, bases même de leur réalisation, les risques pour la vie privée sont avérés ; mais, de surcroît, l'impossibilité de tout contrôler l'est aussi. Il était donc opportun de déplacer la charge du contrôle sur la tête des opérateurs, lesquels étaient dorés et déjà aptes à assumer cette nouvelle fonction. L'on passe ainsi « d'un système déclaratoire centralisé

⁴⁰ FRAYSSINET Jean, *op. cit.* ;

⁴¹ CANTERO Isabelle, « Décret du 20 octobre 2005 pris en application de la loi « Informatique et Libertés », *Communication Commerce Electronique*, février 2006, pp. 25-26 ;

à un système d'exemption déconcentré, situé sur le terrain, au plus proche des responsables de traitements »⁴²

La création des correspondants répondait à cette nécessité ; elle s'est précisée grâce au décret du 20 octobre 2005, pris pour l'application de la loi Informatique et Libertés. Leur statut et leur fonction s'inspirent relativement de ceux des *Chief Privacy Officers*, personnes assumant un rôle similaire aux Etats-Unis. L'autorégulation y est quasi totale, puisque aucune autorité n'a en charge la régulation des traitements de données personnelles. Nous voyons bien dans cette différence l'expression du modèle de co-régulation à la française, puisque la CNIL conservera des fonctions désormais en relation avec ses correspondants. Leurs fonctions sont ainsi mieux encadrées, et leur indépendance davantage préservée qu'aux Etats-Unis⁴³.

Il n'est pas nécessaire, en ce qui nous concerne, de revenir sur les éléments relatifs au statut de ces correspondants ; d'ailleurs, le décret étant relativement évasif, il appartiendra à la pratique de dégager les normes les plus adéquates à cette fonction, ce qui caractérise bien le grand pragmatisme de la CNIL⁴⁴. A ce titre, l'exercice de ses fonctions de régulation n'en est que plus exemplaire.

Le rôle des CIL sera naturellement d'exercer un contrôle sur les traitements mis en œuvre, afin d'assurer le respect des obligations prévues par la loi ; la liste des traitements concernés doit être établie par la CNIL. L'on a déjà vu qu'il s'agit de ceux dont la finalité est « sans danger » pour la vie privée ou la dignité des personnes ; les éventuelles difficultés d'interprétation de ces notions reviendront au correspondant, qui sera le plus à même, de par sa proximité, d'en établir le caractère libre ou pas. La collaboration effectuée avec la CNIL entre parfaitement dans le cadre de la co-régulation décrit précédemment.

Dans l'attente du développement de la pratique, dont on attend beaucoup, l'on saisit déjà l'importance de la fonction du correspondant, et les questions éventuelles qui pourront se présenter à lui, s'agissant spécialement des contenus sur les nouveaux médias. Ainsi, comme nous l'avons vu, le traitement des données peut être un moyen efficace, sinon complémentaire, de protection des mineurs. Le CIL pourrait à ce titre devoir contrôler la bonne utilisation des données relatives à des enfants ou adolescents, par rapport à certains contenus. Les traitements à finalités de prospection, publicité, sont à ce niveau les plus sensibles et il apparaît difficile d'en gérer automatiquement le fonctionnement aux fins d'en exclure certaines catégories de personnes.

De manière générale, l'institution de cette nouvelle fonction sera d'une grande utilité au niveau des nouveaux services ou médias, au-delà des problématiques propres aux contenus mêmes. En effet, les obligations posées par la loi, telles que nous les avons précédemment évoquées, n'en seront que plus légitimes pour les opérateurs, qui pourront compter sur un conseiller à même de les orienter. Certes, il subsiste des risques en termes d'indépendance ; la pratique nous montrera quelles adaptations pourraient être portées au statut en ce sens.

Mais le développement du contrôle « subsidiaire » (en conformité avec le principe de subsidiarité précité), directement sur le terrain est déjà une avancée remarquable, adaptée à l'architecture de la société de l'information, sans qu'il s'agisse encore d'autorégulation.

