

Université de Droit Paris I Panthéon – Sorbonne

**D.E.S.S. DROIT DE L'INTERNET – ADMINISTRATION -
ENTREPRISE**



Mémoire

LA CONVERGENCE

***Le rapprochement des télécommunications, de l'audiovisuel et de
l'internet***

Olivier HAYAT

Promotion 2004 – 2005

Président du Jury : Monsieur le Professeur Georges CHATILLON – Directeur du D.E.S.S.

Directeur de mémoire : Maître Thibault VERBIEST – Avocat près la Cour d'Appel de Bruxelles et de Paris

Je tiens à exprimer mes remerciements à Monsieur le Professeur Georges Chatillon pour m'avoir permis d'effectuer cette formation et pour ses précieux conseils.

Mes remerciements s'adressent également à Maître Thibault Verbiest pour sa disponibilité et son aide tout au long de la rédaction de cette étude.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION | 5 |
| PARTIE I : ANALYSE DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONVERGENCE | 13 |
| CHAPITRE PREMIER : ETUDE GENERALE DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONVERGENCE | 14 |
| Section première : La mise en place progressive des axes principaux fondant la notion de convergence au niveau européen | 14 |
| Paragraphe premier : Les textes précurseurs et préparatoires | 14 |
| Nous étudierons chacun de ces deux textes dans des développements successifs. | 14 |
| 1/ La Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière | 14 |
| 2/ La directive « Télévision sans frontière » | 15 |
| <i>Sous paragraphe second : Le livre vert sur la convergence</i> | 16 |
| Paragraphe second : Le « Paquet Telecom » | 17 |
| <i>Sous paragraphe premier : Présentation du Paquet Telecom</i> | 17 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : Les éléments du Paquet Telecom intéressant la convergence</i> .. | 18 |
| <i>Sous paragraphe troisième : Les conséquences au niveau national : le plan RE/SO 2007</i> | 20 |
| Section seconde : La prise en compte de la convergence par l'apport de nouvelles définitions | 21 |
| Paragraphe premier : des télécommunications aux communications électroniques : les évolutions en droit européen..... | 21 |
| Paragraphe deuxième : des télécommunications aux communications électroniques : les évolutions en droit français..... | 22 |
| Paragraphe troisième : un cas particulier, celui de la quasi-vidéo à la demande (NVoD)..... | 23 |
| <i>Sous paragraphe premier : Qu'est-ce que la radiodiffusion?</i> | 23 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : L'enjeu de la question concernant un service de quasi-vidéo à la demande</i> | 24 |
| <i>Sous paragraphe troisième : Solution et aspects critiques</i> | 25 |
| CHAPITRE SECOND : ETUDE SPECIFIQUE DU CADRE LEGAL A CHAQUE TECHNIQUE | 26 |
| Section première : La télévision numérique | 26 |
| Paragraphe premier : identités des parties et nature des contrats..... | 26 |
| Paragraphe second : une solution intermédiaire : le must carry..... | 28 |
| Après avoir défini la notion de « must carry » (Sous paragraphe premier), nous nous arrêterons sur ses avantages pratiques (Sous paragraphe deuxième)..... | 28 |
| <i>Sous paragraphe premier : Définition du must carry</i> | 28 |
| 1/ La situation antérieure à la loi du 9 juillet 2004 | 29 |
| 2/ La directive « service universel » et la situation postérieure à la loi du 9 juillet 2004 ... | 30 |
| <i>Sous paragraphe second : Les avantages pratiques pour l'utilisateur et pour le diffuseur</i> ... | 31 |
| Paragraphe troisième : le cas particulier de la télévision sur mobile | 32 |
| Section deuxième : La radio numérique | 33 |
| Paragraphe premier : Présentation de la radio numérique | 33 |
| Paragraphe second : le cadre juridique de la radio numérique..... | 34 |
| Section troisième : La voix sur IP (ou VoIP) | 35 |
| Paragraphe premier : la prise en compte progressive de la voix sur IP au sein du paysage des télécoms | 35 |
| <i>Sous paragraphe premier : Définition</i> | 35 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : L'impact de la VoIP sur la téléphonie fixe</i> | 36 |
| Paragraphe deuxième : un marché pertinent en matière de télécommunication | 37 |
| Paragraphe troisième : VoIP et service universel | 39 |
| PARTIE II : LES DIFFICULTES POSEES PAR LA NOTION DE CONVERGENCE | 41 |
| CHAPITRE PREMIER : LA DELICATE QUESTION DE LA REGULATION | 42 |
| Section première : présentation des compétences respectives des deux autorités et les solutions envisagées par la loi du 9 juillet 2004 et les problèmes restants | 42 |
| Paragraphe premier : La répartition des compétences entre le CSA et l'ART ou la consécration de la neutralité technologique | 42 |
| <i>Sous paragraphe premier : Description des deux autorités</i> | 42 |
| <i>Sous paragraphe second : Des secteurs de compétence souvent ... convergents !</i> | 43 |
| 1/ Attribution des fréquences..... | 44 |

| | |
|--|-----------|
| 2/ Autorisation pour des services autres que de radio ou de télévision utilisant des fréquences ou bandes de fréquences assignées par le CSA | 44 |
| 3/ Cas des décisions ayant « un effet notable sur la diffusion de services de radio et de télévision »..... | 44 |
| Paragraphe deuxième : étude des compétences du CSA : des pouvoirs élargis..... | 44 |
| <i>Sous paragraphe premier : Une redéfinition des missions élargies mais recentrées autour de la télévision et de la radio</i> | 44 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : La régulation opérée par le CSA.....</i> | 45 |
| 1/ Autorisation | 45 |
| 2/ Recommandation et Enquête | 46 |
| 3/ Rôle d'arbitre entre éditeurs et distributeurs:..... | 46 |
| 4/ Mesures conservatoires, mises en demeure, sanctions. | 46 |
| Paragraphe troisième : étude des compétences de l'ARCEP | 47 |
| <i>Sous paragraphe premier : Pouvoir de régulation de l'ARCEP</i> | 47 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : Un objectif : le respect des règles de concurrence.....</i> | 48 |
| <i>Sous paragraphe troisième : Mise en place du service universel</i> | 48 |
| Section seconde : La régulation contre la concentration des médias : aspects droit de la concurrence | 49 |
| Paragraphe premier : Les enjeux d'un droit de la concurrence des médias. | 49 |
| Paragraphe deuxième : les propositions au niveau européen et les trop maigres avancées législatives | 50 |
| <i>Sous paragraphe premier : Au niveau européen</i> | 51 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : au niveau national.....</i> | 51 |
| Paragraphe troisième : l'avenir des dispositifs anticoncentration..... | 52 |
| <i>Sous paragraphe premier : la Commission Lancelot</i> | 52 |
| <i>Sous paragraphe deuxième : Les attentes des acteurs.....</i> | 53 |
| Section première : les questions relatives à la liberté d'expression..... | 54 |
| Paragraphe premier : la convergence viole-t-elle en son essence même le principe du pluralisme d'opinion?..... | 54 |
| Paragraphe second : Des garanties de droits et de faits encourageantes | 56 |
| <i>Sous paragraphe premier : Au niveau juridique</i> | 56 |
| 1/ Au niveau légal :..... | 56 |
| 2/ Au niveau jurisprudentiel: | 58 |
| <i>Sous paragraphe second : en pratique</i> | 59 |
| Section seconde : La convergence : une notion contestée par les professionnel..... | 61 |
| Paragraphe 1 : L'avis des « fournisseurs de contenant » | 61 |
| Paragraphe 2 : Pour les professionnels juristes..... | 61 |
| CONCLUSION..... | 63 |
| BIBLIOGRAPHIE | 65 |

INTRODUCTION

La mode du « tout en un » est devenu un outil marketing incontournable de ces dernières années. Plus un même dispositif aura la capacité d'effectuer plusieurs tâches, plus le public sera séduit. Cette affirmation s'est d'abord vue confirmée par la catégorie « produits » : le téléphone répondeur, l'imprimante scanner fax, le téléphone portable mp3 appareil photo sans oublier le précurseur de cette évolution : le shampoing - après shampoing! Petit à petit, la catégorie « services » a elle-même suivie cette engouement : la convergence en est l'exemple le plus révélateur.

A l'origine de ce phénomène : la progression fulgurante du haut débit en France. En effet, l'utilisation de la « *partie du réseau située entre la prise téléphonique de l'abonné final et le central* », appelée également « boucle locale » (le réseau local existant étant la propriété de France Telecom) s'est faite de manière très progressive.

Ainsi, en 1999, l'Autorité de Régulations des Télécommunications (ART) lance une consultation publique concernant le développement de la concurrence sur le marché local en France, permettant la réunion des principaux acteurs lors d'une réunion le 22 décembre 1999 en vue d'établir un calendrier de travail. Un groupe de travail présidé par Alain Bravo (Alcatel) est créé.

Il en résulte qu'en 2001, l'ART met en demeure France Telecom :

- de mettre son offre de référence en conformité, notamment, avec les demandes de « modifier son offre de référence pour prévoir une prestation de création de lignes nouvelles et modifier plusieurs tarifs pour qu'ils se rapprochent des coûts », faites le 8 février¹
- de traiter les demandes de colocalisation dans des conditions objectives et non discriminatoires²
- une nouvelle fois de publier une offre de référence conforme à la décision du 8 février³.