⁴² CREPIN Cédric, « Correspondant Informatique et Libertés : un encadrement juridique incomplet ? », *Expertises des systèmes d'information*, janvier 2006, pp. 21-23 ;

⁴³ DELVOIE Ariane, « Le correspondant CNIL : un adaptation française du « chief privacy officer » américain ? », *Gazette du Palais*, 17-19 avril 2005 ;

⁴⁴ FRAYSSINET Jean, « Le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi modifiée du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 11, décembre 2005, pp. 24-25 ;

§ 2. Des pouvoirs répressifs adaptés à un champ d'application hyperactif

A l'instar des difficultés rencontrées par le CSA face aux nouveaux programmes, l'hyperactivité des services de la société de l'information rendait impossible ou inefficace le contrôle de la CNIL. Celui-ci se trouve facilité avec les CIL. Au-delà, son champ de compétences initiales est réformé (A), de nouveaux pouvoirs lui sont conférés, tandis que ses moyens traditionnels de contrôle sont assouplis pour un plus grand pragmatisme (B).

A. Un champ de compétence volontairement large

Si l'esprit de la rédaction d'origine de la loi Informatique et Libertés a été conservé, son champ d'application se trouve considérablement élargi, trop peut-être selon certains⁴⁵. Désormais, les nouvelles définitions établies par l'article 2 rendent la loi applicable à l'ensemble des traitements automatiques ou manuels, exception faite de ceux utilisées à des fins strictement personnelles (nous soulignons à nouveau la difficulté d'interprétation de cette exception dans l'univers numérique ; la jurisprudence en la matière en faisait déjà état auparavant, ce qui laisse supposer que des critères plus précis auraient été plus utiles).

Ce champ d'application très large permettra d'appréhender toutes les pratiques existantes ou à venir sur les nouveaux services ; le mérite de cet élargissement est au moins de permettre une certaine souplesse, une adaptabilité des textes aux évolutions techniques. Tous les services et médias que nous avons pu citer jusqu'à présent, recourant à de tels traitements (tels que *Ministore*, tout autre service de *playing list*, de démarchage,...), seront donc soumis à ladite loi.

L'élargissement du champ d'application de la loi et, par extension, du champ de compétence de la CNIL se comprend d'autant plus que les pouvoirs de contrôle de celle-ci ont été considérablement adaptés également. Les procédures jusque-là en vigueur étaient devenues parfaitement inadéquates. Mieux valait assouplir le contrôle et atteindre l'ensemble des acteurs. Le corollaire naturel de cette réforme sera de valoriser les initiatives privées.

Nous reviendrons ultérieurement sur les procédures préalables de déclaration, celles-ci étant désormais intimement liées au CIL. Intéressons nous pour l'instant aux compétences et pouvoirs d'action tels qu'ils résultent de la dernière loi, afin de comprendre comment la régulation des données personnelles se trouve adaptée à l'univers numérique, spécialement au niveau de leur utilisation par les opérateurs.

B. Des pouvoirs adéquats de régulation

Le nouveau dispositif prévu par la loi laisse une grande place à la liberté des opérateurs, qui doit être désormais être de principe dans le contexte actuel. Les pouvoirs de la CNIL y sont donc adaptés, tant en ce qui concerne le processus de création normative (1) que la sanction de ces normes (2).

1. La validation du principe de subsidiarité

Il est un ajout que nous ne pouvons que saluer, confortant un rééquilibrage avec la partie privée de la régulation : la possibilité pour la CNIL d'avaliser des projets de règles professionnelles et autres codes de déontologie proposés par les prestataires privés. Le principe de subsidiarité trouve là une magnifique application, avec tous les avantages que nous avons pu étudier dans la première

⁴⁵ FRAYSSINET Jean, « La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 06 août 2004 : continuité et/ou rupture ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 9, octobre 2005, pp. 50-55 ;

partie (pragmatisme, légitimité,...) ; au-delà, ce nouveau pouvoir assurera une parfaite collaboration entre la partie publique, représentée par la CNIL, et la partie privée de ce secteur de régulation.