France Telecom s'étant exécuté le 16 juillet 2001 en publiant une nouvelle offre de référence, la phase commerciale du dégroupage démarre donc en 2002 et s'accélère très nettement en 2003 où 350 répartiteurs sont dégroupés dans 40 villes.

Ainsi, le nombre d'abonnement haut débit a augmenté de près de 40%. Pourtant, dans les années 2000, la France était clairement montrée du doigt pour son retard puisque le cap du million de lignes ADSL n'a été franchi qu'en 2002, correspondant à 3% du total des lignes téléphoniques.

Aujourd'hui la France se situe en tête face aux autres pays européens et compte 16% accédant à l'ADSL (6,1 millions) sur l'ensemble des lignes, dont un quart d'entre elles sont dégroupées (elle reste derrière le Danemark avec 28% et la Belgique avec 22%) et l'ADSL à elle seule représente 94 % des abonnements. Il est donc vrai d'affirmer que la France est très certainement le pays au monde où le haut

¹ Décision 01-354 du 5 avril

² Décision 01-377 du 26 avril

³ Décision 01-521 du 6 juin

débit s'est développé avec une telle rapidité. En réalité, cette expansion s'est faite parallèlement à la croissance du processus de dégroupage en France. D'ailleurs, selon Dominique Roux, ancien membre de l'ART, « *l'objectif de 10 millions d'abonnés en 2007, fixé par Jean-Pierre Raffarin, sera dépassé* »⁴

Peu à peu l'utilisation du haut débit a dépassé le cadre de l'interne pour s'étendre à la téléphonie et à l'audiovisuel. La convergence était née.

Ce terme de « convergence » est à utiliser avec une particulière délicatesse. En effet, il a été utilisé de très nombreuses façons, souvent de manière faussée et concernant des services de différentes natures.

Selon l'encyclopédie Larousse, « convergence » signifie le fait d'arriver au même résultat et peut être utilisé dans des matières particulières telles que la météorologie (la ligne de convergence intertropicales : ligne de contact entre les deux alizées), en géodésie (convergence des méridiens : angle que fait sur une carte, la direction du méridien d'un lieu (nord géographique) avec l'axe nord sud du carroyage (nord cartographique) ou encore, peut-être la plus proche des Nouvelles Technologies, de la biologie (tendance évolutive liée à la vie dans un même milieu de divers organismes appartenant à des groupes très différents vers des formes, des structures ou des fonctionnement semblables). Dans toutes ces définitions, on retrouve un point commun : la notion de rapprochement.

Plus spécifiquement au domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication, qu'est-ce que la convergence? Le terme est fréquemment utilisé pour qualifier deux catégories de rapprochement:

- le rapprochement entre les secteurs de la télévision et de la radio, de la téléphonie et de l'internet;
- le rapprochement de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile.

Pourtant, lorsqu'on parle de « convergence », il faut comprendre la première catégorie, celle qui sera l'objet de notre étude. Peu d'auteurs se heurtent à l'apport d'une définition. Selon Emmanuel Derieux, il s'agit d'un « *phénomène de rapprochement des techniques de communication audiovisuelle, des télécommunications et de l'informatique ou du numérique et de leurs usages* »⁵.

Les résultats financiers de ce que les professionnels appellent « business model » a eu l'effet d'une bombe face aux différentes offres de services proposant respectivement dans chacun des trois secteurs. Avec l'arrivée de nouvelles propositions commerciales, notamment le MultiplePlay (à ce jour TriplePlay), c'est-à-dire, un « *abonnement haut débit comprenant un accès Internet, une offre de téléphonie sur IP et du flux vidéo (télévision IP)* »⁶, a permis de voir exploser le marché de ce qui paraît être à première vue, l'internet, en Europe et dans le monde. Par le biais d'un même vecteur, un consommateur pourra obtenir à la fois un accès à internet haut ou très haut débit, à la télévision voire éventuellement la radio en qualité numérique, et enfin, à un service de téléphonie fixe bénéficiant d'une qualité (quasi)similaire à la téléphonie RTC (Réseau Téléphonique Commuté) . L'ensemble des fournisseurs d'accès à internet présent sur ce marché en France se lance dans la

⁴ Le Figaro 16 septembre 2004

⁵ Dictionnaire de droit des médias – Guide Legipresse

⁶ Encyclopédie du Journal du net : <http://www.journaldunet.com/>

promotion de tels boîtiers. Le premier fût Free avec sa Freebox, suivi de très près par Neuf Telecom avec la neufbox et France Telecom avec la Livebox. La rentrée 2005 verra apparaître chez d'autres acteurs du marché de tels boîtiers : AliceBox pour Telecom Italia ou AOLBox pour AOL⁷. Le tout compris devient un élément commercial puissant pour l'ensemble des FAIs.

De récentes statistiques démontrent le potentiel de ces services « trois en un ». Ainsi, la télévision ADSL quant à elle comptait en début d'année 2005 environ 300 000 abonnés et devrait doubler ses effectifs d'ici la fin de l'année 2005. De plus, la consommation de la télévision et de la radio a augmentée de 1,9% pour la télévision entre 1997 et 2002 alors que celle des journaux diminuait de 1,1%⁸. L'ensemble de ces statistiques fait poser à Jean-Pierre Arnaud l'équation suivante : « *forte croissance de l'internet + forte croissance de l'audiovisuelle = croissance exponentielle de la télévision sur ADSL* ». L'opération peut paraître simpliste mais il est indéniable que le phénomène de Multipleplay fait évoluer de manière affirmée les usages du consommateur en matière de ce que nous nommerons « les nouveaux médias ».

Selon Francis Jaluzot, président directeur général de Sports Médias & Stratégie : « *La télévision n'a pas tué la radio, la radio n'a pas tué la presse quotidienne, l'Internet n'a pas éradiqué le livre.* ». Pourtant, certains observateurs, tel que Dominique Roux, s'accordent à considérer que les nouveaux vecteurs de diffusion télévisée sont en train de tuer le réseau hertzien.

L'évolution des contenants et des contenus, ensemble de la convergence, est-elle aussi franche dans les autres pays? La réponse est assurément positive et il convient de s'arrêter sur des exemples d'Asie et d'Amérique du nord.

La réglementation applicable à Hong-Kong est la suivante : la loi opère une distinction entre quatre catégories de services audiovisuels : les services de télévision gratuits "domestiques" (c'est-à-dire établis et diffusés prioritairement à Hong Kong), les services de télévision payante "domestiques", les services de télévision "non-domestiques" et les autres services. Le moyen de transmission n'est, quant à lui pas pris en compte. Toutefois, la loi s'applique aux distributeurs commerciaux et non aux opérateurs de réseaux de télécommunication qui doivent, eux, obtenir une autorisation auprès de l'autorité de régulation des télécommunications.

Quant aux services proposés, PCCW, premier groupe de communication en Asie, a mis en place à la fin de l'année 2003 un service de télévision par ADSL proposant l'accès à 23 chaînes dans le cadre d'une offre de services internet large bande dit « Netvigator Broadway ». A côté de ce premier service sont proposées des chaînes cryptées, dans une qualité proche de celle du DVD. Un système de VoD est également proposé.

Au Japon, l'article 3 de la loi du 29 juin 2001 relative à la radiodiffusion sur les services de télécommunication, entrée en vigueur en janvier 2002, expose que *"toute personne ayant l'intention de conduire une activité de radiodiffusion sur un service de télécommunication doit faire une demande de déclaration auprès du ministère de la Gestion publique, des Affaires intérieures, des Postes et des Télécommunications (MPHPT)"*, administration compétente en matière de

⁷ L'Ordinateur Individuel – septembre 2005

⁸ Selon le Cabinet Veronis Suhler Stevenson

radiodiffusion.

Dès l'automne 2002, la société japonaise « Softbank Broadmedia » proposait un service comprenant la télévision sur ADSL, accompagné d'un catalogue de films à la demande (Video on Demand dit « VoD »), l'accès haut débit et la téléphonie.

Il en est de même aux Etats-Unis où la Federal Commission recense une série de technologies pour la distribution de programmation vidéo selon ce que la loi américaine appelle la « video programming service », c'est la « programmation fournie par une station de radiodiffusion télévisuelle ». De plus, la loi sur les télécommunications en date de l'année 1996 a fait accéder les compagnies de téléphone sur ce marché et celles-ci sont désormais autorisées à proposer à leurs abonnés des programmes de télévision selon différents modes : communications radio, opérateur de réseau commun, en tant que câblo-opérateur ou encore au moyen d'un Open Video System (OVS), nouvelle catégorie d'opérateurs créée par la Federal Communications Commission. En effet, le but est d'encourager les entrées dans le marché de la distribution de services de télévision et par ce fait, non seulement dynamiser la concurrence mais aussi favoriser les investissements en infrastructure et technologies ainsi qu'augmenter le choix du consommateur par la diversité des choix de programmation.

Ainsi, internet, la location et la vente de vidéos à domicile, considérées comme concurrentes des services de vidéo à la demande, les services de gaz et d'électricité (certains possédant des réseaux de fibre optique) et les compagnies de téléphone locales viennent compléter les offres déjà existantes de télévision en plus de la radiodiffusion terrestre, le câble et le satellite.

Il apparaît indiscutable que la mode commerciale est en marche et loin d'être stoppée. En effet, les technologies permettant la mise en place de la convergence sont non seulement de plusieurs ordres et surtout en pleine progression. On peut les distinguer selon qu'elles sont fixes ou mobiles.

En solution fixe, deux vecteurs principaux sont prédominants : il s'agit bien entendu de l'ADSL (Asynchrone Digital Subscriber Line) et du câble. L'ADSL utilise les fréquences inexploitées par le téléphone en RTC, ce qui permet, sur une même prise téléphonique, de pouvoir bénéficier simultanément du téléphone et d'une connexion internet.

Mais les solutions fixes ne sont pas les seules à être en pleine effervescence. En effet, les nouvelles solutions mobiles commencent à croître de manière exponentielle. On peut en distinguer deux catégories différentes:

- les solutions sur ordinateurs portables ou assistants personnelles : le WiFi. Système de connexion à internet en haut débit sans fil, le WiFi (Wireless Fidelity) est une nouveauté technologique promu à un bel avenir. En effet, on voit désormais « fleurir » dans l'ensemble des grandes villes des bornes permettant l'accès à internet haut débit sans fil, dit « hot spots », souvent payant mais parfois gratuits. Ainsi, la ville de Paris propose dans certains lieux publics à forte concentration de population un tel accès gratuit, dit « free spots » (par exemple à l'Hôtel de Ville ou encore à la Bastille).

La promotion du WiFi s'effectue même auprès des étudiants! En effet, le

Ministère de l'Education nationale a mis en place une offre qui leur est destinée d'acquisition d'un portable possédant la technologie WiFi à crédit pour un euro : l'objectif qui est visé par l'opération est de pouvoir proposer l'utilisation d'internet dans les universités partenaires, telle que la Sorbonne.

Le haut débit devient donc « transportable », comme l'ensemble du contenu qui transitera par ce biais.

- les solutions propres au téléphone portable : les opérateurs français, en particulier Orange et SFR, développent des téléphones « troisième génération » grâce à l'Universal Mobile Telecommunications System (UMTS), successeur de la norme GSM actuelle. Ce système permet d'obtenir des débits de 2 Mbits/s et permettra dès lors « d'utiliser sur son téléphone mobile de nombreux services multimédias tels qu'Internet, la visiophonie, la télévision, le téléchargement et l'utilisation de jeux vidéos,... »⁹. Ainsi, Orange propose trois catégories de service : la télévision en direct, le téléchargement de messages vidéos d'environ 20s (MMS vidéos) et de la vidéo à la demande en straming (diffusion continue de flux).

De plus, de nouvelles techniques de diffusion vont bientôt voir le jour. Trois vecteurs à venir méritent tout particulièrement d'être soulignés.

D'une part, la VDSL (Very high bit-rate DSL). Il s'agit d'une amélioration de la norme ADSL2+ grâce à l'installation de sous répartiteurs. Un débit dépassant les 52 Mbits/s voire 100 Mbits/s, avec une amélioration conséquente de la bande passante est espéré. Mais l'espoir affiché par France Telecom dans ses travaux n'est pas tant la quête de la rapidité du débit que la possibilité d'une véritable télévision en Haute définition par une normalisation du MPEG4).

D'autre part, la fibre optique. « Support de transmission véhiculant de l'information sous forme de signaux lumineux à la vitesse de la lumière »¹⁰ (7 fois et demi le tour de la terre par seconde), « il peut prendre une infinité de valeur au lieu d'être limité aux valeurs 0 et 1 du codage numérique (signal électrique) »¹¹. Elle permettra également d'éliminer les interférences existantes sur la boucle locale. A ce jour, seule la société Erenis a mis en place une telle infrastructure dans le quinzième arrondissement de Paris, permettant des débits de 60 Mbits/s descendants, mais prévoit de se développer dans l'ensemble des grandes villes françaises. Une amélioration du service présent actuellement permettra des débits proche de 100 Mbits/s. A ce jour, une offre TriplePlay existe dans des conditions de qualité significatives face à l'ADSL et l'ADSL2+ mais à un coût trop élevé face à la concurrence (environ 50 euros par mois pour l'offre de base et 59 euros pour l'accès à la VoD).

Enfin, et de manière plus étonnante, l'électricité. Si cette solution n'apparaît pas être la plus rapide puisque les débits actuels atteignent entre 1 et 2 Mbits/s, elle présenterait surtout la possibilité de réduire considérablement la fracture numérique à moindre coût. La ville de Courbevoie est actuellement la ville test de ce système. Le débit reste certes insuffisant mais peut laisser espérer à moyen terme de voir se

⁹ Encyclopédie du Journal du net : <http://www.journaldunet.com/>

¹⁰ <http://www.mipplus.org/>

¹¹ <http://rad2000.free.fr/glosntci.htm>

développer un vecteur de diffusion déjà présent dans l'ensemble des foyers français.

Ces exemples montrent que les structures des ex télécommunications ne sont plus pensées uniquement qu'au regard de la fourniture d'un simple accès internet : les fournisseurs d'accès repensent leurs offres en proposant des formules de package au client et les artisans du « contenant » suivent cette attente.

Une nouvelle forme de passerelle est d'ailleurs en train d'être élaborée par l'équipementier canadien Nortel Networks « capable de basculer une communication téléphonique d'un réseau UMTS vers un réseau Wi-Fi »¹². Cette solution apparaîtra comme une innovation réelle dans le monde de la téléphonie puisqu'une conversation sur le réseau mobile pourrait être transférée automatiquement sur un système de voix sur IP (convergence fixe-mobile).

Or, l'ensemble de ces nouveaux services gravitant autour de l'internet puisque proposé par des FAI permet de poser une interrogation : internet est-il un média?

Etymologiquement, le terme « media » est le pluriel de « medium », milieu en latin. Selon l'encyclopédie Larousse, « media » représente « *tout support de diffusion de l'information constituant à la fois un moyen d'expression et un intermédiaire transmettant un message à l'intention d'un groupe* ».

Selon Francis Beck, Président du groupe de travail « Nouveaux Médias » au CSA, la notion de média regroupe « *tous les moyens de communication au public quelle que soit la modalité de leur mise à disposition. Ils [les médias] peuvent adopter une forme classique, telle que les journaux en papier, ou la forme électronique. La principale distinction doit être opérée selon le public récepteur du message* ».

Toutes ces définitions s'accordent pour reconnaître à l'internet la qualité de média. Notons toutefois que Francis Beck distingue trois sous catégories :

- les services de radio et de télévision par voie hertzienne terrestre,
- les services de radio et de télévision par tous les réseaux, excepté la voie hertzienne, c'est-à-dire tous les réseaux de communication électronique tel que l'ADSL ou l'UMTS,
- les services de communication au public en ligne, sur Internet et sur les autres réseaux de communication, comme par exemple la VoD en UMTS.

Une autre étude, extrêmement récente confie à l'internet la qualité de média pour des raisons plus substantielles, prenant exemple sur le modèle américain et ce, pour deux raisons : son exploitation commerciale et sa stabilisation réglementaire¹³. Divina Frau-Meigs note ainsi que le cycle d'innovation de l'internet a laissé sa place aux investissements des sociétés de connexion et de diffusion puissantes qui prônent à la fois « *l'ouverture du système de communication dans l'espoir de devenir la société de référence, et son contrôle car elles veulent tirer un bénéfice financier de l'invention* ».

L'auteur tente également de démontrer qu'internet est composé d'un ensemble de modèles appartenant à des secteurs différents. Elle rappelle ainsi que la seule

¹² <http://www.zdnet.fr>

¹³ Les nouveaux dossiers de l'audiovisuel – n°5 Juin-Juillet 2005 p.27s

définition du média aux Etats-Unis est celle de « free press » prévue par le Premier amendement, à la base évidemment pour la presse écrite mais sur laquelle les autres catégories de presse se sont forgées.

Ainsi, l'apparition de nouvelles technologies s'est faite avec la formation de nouveaux modèles. Concernant la téléphonie et la poste, le « common carrier », pendant longtemps monopole d'Etat, est lié à la communication et aux médias et est régulé par la Federal Communications Commission (FCC). L'audiovisuel, rattaché au modèle de « public trustee », répond à un système selon lequel le privilège d'exploitation des ondes publiques est concédé à un opérateur privé en échange d'un certain nombre d'obligations de contenu et non plus techniques. Enfin, les annonceurs et le public ont leur modèle spécifique : « public service », fonctionnant sur une base non commerciale et concerne la production de programmes originaux et inconnus.

Internet est partie intégrante de l'ensemble de ces modèles puisqu'on y retrouve bien évidemment de la presse (free press) mais également du courrier et du téléachat (« common carrier »), des newsgroup (« public trustee »), ...

Il faut toutefois relativiser les conséquences de cette étude dans le cadre d'un système juridique et même économique propre aux Etats-Unis. Ainsi, très spécifiquement concernant l'internet, l'auteur rappelle elle-même les élections présidentielles de 2000 et les attentats du 11 septembre puisque « internet a été associé au risque de terrorisme ».

Pourtant, quelque soit l'approche, internet est désormais considéré comme un média à part entière.

Mais la convergence a elle-même fait évoluer la définition de média et une nouvelle notion a vu le jour : celle des nouveaux médias.