Les règles proposées seront certes adaptées aux spécificités des acteurs qui les proposent, avec des variations possibles selon leur activité, mais devront de surcroît être conformes aux principes édictés par la loi, ce pour quoi la CNIL vérifiera leur conformité. La mise en œuvre de cette procédure sera sûrement très prometteuse, mais comporte bien sûr son lot de risques et d'abus, notamment en termes d'impartialité et d'indépendance. Rappelons qu'il s'agit d'un secteur d'ouverture à la concurrence ; il y existe donc le risque de voir les règles négociées par les seuls opérateurs dominants, lesquels peuvent y voir un moyen de maîtriser le marché et d'éliminer les concurrents.

La CNIL devrait dès lors ici collaborer avec d'autres autorités, par le biais de procédures comme la demande d'avis, notamment avec l'ARCEP, pour les éventuels aspects techniques, ou plus simplement avec le Conseil de la Concurrence, s'il peut s'agir d'une entente. En effet, l'intérêt de ces traitements étant, en ce qui nous concerne, publicitaire, et donc économique, il importe de vérifier si les règles proposées ne conduisent pas à privilégier excessivement certains opérateurs au détriment d'autres.

La compétence du BVP pourrait également être recherchée, s'agissant de traitements à finalité promotionnelle. Celle du CSA pourrait l'être aussi, à supposer que les règles proposées par les professionnels soient intimement liées aux contenus dont il a (ou non) le contrôle ; des traitements pourraient ainsi être refusés pour certaines personnes, telles que les mineurs, en fonction de leur finalité ou du programme qui leur servirait de support. La protection de l'enfance et de l'adolescence, principe non économique lié à la régulation des contenus, s'étendrait ainsi à la problématique de l'utilisation des données personnelles.

A ce titre, les solutions déjà retenues en matière de contrôle parental sur Internet (notamment grâce à certains logiciels permettant de créer autant de comptes de connexion qu'il y a de personnes au foyer, avec un accès plus ou moins large selon la catégorie : Adultes – Adolescents - Enfants) peuvent éclairer cette problématique. Les mêmes logiciels qui restreignent l'accès des mineurs à certains services pourraient aussi restreindre les collectes de certaines de leurs données ou celles dont les finalités pourraient leur porter atteinte.

Du point de vue matériel, les règles professionnelles et labels que la CNIL peut avaliser pourraient l'être également par les autres autorités, de par leurs contenus et leurs incidences, ce qui nous démontre bien qu'au-delà de la convergence technique, une réelle convergence des réglementations est en cours. Les collaborations éventuelles entre autorités sont encore à l'étude ; les demandes d'avis constitueraient déjà un moyen efficace de contrôle des contenus, pris sous tous leurs aspects.

2. Des pouvoirs répressifs renforcés

S'agissant maintenant du strict contrôle, *a posteriori*, des traitements de données personnelles, la CNIL se voit dotée de deux nouveaux moyens : un pouvoir d'injonction (article 45) ; le prononcé de sanctions pécuniaires (articles 45 et 47). Ces deux moyens concourent à une bonne régulation du secteur, au sens puriste du terme.

Ainsi, le pouvoir d'injonction permet à la CNIL d'agir avec rapidité en cas d'atteinte à la vie privée ou à la dignité des personnes. Elle peut ainsi ordonner de cesser le traitement litigieux, de procéder à sa destruction ou de verrouiller les données personnelles concernées. La procédure d'urgence ainsi mise en œuvre permet de prévenir les risques d'atteinte aux droits des personnes,

tels qu'ils sont mentionnés par l'article 1^{er} de la loi, dont la grande généralité implique un certain nombre de précisions à venir de la part de la CNIL⁴⁶.

Pouvoir répressif par excellence, le pouvoir d'injonction s'insère parfaitement dans le cadre d'une régulation plus libérale, plus adaptée aux réalités techniques contemporaines et à leur hyperactivité. S'agissant des traitements liés aux contenus et programmes, l'intervention de l'autorité n'aura aucune spécificité par rapport au dispositif prévu par la loi. De manière générale, celui-ci permettra de réprimer plus efficacement les atteintes portées aux droits des personnes, tout en laissant une grande marge de liberté aux opérateurs, conformément même à l'architecture technique et économique du secteur. Mieux vaut laisser faire et réprimer *a posteriori*.

Ce pouvoir d'injonction se double d'un pouvoir de sanction pécuniaire institué au profit de la CNIL. Là encore, le champ est très large, puisque le montant de la sanction sera « proportionné à la gravité des manquements commis et aux avantages tirés de ce manquement ». A terme, en cas de non respect de la peine prononcée par l'autorité, celle-ci peut recourir aux moyens radicaux que permet l'injonction.

Ce pouvoir sera sûrement plus efficace que les anciennes procédures d'avertissement et de mises en demeure dont bénéficiait la CNIL, lesquelles étaient au mieux suivies d'un dépôt de plainte au Parquet. Désormais, l'action répressive aura un effet immédiat, et l'étendue de son champ d'application est parfaitement adaptée à l'immensité technique des services en cause. De même, s'ajoute à ces pouvoirs un nouveau référé, dit « référé en matière d'informatique et libertés », qui permettra d'agir rapidement face à des traitements risquant de porter une atteinte grave et immédiate aux droits et libertés des personnes. Ce nouveau dispositif est également adéquat pour une action rapide et pragmatique de la CNIL.

L'adaptation des compétences de celle-ci se double aussi d'un certain nombre de précisions quant à ses pouvoirs d'origine. Ceux-ci ne sont point abolis par le nouveau dispositif mais seulement adaptés aux dernières évolutions. Il n'est pas nécessaire, en ce qui nous concerne, de revenir dessus, l'essentiel étant été évoqué dans les développements précédents. Retenons seulement que les précisions pratiques apportées par la loi portent sur les pouvoirs d'investigation de la CNIL, ainsi que sur la publicité des sanctions ou avertissements qu'elle peut imposer aux opérateurs. La transparence sera fort utile dans l'univers numérique à ce niveau, et sied parfaitement à ses exigences.

⁴⁶ LE CLAINCHE Julien, « Pouvoirs a posteriori de la CNIL : les risques de l'excès de prudence », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 11, décembre 2005, pp. 43-47 ;

Conclusion du chapitre III

La protection des données personnelles est bien, nous le voyons, le domaine dans lequel la régulation est la plus adaptée, la plus avancée pour certains, dans une perspective évolutionniste.

Le contrôle y est parfaitement partagé entre l'autorité de régulation, qui conserve des pouvoirs répressifs très importants, et la partie privée, avec laquelle sa collaboration se trouve accrue. Celle-ci est amenée à s'étendre aux autres autorités, telles que le CSA, du fait de la convergence croissante des techniques, des réglementations, qui confondent désormais programmes et traitements de données.

Leur bonne utilisation concourt certes au développement des nouvelles technologies et de la société de l'information, du fait notamment des finalités publicitaires poursuivies, et dont on ne peut nier l'importance d'un point de vue économique. Mais elle permet également de mieux assurer le respect des principes propres à d'autres domaines, tels que la protection de l'enfance et de l'adolescence. De même ces données sont-elles vouées à être utilisées aux fins de protection des droits d'auteur, ce qui devient un débat de plus en plus important.

Le recours aux traitements de données a en effet été consacré par la loi du 06 août 2004, en son article 9, au bénéfice des sociétés de gestion collective des droits d'auteur. Celles-ci peuvent utiliser les traitements relatifs aux condamnations ou infractions commises par les personnes, en matière de contrefaçon. Ces moyens viendraient à l'appui de la collecte des adresses IP des internautes, et permettraient d'en séparer le bon grain de l'ivraie⁴⁷, de ne cibler que les gros contrefacteurs. Si la mise en œuvre de telles collectes par les organismes de défense des droits reste encore incertaine et n'a reçu qu'une application limitée⁴⁸, le développement des techniques de protection des œuvres pourrait, à l'avenir, fort bien s'accommoder de la gestion des données de connexion, qui sont indirectement personnelles ; la répression n'en serait que plus efficace.

A ce titre, la CNIL et ses correspondants pourraient être amenés à connaître de tels traitements répressifs, portant essentiellement sur les fichiers Log des fournisseurs d'accès. Ces derniers ne sont pas censés, *a priori*, devoir fournir de telles données aux sociétés de gestion. Toutefois, rappelons que la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique pose à leur charge une obligation de concourir à la Justice lorsque cela s'avère nécessaire. Tout dépendra donc de l'interprétation donnée à ces dispositions.