A l'origine, cette expression servait à décrire un courant artistique, synonyme « d'arts numériques », consistant en des « œuvres d'art qui utilisent le multimédia, les ordinateurs ou les technologies des communications à des fins d'expression créatrice ». Notre approche est bien entendu très différente!

L'expression « nouveaux médias » ne doit pas être comprise, selon nous, comme l'apparition spécifique de médias qui n'existaient pas jusqu'alors. Ce qui est nouveau n'est pas tant le média lui-même que l'utilisation qui en est faite : c'est l'aboutissement du phénomène de convergence! Aujourd'hui, le cœur même de la convergence est l'ADSL (dans une moindre mesure le câble et les réseaux mobiles tel que l'UMTS). Ce qui ne semblait être comme un moyen de « surfer » en haut débit est devenu aujourd'hui un vecteur de diffusion audiovisuel et de télécommunication fixe et bientôt mobile, grâce au WiFi.

Un rapport s'est très rapidement instauré entre deux notions qui, aujourd'hui, posent problème : celui entre le « contenu » et le « contenant ».

Le « contenu » peut être déterminé comme le texte, l'image, l'animation, le son, ... « *Ce mot est souvent utilisé pour désigner ce qui « se voit », par opposition à la structure (...) qui elle ne se voit pas* »¹⁴.c'est-à-dire le programme télévisé ou radiophonique, applications multimédias, l'ensemble composant une page web,...

Le « contenant » est le vecteur par lequel transite le contenu et arrive auprès

¹⁴ <http://edu.ca.edu/article230.html>

du destinataire, ADSL, l'UMTS, le réseau hertzien,..., sur un support tel que l'écran d'ordinateur, de télévision, de téléphone portable ou encore le poste de radio. Cette définition a le mérite de mettre l'accent sur un point extrêmement délicat : une séparation naturelle effectuée entre le « contenu » et le « contenant », c'est-à-dire le service proposé et la manière dont il sera proposé.

La convergence permet de ne plus établir de combinaison logique entre un contenant et un contenu. Ainsi, désormais, grâce à sa connexion ADSL, l'utilisateur peut avoir accès non seulement à un internet haut débit, mais aussi à la télévision et à la radio en qualité numérique, à la téléphonie fixe et bientôt mobile. Un même contenu peut donc être diffusé par l'intermédiaire de plusieurs contenants de nature parfaitement différente.

La convergence a cessé d'être un terme désignant une évolution technique pour devenir une véritable norme juridique. Les nouveaux services qui sont proposés ne le sont plus au niveau du contenu mais à celui du contenant. Même si la convergence se refuse à définir une norme particulière de contenant puisque sa raison d'être est la possibilité d'obtenir un même contenu par plusieurs contenants et inversement, il est indiscutable que l'internet est l'ensemble de vecteurs (ADSL et câble) qui aura été à l'origine de ce succès commercial indéniable. En très peu de temps, le système juridique tel qu'il était conçu en France, en Europe et dans les pays familiers de ces technologies est très vite paru obsolète. Les deux secteurs bien distincts, et qu'on pouvait croire inébranlables, qu'étaient l'audiovisuel et les télécommunications ont été contraints de se confondre dans un ensemble : les communications électroniques.

Quel est le cadre juridique de la convergence ? Quelles sont les difficultés dont souffre cette notion ? Nous répondrons à cette question dans l'étude successive de deux parties.

PARTIE I :

ANALYSE DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONVERGENCE

A l'origine pure évolution technique fondée sur l'évolution d'un haut débit toujours plus performant, la convergence est devenue une réalité juridique, celle de la confusion dans un même support de domaines parfaitement délimités : les télécommunications et l'audiovisuel.

L'ensemble des dispositions légales¹⁵ proposées au niveau européen comme au niveau interne démontre clairement qu'en cinq ans, le paysage juridique de ces secteurs s'est transformé (Chapitre Premier).

Ainsi, sont apparues de nouvelles techniques de diffusion de l'audiovisuel et de transport de la voix, créant et/ou modifiant pour chacune d'entre elles leur cadre légal (Chapitre Second).

¹⁵ Nous utiliserons le terme « légal » dans son sens le plus large, comprenant l'ensemble des dispositions juridiques aussi bien au niveau européen qu'interne
Olivier HAYAT - D.E.S.S. DROIT DE L'INTERNET ADMINISTRATION - ENTREPRISES
Promotion 2004-2005 – Mémoire : la convergence

CHAPITRE PREMIER :

ETUDE GENERALE DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONVERGENCE

La convergence est apparue progressivement au sein de notre système juridique, et ce par l'intermédiaire du droit européen (Section première). Aujourd'hui, le phénomène de convergence est pris en considération, d'abord et avant tout, par l'apport de nouvelles définitions et de nouveaux concepts (Section seconde).

Section première : La mise en place progressive des axes principaux fondant la notion de convergence au niveau européen

La notion de convergence s'est introduite de manière très progressive d'abord par le biais de la modification de textes majeurs dans le domaine de la diffusion télévisée (Paragraphe premier) mais surtout par les six directives de 2002 dit « Paquet Telecom ».

Paragraphe premier : Les textes précurseurs et préparatoires

Le cadre juridique de la convergence s'est construit au regard de notions précédentes issues de textes déterminants de l'audiovisuel : la Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière et la Directive « Télévision sans frontière ». (Sous paragraphe premier) Ils ont permis au Parlement d'aboutir à un texte de base : le livre vert sur la convergence (Sous paragraphe second).

Sous paragraphe premier : Les textes précurseurs : la Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière et la Directive « Télévision sans frontière ».

Nous étudierons chacun de ces deux textes dans des développements successifs.

1/ La Convention Européenne sur la Télévision Transfrontière

Premier « pilier » du cadre réglementaire de la télédiffusion, la Convention Européenne sur la Télévision transfrontière (CETT), a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 5 mai 1989, puis révisée le 1^{er} octobre 1998. Elle vise à « *assurer, sur certains points au moins concernant le contenu des programmes, le rapprochement des législations nationales relatives à la télévision, de façon à*

garantir la libre circulation des émissions entre les différents signataires»¹⁶. L'objectif à atteindre est de faire respecter les droits et garanties fondamentales telle que la dignité humaine, l'équité, l'impartialité et de protéger les mineurs contre des informations à caractère violent ou pornographique ou encore la liberté de réception et de retransmission.

Une première définition de la « transmission » est apportée à l'article 2 sous a: *« émission primaire, codée ou non, par l'émetteur terrestre, par câble ou par satellite de tout type, de services de programmes de télévision destinés à être reçus par le public en général »*, tout comme celle de radiodiffuseur à l'article 2 sous c) modifié : *« personne physique ou morale qui a la responsabilité éditoriale de la composition de services de programmes de télévisions destinés à être reçus par le public en général et qui les transmet ou les fait transmettre par un tiers dans leur intégralité et sans aucune modification »*. Les termes utilisés sont larges et on peut aisément considérer que les « nouveaux médias » y ont leur place. L'enjeu est d'importance car la CETT reste un texte de référence pour de nombreux pays dans l'élaboration de leur législation nationale.

2/ La directive « Télévision sans frontière »

Second pilier, la directive dite « Télévision sans frontière » ou TSF¹⁷ a été adoptée en parallèle de la CETT le 3 octobre 1989, modifiée et complétée par la directive du 30 juin 1997¹⁸. Elle *« représente la pierre angulaire de la politique audiovisuelle de l'Union Européenne »*.

Elle opte pour une définition de la radiodiffusion relativement ouverte au sein de l'article 1 sous a) : *« l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'attention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques ou données électriques et autres services similaires »*.

Quant aux objectifs escomptés, on peut en distinguer deux catégories.

La première catégorie d'objectifs visés est la libre circulation des programmes télévisés européens au sein du marché intérieur ainsi que l'obligation pour les chaînes d'instaurer des quotas de diffusion en réservant au moins la moitié du temps d'antenne à des œuvres audiovisuelles.

La seconde catégorie représente une volonté réaffirmée de *« préserver certains objectifs importants d'intérêts publics, tels que la diversité culturelle, la protection des mineurs et le droit de réponse »*.

Ces deux textes permettent d'avoir une première mais décisive approche de

¹⁶ Dictionnaire de droit des médias – Guide Legipresse

¹⁷ n°89/552/CEE

¹⁸ n°97/36/CE

notions relatives appartenant certes à l'audiovisuel mais indispensables dans le cadre d'un rapprochement avec les télécommunications.

Sous paragraphe second : Le livre vert sur la convergence

Le 3 décembre 1997 fut adopté par la Commission « le livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des techniques de l'information ». Il marque une première étape fondamentale au niveau européen de la prise en compte du rapprochement de ces secteurs. Il démontre nettement le souci des acteurs européens d'accroître leur regard sur les Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication et pour cause : on peut y lire en effet que « *la convergence ne concerne pas seulement la technologie. Elle concerne les services et les nouvelles façons de faire des affaires et de dialoguer avec la société* ».

La convergence est véritablement considérée comme un pas important dans la modification des usages, particuliers comme professionnels. Comme l'explique George Chatillon, « *ce livre vert dresse un constat de maturité d'un grand nombre d'innovations technologiques récentes, à la fois matérielles et logicielles, relatives aux infrastructures des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information* »¹⁹.

Si une définition officielle du terme n'est pas apportée, deux propositions distinctes sont présentées.