De même, le perfectionnement des techniques de verrouillage permet maintenant de contrôler les flux transmis directement sur les postes récepteurs ; la norme de cryptage HDCP est à ce titre un bon exemple, fort critiqué avant même son arrivée sur le marché. Ici encore, les données personnelles pourraient être mises en cause, et l'ARCEP comme la CNIL aurait compétence sur ces questions.

La convergence n'a pas fini d'évoluer, mais il semble qu'à terme, une confusion entre contenus, techniques de communication et données personnelles soit amenée à apparaître. Les interactions de ces trois éléments, jusque-là distincts, alimente le dispositif juridique de la société de l'information, de sa création jusqu'à sa sanction, en passant par la protection « des » personnes et la protection « contre » les personnes.

⁴⁷ FRAYSSINET Jean, « L'accouplement du droit de la protection des données personnelles avec le droit d'auteur : la naissance d'un avorton, l'article 9-4° de la loi modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Légipresse*, n° 216, novembre 2004, pp. 119-123 ;

⁴⁸ FRAYSSINET Jean, « Attention, en cas d'abus, le SELL peut être dangereux pour la contrefaçon de logiciels de jeux », *Légipresse*, n° 221, mai 2005, p. 75 ;

Bibliographie

Bibliographie relative au concept de régulation

Articles

- JEZEQUEL Jean-Pierre, « La convergence ou le brouillage d'une véritable réflexion prospective », *Légipresse*, n° 157, décembre 1998, pp. 153-156 ;
- CHEVALLIER Jacques, « Les mutations du secteur français de la communication – opérateurs globaux et instances de régulation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 01/01/99, n° 1, pp. 43-57 ;
- DU MARAIS Bertrand, « Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour l'internet », *Cahiers Français*, n° 295, mars-avril 2000, pp. 65-73 ;
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, n°7, p. 611 ;
- BOY Laurence, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 37, p. 3032 ;
- FENOULHET Timothy R., « La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Petites Affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 9-15 ;
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « La régulation, objet d'une branche du Droit », *Petites Affiches*, 03 juin 2002, n° 110, pp. 3-7 ;

Ouvrages

- PAUL Christian, *Du droit et des libertés sur internet, Rapport au Premier Ministre*, La documentation Française, Collection des rapports officiels, 2001, 175p. ;

Bibliographie relative aux contenus et aux autorités de régulation

Articles

- MORITZ Marcel, « Le public et la définition de la communication audiovisuelle, réflexions autour de l'arrêt de la CJCE *Mediakabel BV contre Commissariaat voor de Media* du 2 juin 2005 », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°9, octobre 2005, pp. 26-32
- POULLET Corentin REYNAUD Pascal, « Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle : une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°8, septembre 2005, pp. 58-65
- BOY Laurence, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 37, p. 3032 ;
- FENOULHET Timothy R., « La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Petites Affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 9-15 ;
- Livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, source <http://europa.eu>
- PALZER Carmen et HILGER Caroline, « La surveillance des médias à l'aube du XXIème siècle organisation et compétence des autorités de surveillance sous le signe de la convergence », *Iris plus observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2001-8
- MC GONAGLE Tarlach, « Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision est-il applicable aux nouveaux médias », », *Iris plus observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2001-6

Ouvrages

- BURKERT H., LEROUGE J.F. et PICHAULT F., *Variations sur le droit de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 2002
- WERY Etienne, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, LGDJ, Larcier, Bruxelles, 2004