La convergence pourrait être perçue, selon une première tentative de définition, comme « *la capacité de différentes plates-formes à transporter des services essentiellement similaires* » mais on peut douter de la valeur de cette proposition à cause de son manque de clarté et de précision : quelles catégories de plate-forme pour quelles catégories de service? Si la convergence nécessite une marge de manœuvre suffisante dans sa définition pour englober des techniques futures, elle ne peut se contenter à l'inverse d'une définition trop large, voir fourre-tout.

C'est pourquoi, la Commission elle-même préfère la seconde, à savoir : « *le regroupement des équipements grand public comme le téléphone, la télévision et les ordinateurs personnels* ».

Il est intéressant de noter que la logique du Livre Vert sera celle de l'ensemble des textes futurs qui mettront en place la Convergence, à savoir une analyse de la situation économique du marché et des acteurs : c'est en effet l'objet de l'ensemble du II du texte consacré à « l'impact de la convergence sur les secteurs concernés », avec une analyse du contexte social et économique et des tendances du marché, avec l'éternel et nécessaire prise en compte du consommateur.

Au final, différentes barrières nous sont présentées. Nous ne ferons que les énumérer.

D'une part, des barrières que la Commission estimait être présentes lors de la conception de ce livre vert : un accès aux utilisateurs limité (« choix limité de voies jusqu'aux consommateurs »), des restrictions réglementaires à l'utilisation de

¹⁹ <http://dcss-droit-internet.univ-paris1.fr/bibliotheque/>

l'infrastructure pour certains pays membres, des prix des services de télécommunications élevés, une diminution des « contenus », une fragmentation du marché de l'union européenne au profit des acteurs les plus puissants et enfin, une protection insuffisante des droits de la propriété intellectuelle.

D'autre part, nous sont décrites des barrières potentielles qui représentent un ensemble de barrières propres à la régulation (organismes réglementaires multiples, accès au marché et autorisation, accès aux réseaux, systèmes d'accès conditionnels et contenu, allocation de radiofréquence et d'autres ressources), aux objectifs d'intérêt général et aux normes propres à l'interopérabilité.

Au final, nous verrons par la suite que l'ensemble des barrières présentées en 1997 comme actuelles se sont révélées bien moins difficiles à surmonter que celles simplement « potentielles » qui sont encore l'objet de discussions.

Paragraphe second : Le « Paquet Telecom »

Après une brève présentation des six directives formant le Paquet Telecom (Sous paragraphe premier), nous étudierons en quoi elles sont indiscutablement décisives à la construction du régime juridique de la convergence (Sous paragraphe deuxième) et comment le plan RE/SO 2007 annoncé par le Premier Ministre a prévu leur transposition (Sous paragraphe troisième).

Sous paragraphe premier : Présentation du Paquet Telecom

La logique ayant abouti aux directives et à la décision composant le « Paquet Telecom » est celle de la codification. En effet, l'adoption des deux directives du 28 juin 1990²⁰ s'est poursuivie par de nombreux textes visant à les clarifier et à les compléter, rendant l'ensemble d'un cadre réglementaire particulièrement confus. En outre, la libéralisation des marchés des télécommunications le 1^{er} janvier 1998 a conduit la Commission, le 12 juillet 2000, à proposer un ensemble de textes visant à adapter la réglementation au niveau contexte technologique créé par la convergence entre les télécommunications.

Le Paquet Telecom est un ensemble de six directives et d'une décision dont nous allons brièvement rappeler les objets de chacune :

- *directive « cadre »*²¹: définitions, règles générales concernant les « autorités réglementaires nationales », principes de base de la régulation (opérateurs puissants, procédure de coordination communautaire,...),
- *directive « autorisations »*²²: suppression des autorisations individuelles, attribution des fréquences radioélectriques et des numéros,
- *directive « accès »*²³: règles concernant l'interconnexion et l'accès aux réseaux

²⁰ Directive n°90/387/CEE relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication et Directive n°90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services

²¹ Directive n°2002/21/CE du 7 mars 2002

²² Directive n°2002/20/CE du 7 mars 2002

²³ Directive n°2002/19/CE du 7 mars 2002

(régulation des marchés de gros),

- directive « service universel »²⁴: service universel (contenu, fourniture, financement), régulation des marchés de détail, protection des consommateurs,

- directive « données personnelles »²⁵: protection des données personnelles et de la vie privée, sécurité,

- directive « concurrence » (directive de la Commission)²⁶: ouverture à la concurrence du secteur,

- décision « spectre radioélectrique »²⁷: établit certaines règles de coopération au niveau communautaire d'un sujet relevant essentiellement de la compétence des Etats membres.

Sous paragraphe deuxième : Les éléments du Paquet Telecom intéressant la convergence

Ce développement permettra d'avoir, dans un premier temps, un bref aperçu des objectifs généraux que pose le Paquet Telecom en matière de convergence. Plusieurs axes principaux sont visibles dans cet ensemble de six directives.

Le premier et principal objectif de ce processus est posé par la Directive « cadre », véritable noyau de l'ensemble des six textes composant le paquet : il s'agit de la consécration de la convergence telle que nous l'avons défini en introduction : « *La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire* ».

Ainsi, la directive autorisation prône la prééminence du contenu sur le contenant dans la mise en place du cadre juridique : « *La convergence entre les différents réseaux et services de communications électroniques et leurs technologies demande la mise en place d'un système d'autorisation couvrant tous les services comparables quelle que soit la technologie utilisée* ». Le service proposé et non pas le vecteur par lequel il transite doit être le cœur de l'autorisation

Le développement d'un cadre harmonisé est donc très naturellement envisagé par la directive « cadre » et ce dans des objectifs clairement affichés :

- de pluralisme : « *La politique audiovisuelle et la réglementation en matière de contenus sont mises en œuvre pour atteindre des objectifs d'intérêt général, tels que la liberté d'expression, le pluralisme des médias, l'impartialité, la diversité culturelle et linguistique, l'intégration sociale, la protection des consommateurs et la protection des mineurs.* » et,

- de respect des règles concurrentielles dans la directive « autorisation » : « *La présente directive a pour objet la création d'un cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques (...)* »

²⁴ Directive n° 2002/22/CE du 7 mars 2002

²⁵ Directive n°2002/58/CE du 12 juillet 2002

²⁶ Directive n°2002/77/CE du 16 septembre 2002

²⁷ Décision n° 676/2002/CE du 7 mars 2002

Le deuxième est la détermination de faire respecter les règles de concurrence:

- par l'intermédiaire de la directive « accès » qui affirme que : « *les États membres veillent à ce qu'il n'existe aucune restriction qui empêche les entreprises d'un même État membre ou de différents États membres de négocier entre elles des accords établissant les modalités techniques et commerciales de l'accès et/ou de l'interconnexion, conformément à la législation communautaire.* ». Une exception toutefois : « *L'entreprise qui demande l'accès ou l'interconnexion ne doit pas nécessairement disposer d'une autorisation d'exercer des activités dans l'État membre où l'accès ou l'interconnexion est demandé, si elle ne fournit pas de services et n'exploite pas de réseau dans cet État membre.* ». En résumé, un Etat Membre ne peut pas empêcher la connexion à son réseau, déjà existant et exploité, d'une entreprise nationale ou provenant d'un autre Etat membre.

- par l'intermédiaire de la directive « autorisation » qui prône « *la création d'un cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques* ».

- par l'intermédiaire de la directive « accès » qui substitue le régime de la licence à celui de l'autorisation : « *L'objectif consiste à établir, pour les relations entre fournisseurs de réseaux et de services, un cadre réglementaire qui favorisera l'instauration d'une concurrence durable et garantira l'interopérabilité des services de communications électroniques tout en procurant des avantages aux consommateurs, et ce conformément aux principes du marché intérieur.* »; « *[La directive] définit les objectifs assignés aux autorités réglementaires nationales en ce qui concerne l'accès et l'interconnexion et établit des procédures visant à garantir que les obligations imposées par les autorités réglementaires nationales seront réexaminées et, le cas échéant, supprimées lorsque les résultats escomptés auront été atteints.* »

Le troisième est la consécration du service universel dans une directive homonyme. Quatre éléments peuvent être utilisés pour tenter de résumer sa pensée:

- Accessible à tous et partout :

D'une part, la directive tend à supprimer, avec le concours des autorités locales, toute disparité liée à la situation sociale des usagers. Ainsi, l'article 9.2 déclare : « *Les États membres peuvent, au vu des circonstances nationales, exiger que les entreprises désignées proposent aux consommateurs des options ou des formules tarifaires qui diffèrent de celles offertes dans des conditions normales d'exploitation commerciale, dans le but notamment de garantir que les personnes ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques ne soient pas empêchées d'accéder au service téléphonique accessible public ou d'en faire usage.* »

D'autre part, la directive apporte une précision capitale au sein de son article 6 relative à « *la mise à disposition de postes téléphoniques payants publics pour répondre aux besoins raisonnables des utilisateurs finals en termes de couverture géographique, de nombre de postes, d'accessibilité de ces postes pour les utilisateurs handicapés et de qualité des services.* », ce qui pourra avoir son importance concernant la VoIP.

- Service d'urgence prévu : un numéro d'urgence unique européen, accessible gratuitement est prévu par l'article 26: « *Les États membres veillent à ce que, en dehors de tout autre numéro national d'appel d'urgence spécifié par les autorités réglementaires nationales, tous les utilisateurs finals des services téléphoniques accessibles au public, y compris les utilisateurs des postes téléphoniques payants publics, puissent appeler gratuitement les services d'urgence en formant le «112», numéro d'appel d'urgence unique européen.* » (rappelons que le 112 est déjà un standard dans le cadre de la téléphonie mobile)

- Service de renseignements complet prévu : c'est l'article 5 de la directive qui prévoit que « *les États membres veillent à ce que:*

- *au moins un annuaire complet soit mis à la disposition des utilisateurs finals sous une forme approuvée par l'autorité compétente, qu'elle soit imprimée ou électronique ou les deux à la fois, et soit régulièrement mis à jour, c'est-à-dire au moins une fois par an;*

- *au moins un service de renseignements téléphoniques complets soit accessible à tous les utilisateurs finals, y compris aux utilisateurs de postes téléphoniques payants publics.* »

- Qualité minimum : il apparaîtrait inutile de garantir autant de droits pour l'utilisateur si celui-ci bénéficiait au final d'un service de piètre qualité. C'est pourquoi l'article 11.1 prévoit que « *les autorités réglementaires nationales veillent à ce que toutes les entreprises (...) publient des informations adéquates et actualisées concernant les résultats obtenus dans la fourniture du service universel au regard des indicateurs, définitions et méthodes* »

Sous paragraphe troisième : Les conséquences au niveau national : le plan RE/SO 2007

Présenté par le Premier Ministre le 12 novembre 2002, le plan RE/SO 2007 s'inscrit dans la logique du Paquet Telecom et a, comme l'explique Jean-Pierre Raffarin, pour objectif de construire et de favoriser « *une République numérique, fidèle à la devise qui est au fronton de nos institutions* ».

Deux principaux textes ressortent de l'établissement de ce cadre :

- *la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 janvier 2004*²⁸,
- *la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 9 juillet 2004*²⁹, modifiant notamment le Code des Postes et des Communications Électroniques (ex Télécommunications) et tout particulièrement la loi du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de la communication³⁰

La transposition du Paquet Telecom sera étudiée au fur et à mesure des développements à suivre.

²⁸ n°2004-575

²⁹ n° 2004-669

³⁰ n°86-1067, ci-après « loi de 1986 »

Section seconde : La prise en compte de la convergence par l'apport de nouvelles définitions

« Les télécommunications électroniques sont mortes, vive les communications électroniques »³¹ pourrait résumer la grande innovation du Paquet Telecom (Paragraphe premier), transposée sur ce point par la loi pour la Confiance en l'Economie Numérique (Paragraphe deuxième) et ayant des conséquences non seulement sur les secteurs de l'internet, de la téléphonie et de l'audiovisuel mais également sur des cas plus particuliers, telle que la quasi-vidéo à la demande (Paragraphe troisième)

Paragraphe premier : des télécommunications aux communications électroniques : les évolutions en droit européen

Au regard du Paquet Telecom, et en particulier des objectifs affichés de la directive « cadre », la notion de télécommunications apparaissait obsolète et incompatible avec les enjeux techniques, économiques et juridiques de la convergence. Une modification des notions et des définitions de base est devenue une nécessité.

La directive y remédie en nous proposant une nouvelle définition du contenant et du contenu.

Quant au contenant, le réseau de communications électroniques est défini comme *« les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise »*.

Compte tenu de la progression fulgurante des possibilités de faire transiter un signal, la directive cherche à englober un maximum de vecteurs de diffusion du contenu. Ainsi, la définition s'adapte aux technologies d'aujourd'hui comme l'ADSL ou l'UMTS mais également à celles de demain tels que les signaux électriques. C'est la consécration de la neutralité technologique.

Il convient de nous arrêter un instant sur la description du principe dit de « neutralité technologique ». Jérôme Bourserie nous en propose une qui reflète l'esprit des directives du Paquet Telecom : *« Les règles qui régissent la libre communication ne prennent en compte la technologie employée pour communiquer que dans la mesure où une différence de situation le justifie et de nature à rendre plus transparent et plus cohérent le dispositif d'ensemble »*³². Ainsi, la neutralité technologique

³¹ La lettre des Télécommunications – 21 juin 2004

³² La nouvelles architecture du droit de la communication – Revue Communication Commerce électronique – Avril 2005 – p.10s

correspond à une focalisation des principes juridiques régissant le contenu sans prise en compte du contenant.

Quant au contenu, le service de communications électroniques est défini comme « *le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus* ». La définition est certes encadrée mais extrêmement large : les notions de télécommunications et de radiodiffusion sont fusionnées dans un tout, les communications électroniques.

Paragraphe deuxième : des télécommunications aux communications électroniques : les évolutions en droit français

En droit français, c'est la loi pour la Confiance en l'Economie Numérique qui transpose cette directive, quant au contenu, en modifiant la loi de 1986. Ainsi, l'article 1^{er} scelle clairement cette « fusion » en affirmant que « *Les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l'article 2 ainsi que l'ensemble des services mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des oeuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition.* ». Toutefois, la loi dispose d'une autre approche que celle de la directive.

En effet, elle procède à l'apport de nouvelles définitions au sein de l'article 2 de la loi de 1986, bien plus ciblées que celles de la directive, à savoir trois catégories de communications et deux catégories de services. On remarquera que toutes ces définitions sont « en escalier », chaque alinéa ayant pour objet de définir une notion incluse dans le suivant.

Quant aux communications, la loi définit:

- les communications électroniques : « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* »
- les communications au public par voie électronique : « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* »
- les communications audiovisuelles : « *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 (...)* »

Ces trois propositions sont relativement larges et permettent non seulement de

se mettre à jour au regard des technologies d'aujourd'hui mais également de faire rentrer dans cette définition d'éventuelles technologies à venir.

Quant aux services, la loi définit les services de télévision et de radio comme : « *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* » :

- pour la télévision : « *des images et des sons* »
- pour la radio : « *des sons* »

La loi du 9 juillet 2004, quant à elle, complète cette modification non seulement de la loi de 1986 mais également du code des postes et des communications électroniques par la définition du « distributeur de services ». Ainsi est créé au sein de la loi de 1986 un article 2-1 qui dispose que « *les mots : distributeur de services désignent toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques (...). Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs.* »

Le Code des postes et des Communications Electroniques, quant à lui, propose de définir l'ensemble des notions formant le contenant dans son article L32, à savoir notamment : réseau de communications électroniques, réseau ouvert au public, points de terminaison d'un réseau, boucle locale, réseau indépendant, réseau interne, installation ou équipement radioélectrique, ...

Paragraphe troisième : un cas particulier, celui de la quasi-vidéo à la demande (NVoD)

La CJCE a eu l'occasion de se prononcer le 2 juin 2005 sur un litige concernant un service de quasi vidéo à la demande. Avant de nous intéresser à l'enjeu de la question (sous paragraphe deuxième) et la solution même de l'arrêt (sous paragraphe troisième), il convient de rappeler le régime juridique de la radiodiffusion (sous paragraphe premier).

Sous paragraphe premier : Qu'est-ce que la radiodiffusion?

La radiodiffusion est définie par la Directive 89/552 dite « Télévision sans frontière », à l'article 1^{er} sous a) : « *émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires* ».

Le Paquet Telecom, quant à lui, ne propose aucune définition de la « radiodiffusion ». Rappelons en effet que les termes de l'ensemble des directives le composant sont relativement larges et ne se cantonnent à aucune définition précise du contenant. Toutefois, il y est fait référence à de nombreuses reprises à la

« radiodiffusion sonore et télévisuelle », ce qui paraît décrire toute forme de télévision et de radio.

Or, en l'espèce, le cœur du litige tourne autour de la définition à donner à la « télévision » : un service de quasi-vidéo à la demande répond-il au statut de la radiodiffusion télévisuelle ?

Sous paragraphe deuxième : L'enjeu de la question concernant un service de quasi-vidéo à la demande.

Au regard de cette ambiguïté il convient de se demander si l'on peut parler de radiodiffusion concernant un service de quasi-vidéo à la demande (Near Video On Demand ou NVoD).

En l'espèce, la société Mediakabel, chaîne néerlandaise de télévision à péage, proposait à ses abonnés un service dit « Mr. Zap », consistant en la commande d'un film du catalogue « Filmtime », par une demande à distance ou par téléphone. Après identification, le client se verra débiter automatiquement et recevra une clé individuelle lui permettant de regarder le film choisi aux horaires indiquées (En France, un service identique est le Multivision dit « film à la séance »).

Suite à un problème d'autorisation inhérent au droit néerlandais, l'autorité de contrôle des médias (le Commissariaat voor de Media) soutenait que ce service payant constituait un service de radiodiffusion. Mediakabel pour sa part, estimait que « Mr Zap » était un service interactif de quasi vidéo fourni sur service individuel, répondant à la définition posée par le paragraphe deuxième de l'article 1^{er} de la Directive 98/34 :

« Au sens de la présente directive, on entend par:

(...)

2). «service»: tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par:

– les termes "à distance": un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes,

– "par voie électronique": un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques,

– "à la demande individuelle d'un destinataire de services": un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.