Bibliographie relative aux traitements de données personnelles

Articles

- BOYER Joël, « L'internet et la protection des données personnelles et de la vie privée », *Cahiers Français*, n° 295, mars-avril 2000, pp. 74-79 ;
- MALLET-POUJOL Nathalie, « Les libertés de l'individu face aux nouvelles technologies de l'information », *Cahiers Français*, n° 296, mai-juin 2000, pp. 59-65 ;
- FRAYSSINET Jean, « La traçabilité des personnes sur l'internet », *Droit et Patrimoine*, n° 93, mai 2001, pp. 76-82 ;
- DROUARD Etienne, « Directive « Communications Electroniques » : la prospection et la traçabilité en question », *Expertises des systèmes d'information*, n° 263, octobre 2002, pp. 338-340 ;
- FRAYSSINET Jean, « L'accouplement du droit de la protection des données personnelles avec le droit d'auteur : la naissance d'un avorton, l'article 9-4° de la loi modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Légipresse*, n° 216, novembre 2004, pp. 119-123 ;
- DELVOIE Ariane, « Le correspondant CNIL : un adaptation française du « chief privacy officer » américain ? », *Gazette du Palais*, 17-19 avril 2005 ;
- FRAYSSINET Jean, « Attention, en cas d'abus, le SELL peut être dangereux pour la contrefaçon de logiciels de jeux », *Légipresse*, n° 221, mai 2005, p. 75 ;
- FRAYSSINET Jean, « La loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 06 août 2004 : continuité et/ou rupture ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 9, octobre 2005, pp. 50-55 ;
- FRAYSSINET Jean, « Le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi modifiée du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 11, décembre 2005, pp. 24-25 ;
- LE CLAINCHE Julien, « Pouvoirs a posteriori de la CNIL : les risques de l'excès de prudence », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 11, décembre 2005, pp. 43-47 ;
- CREPIN Cédric, « Correspondant Informatique et Libertés : un encadrement juridique incomplet ? », *Expertises des systèmes d'information*, janvier 2006, pp. 21-23 ;
- CANTERO Isabelle, « Décret du 20 octobre 2005 pris en application de la loi « Informatique et Libertés » », *Communication Commerce Electronique*, février 2006, pp. 25-26 ;

Table des matières

Introduction	2
Chapitre I - Le développement inéluctable de la régulation	4
Section I. Définition théorique de la régulation en tant que méthode	5
§ 1. La régulation : une méthode normative générale	5
§ 2. La régulation : une existence encore sectorielle	6
A. L'application à un secteur concurrentiel.....	6
B. Le respect d'un principe non économique	6
Section 2. Adaptabilité pratique de la régulation en tant que modèle	7
§1. Une régulation institutionnelle plurielle	7
§2. Une hiérarchie des normes élargie.....	8
Conclusion du chapitre I	10
Chapitre II - Le contrôle du CSA face aux nouveaux modes de communication.....	11
Section I. La définition des nouveaux contenus	12
§ 1. La distinction entre communication audiovisuelle et communication en ligne	12

§ 2. Une distinction en devenir.....	14
Section II. Le contrôle des nouveaux programmes et de leur initiateurs.....	16
§ 1. Les missions traditionnelles de contrôle des programmes du CSA adaptées aux nouveaux médias.....	16
§ 2. Les opérateurs classiques premiers éditeurs de nouveaux médias.....	18
Section III. Les prochains modes de contrôle des programmes.....	20
§ 1. CSA et co-régulation franco-française.....	20
§ 2. La régulation des contenus au niveau européen.....	22
Conclusion du chapitre II.....	25
Chapitre III - La régulation des traitements de données personnelles.....	26
Section 1. Maintien d'un principe non économique : le respect des droits des personnes.....	27
§ 1. Le consentement à la collecte : un principe plus que jamais nécessaire.....	27
§ 2. Le maintien d'une certaine réglementation : des limites encore nécessaires.....	28
Section 2. Adaptation de la régulation : le renouvellement des pouvoirs de l'autorité.....	30
§ 1. Des pouvoirs préventifs formellement assouplis.....	30

A. La déclaration préalable désormais reléguée au rang d'exception	30
B. La fonction des CIL comme principe	31
§ 2. Des pouvoirs répressifs adaptés à un champ d'application hyperactif	33
A. Un champ de compétence volontairement large	33
B. Des pouvoirs adéquats de régulation	33
1. La validation du principe de subsidiarité	33
2. Des pouvoirs répressifs renforcés.....	34
Conclusion du chapitre III	36
Bibliographie.....	37