Une liste indicative des services non visés par cette définition figure à l'annexe V. »

Il convient de préciser que la quasi-vidéo ne doit en aucun cas être confondue avec la vidéo à la demande. En effet, la VoD permet à l'utilisateur d'obtenir en instantané la diffusion de son film. La quasi-vidéo à la demande permet d'avoir accès à la diffusion d'un film à des heures précises.

Sous paragraphe troisième : Solution et aspects critiques

La CJCE a donné raison à la Raad von State néerlandaise en considérant que « Mr Zap », service pay per view, rentrait dans la définition du service de radiodiffusion.

Le principe de convergence est implicitement énoncé par la CJCE dans son considérant 29 : « *la technique de transmission des images n'est pas un élément déterminant dans cette appréciation, ainsi que l'atteste l'emploi, à l'article 1er, sous a), de la directive 89/552, des termes «avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non. La Cour a ainsi jugé que la télédistribution par câble entre dans le champ d'application de ladite directive, alors même que cette technique était peu répandue au moment de l'adoption de cette directive (voir arrêt du 10 septembre 1996, Commission/Belgique, C-11/95, Rec. p. I-4115, points 15 à 25).* » avec une claire prise en compte du contenu par rapport au contenant.

Comme le fait remarquer Maître Verbiest³³, cet arrêt n'est qu'une confirmation du texte de la Directive 98/34, non seulement à l'article 1^{er} §2 :

« *La présente directive n'est pas applicable:*

– *aux services de radiodiffusion sonore,*

– *aux services de radiodiffusion télévisuelle visés à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE »;*

Mais encore au troisième point de l'annexe V « *Liste indicative des services non couverts par l'article 1er, point 2, deuxième alinéa* » dans laquelle on trouve sous a) les « *services de radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi vidéo à la demande) visés à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE* ».

Par conséquent, compte tenu du principe de neutralité technologique, cette solution retenue pour un service de quasi-vidéo à la demande sur le réseau câblé doit également l'être pour un service similaire proposé par un fournisseur d'accès, un fournisseur de service ou un opérateur téléphonique (même si ces derniers paraissent pour des raisons marketing moins enclins à le proposer).

³³ <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050818.shtml>

CHAPITRE SECOND :

ETUDE SPECIFIQUE DU CADRE LEGAL A CHAQUE TECHNIQUE

Nous nous attarderons dans le cadre de ce chapitre sur trois technologies : la télévision numérique (section première), la radio numérique (section deuxième) et la voix sur IP (section troisième).

Section première : La télévision numérique

Pour Bernard Miyet, président du directoire de la SACEM, « *l'utilisation de la ligne téléphonique comme vecteur de diffusion de programmes télévisés est une des composantes de l'avenir du paysage audiovisuel. Cette signature symbolise notre engagement à promouvoir la diffusion des œuvres sur de nouveaux réseaux de distribution dans un cadre respectueux des droits d'auteur* »³⁴.

Après avoir déterminé le régime contractuel de la télévision numérique (paragraphe premier), nous décrirons une solution intermédiaire déjà mise en place pour le câble et le satellite (paragraphe deuxième). Nous nous focaliserons enfin sur un mode diffusion particulier : la télévision sur mobile (paragraphe troisième).

Paragraphe premier : identités des parties et nature des contrats

La sphère contractuelle est aujourd'hui composée principalement de deux catégories de contrats:

1/ Accord soit du titulaire des droits soit des sociétés de gestion collective en charge de ses droits par le distributeur de service de TV par ADSL.

Obtenir l'accès à un « catalogue » est une priorité de l'ensemble des diffuseurs qui souhaitent offrir à leur client une palette large et variée, s'adressant à un maximum de public.

Le Code de la Propriété Intellectuelle organise cette promotion à travers la définition des contrat d'intérêt général que sont le contrat de représentation qui, selon l'article L132-18 est « *celui par lequel l'auteur d'une oeuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite oeuvre à des conditions qu'ils déterminent.* » et le contrat général de représentation qui est celui « *par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les oeuvres actuelles ou futures, constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit.* ».

Ces derniers sont les plus fréquents voire même obligatoires pour les

³⁴ <http://www.sacd.fr/> Communiqué de presse du 8 mars 2005

retransmissions par câble et satellite comme l'indique l'article L132-20-1 : « *le droit d'autoriser la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une oeuvre télédiffusée à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits.* ».

C'est dans ce contexte que les fournisseurs d'accès, de services et opérateurs qui souhaitent diffuser des programmes audiovisuels, télévisés comme radio, doivent s'accorder avec les différents organismes de gestion des droits d'auteur. C'est le cas, une nouvelle fois, du fournisseur d'accès Free qui a signé en octobre 2004 un accord avec les sociétés représentant les droits des producteurs audiovisuels (Angoa / Angicoa) mais aussi et surtout avec les sociétés de gestion de droits que sont la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM), la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), la Société Civile des Auteurs Multimédia (SCAM) et enfin, la société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP).

On le voit, les diffuseurs cherchent à s'ouvrir l'ensemble des œuvres protégées appartenant au répertoire de ces sociétés en contrepartie d'un pourcentage sur les recettes d'abonnement.

Notons toutefois que du chemin reste à faire avant que l'ensemble des sociétés protégeant les droits d'auteur soit convaincu de l'utilisation d'internet comme diffuseur, notamment et surtout concernant la VoD.

Ainsi, dans une récente interview³⁵, le délégué général de la société civile des auteurs-réalisateurs-producteurs (ARP), considérée comme « *l'un des acteurs les plus actifs dans les négociations que mène l'industrie du cinéma avec les fournisseurs d'accès pour le développement de la Video On Demand* » indique : « *la convergence dont on parle depuis longtemps est là. Et pour nous, il est hors de question de tomber entre les mains des FAI* », et ce, même si il « *croit au film arrivant sur la télé via internet* »... Les enjeux financiers sont effectivement primordiaux et non encore suffisamment régulés : quelle place doit avoir un film diffusé en VoD au sein du marché cinématographique? Doit-il être concomitant à la sortie en DVD?

Une modification des usages apparaît indiscutable : l'usage de son ordinateur devient un réflexe pour écouter un disque et maintenant regarder un film. La véritable question est de déterminer si la VoD peut tuer le DVD en cas de date de sortie identique.

Nous ne soutenons pourtant pas cette analyse pour deux principales raisons. D'une part, la VoD ne présente pas le même confort d'utilisation qu'un DVD. En effet, ce qui a fait la force de ce support face à la cassette, outre la qualité, est la possibilité d'obtenir une interface dynamique donnant accès à des bonus (scènes coupées, commentaires du réalisateur, ...). Or, il s'est avéré que ces « plus » se sont révélés être un argument commercial fort auprès du public. D'autre part, il ne faut pas confondre VoD et DivX. En effet, on accuse le piratage des films sur support DivX qui existe depuis quelques années, de faire souffrir l'industrie du cinéma, quant à la vente, aussi bien de tickets en salle que de DVD. Par voie de conséquence, l'utilisateur aurait pris l'habitude de visionner ces films sur son écran d'ordinateur.

³⁵ Les nouveaux dossiers de l'audiovisuel – Avril-Mai 2005 n°4 – p.43

Il faut relativiser ces propos : la VoD reste pour le moment relativement peu utilisée et le marché du DVD est très florissant. Certes, à terme, on pourrait imaginer que la VoD puisse prendre de l'ampleur et concurrencer activement le DVD. Mais, à ce jour, rien ne permet de l'indiquer. La création du magnétoscope n'a pas fait chuter les ventes de cassettes vidéos : il n'y a pas de raison que l'équation soit différente concernant le numérique. Là encore, seule l'évolution des usages nous permettra de vérifier ou d'infirmer cette position.

Notons que tous les professionnels du cinéma ne sont pas aussi sceptiques. Ainsi, François Hurard déclare, numéro deux du Centre national de la cinématographie (CNC), «*cette nouvelle forme d'exploitation ne sera pas forcément une mauvaise chose. Sans doute permettra-t-elle une remontée des recettes* ». ³⁶

2/ Négociation de gré à gré avec les chaînes elles-mêmes concernant la représentation par TV par ADSL des programmes des chaînes hertziennes, du câble et du satellite.

Ce type de contrat n'appelle pas de commentaires particuliers : la chaîne autorisera l'opérateur à diffuser l'intégralité de ses programmes. A noter toutefois le cas particulier des chaînes publiques qui sera étudié ci-après.

Ce système contractuel reste pour le moins complexe et s'inscrit pleinement dans une logique de marché concurrentiel, similaire à celui du satellite. Or, si ce modèle économique apparaît se définir clairement concernant les fournisseurs d'accès à internet, il n'en est pas de même pour les opérateurs de téléphonie mobile. (cf sous paragraphe troisième)

Paragraphe second : une solution intermédiaire : le must carry

Après avoir défini la notion de « must carry » (Sous paragraphe premier), nous nous arrêterons sur ses avantages pratiques (Sous paragraphe deuxième).

Sous paragraphe premier : Définition du must carry

Avant la mise en place des technologies permettant la convergence, on pouvait dénombrer quatre possibilités de diffusion d'un programme télévisé : le réseau hertzien, les services du câble, les services du satellite et, très récemment, les services de la TNT en mars 2005. Contrairement au système décrit ci-dessus ou des FAI contractent directement auprès des chaînes de télévision pour obtenir un droit de diffusion, la reprise de chaînes par ces quatre moyens s'articule autour d'un système dit le « must carry ».

D'inspiration américaine (le réseau câblé est très implanté aux Etats-Unis), le must carry correspond à un parallélisme d'obligation:

- obligation pour le distributeur de reprendre certaines chaînes

³⁶ Le Figaro – 18 août 2005

- obligation pour les chaînes bénéficiant du must carry d'accepter d'être reprises par le transporteur ou par le distributeur (DDM).

Ces obligations synallagmatiques sont d'origine légale et ont été fortement remaniées suite à la loi du 9 juillet 2004. Il convient de s'intéresser à ce stade sur leurs évolutions pour déterminer par la suite leur applicabilité aux « nouveaux médias ».

1/ La situation antérieure à la loi du 9 juillet 2004

Concernant le câble, l'article 34 de la loi de 1986 apparaît centrale, notamment en son II dans lequel il est énoncé que l'autorisation d'exploitation d'un réseau câblé prévoit notamment que *«La retransmission de services diffusés par voie hertzienne normalement reçus dans la zone et la retransmission du service à vocation internationale ayant fait l'objet d'une convention conformément à l'article 33-1 participant à l'action audiovisuelle extérieure de la France, au rayonnement de la francophonie et à celui de la langue française, auquel participe au moins une des sociétés mentionnées aux articles 44 et 45, dans les limites et conditions définies par le décret mentionné au sixième alinéa du I. »*.

Le principe est donc clairement énoncé : les chaînes hertziennes ainsi que TV5 et la Chaîne Parlementaire (article 45-3 de la loi du 30 décembre 1999 portant création de ladite chaîne³⁷) seront diffusées sur le réseau câblé. L'article 3 du décret du 1^{er} septembre 1992³⁸ prévoit le détail de cette diffusion en distinguant deux catégories de diffusion : le mode analogique pour lequel le réseau câblé a l'obligation d'offrir « l'ensemble des chaînes hertziennes analogiques, publiques et privées, normalement reçues dans leur zone de desserte »; le mode numérique comprend également les chaînes gratuites de la TNT (n'est pas inclus naturellement le simulcast).

Concernant le satellite, on retrouve les mêmes obligations au sein des articles 34-2 et 34-3 de la loi précitée, à l'exception des chaînes diffusées sur la TNT qui n'ont pas, à ce jour, à être reprises (ceci est voué à être modifié compte tenu de l'article 46 de la loi du 1^{er} août 2000³⁹).

Concernant la télévision numérique terrestre elle-même, le décret n°2002-125 du 31 janvier 2002 modifiant le décret n°92-881 du 1^{er} septembre 1992 a précisé les conditions d'application du must-carry. Grâce à la TNT, le public peut désormais obtenir la réception des chaînes « traditionnelles » en mode numérique, ce qui était jusqu'alors un atout indéniable des services du câble et du satellite. C'est d'ailleurs ce qui a poussé l'Association Française des Opérateurs de Réseaux Multi-services à, d'une part, critiquer vivement ce décret dans deux communiqués du 1^{er} février 2002 (« les opérateurs du câble réagissent à la parution du décret must carry) et du 8 avril 2002 (« les opérateurs du câble saisissent le Premier Ministre ») et d'autre part, à introduire un recours devant le Conseil d'Etat.

Mais, dans un arrêt du 26 mars 2004, la Haute juridiction administrative a rejeté ce recours, validant la conformité du décret aux dispositions de la loi de 1986 et au droit communautaire. Plus intéressant encore est l'application du Protocole n°1 de

³⁷ n°99-1174

³⁸ n°92-881

³⁹ n°2000-719

la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, relatif au droit de propriété : *« si l'obligation de retransmission imposée, par le décret attaqué, aux distributeurs de services de télévision par câble prive ceux d'entre eux qui possèdent le réseau qu'ils exploitent de la libre disposition d'une partie de la bande passante de celui-ci, une telle limitation concerne une activité soumise par la loi à un régime d'autorisation et a été imposée dans l'objectif d'intérêt général de favoriser le développement de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique et, par suite, d'un plus grand pluralisme des courants d'expression socioculturels ».*

Cette affirmation est extrêmement importante car elle permet de justifier d'une extension du must carry aux nouveaux médias, à savoir aujourd'hui l'ADSL ou demain encore la VDSL ou la fibre optique. En consacrant que « favoriser le développement de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique » est un service d'intérêt général, le Conseil d'Etat fait preuve d'audace et incite vers une évolution du must carry à toutes les techniques utilisant des techniques de bande passante ou assimilée.

2/ La directive « service universel » et la situation postérieure à la loi du 9 juillet 2004

Dans le cadre du paquet Telecom, la directive « service universel » est venue apporter des précisions essentielles en matière de must carry. Ainsi, l'article 31, intitulé « obligation de diffuser » prévoit que *« Les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser ("must carry"), pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision, lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. De telles obligations ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes. Ces obligations sont soumises à un réexamen périodique. »*

Il est intéressant de noter que la Directive ne prévoit pas une obligation mise à la charge des Etats mais simplement une possibilité. Pourtant, la France a transposé cette directive en posant des obligations à l'égard des distributeurs de services et, par conséquent, selon la logique du must carry, à l'égard des chaînes.

En effet, la loi du 9 juillet 2004 a profondément modifié les articles 34 et suivant de la loi de 1986. Tout particulièrement, il convient de s'attarder sur le nouvel article 34-2 qui dispose : *« Sur le territoire métropolitain, tout distributeur de services sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met gratuitement à disposition de ses abonnés les services des sociétés mentionnées au I de l'article 44 [Groupe France Télévisions] et la chaîne Arte, diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique ainsi que la chaîne TV 5, et les services spécifiquement destinés au public métropolitain édités par la société mentionnée au 4° du I de l'article 44, sauf si ces éditeurs estiment que l'offre de services est manifestement incompatible avec le respect de leurs missions de service public. Lorsqu'il propose une offre de services en mode numérique, il met également gratuitement à disposition des abonnés à cette offre les services de ces sociétés qui sont diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique. »*

Le principe est ainsi clairement posé : les distributeurs utilisant l'ADSL ou tout mode autre que celui des « fréquences assignées par le CSA » devront proposer à leurs clients les chaînes publiques prévues à l'article 44 I de la loi de 1986 modifiée. Manquent donc les chaînes privées hertziennes : TF1, M6 et Canal + pour sa partie sans abonnement (« en clair »).

Sous paragraphe second : Les avantages pratiques pour l'utilisateur et pour le diffuseur

Plusieurs avantages à une solution du must carry peuvent être cités.

D'une part, il permet d'apporter une relative clarté du paysage audiovisuel français. Comme on le démontrera par la suite, de nombreux problèmes se posent quant à la régulation de cet ensemble à cheval sur deux domaines jusqu'alors pratiquement séparés en droit comme en fait : les télécoms et l'audiovisuel.

Or, nous venons de démontrer que l'ensemble du système juridique, au niveau européen comme au niveau national tente d'instaurer la convergence dans ses prévisions : il apparaît ainsi logique de devoir refuser de constater une distinction entre différents vecteurs de diffusion qui ne tiendrait que sur des considérations techniques.

D'un point de vue purement juridique, le contenu l'emporte sur le contenant. En effet, le modem devient lui aussi une sorte de « décodeur » par le biais d'une prise péritel permettant d'être relié au téléviseur. De plus, la qualité de diffusion par le biais de ce vecteur est soit identique soit meilleure que les moyens actuels utilisés. Free et Cegetel entre autres prévoient en effet une diffusion en MPEG4 et haute définition.

D'autre part, le must carry permet d'apporter auprès du public, grâce à son inclusion au sein du service universel, une offre complète et surtout, d'assurer un minimum d'égalité entre les différents diffuseurs. En effet, le système contractuel actuel crée de nombreux obstacles à une diffusion totale des chaînes hertziennes sur ADSL. Les chaînes les plus puissantes, en règle générale (c'est le cas en France), privées, s'opposent donc très logiquement à cette solution.

Ainsi, TF1/TPS s'oppose farouchement depuis que l'idée même de must carry puisse s'appliquer aux nouveaux médias à un must carry global. En effet, d'un point de vue purement marketing, il faut bien comprendre que ces diffuseurs fonctionnent sur l'exclusivité et disposent même de leur propre système de diffusion (le satellite pour TPS). TPS, dont les actionnaires sont à ce jour TF1 et M6⁴⁰, cherche à préserver son exclusivité sur certains contenus sur les chaînes généralistes hertziennes gratuites qui lui assurent un effet de levier et une différenciation par rapport aux autres éventuels opérateurs.

Quelles solutions subsidiaires pour les fournisseurs d'accès? Deux hypothèses sont envisageables :

⁴⁰ Des rumeurs se confirmant indiquent que M6 souhaiterait se désengager de TPS <http://www.overdrive-audiovisuel.com/article.php?sid=1456&thold=0> prenant appui sur un article du journal Les Echos

- solution « amicale » : c'est la sphère purement contractuelle
- solution « hostile » : utiliser un moyen dérivé : la TNT! Les chaînes précédemment citées faisant partie des chaînes gratuites proposées par la TNT, il suffirait que le modem qui fait office également de « décodeur » soit compatible TNT pour permettre de les proposer à leurs clients! Il s'agirait de faire une utilisation du must carry à son paroxysme en « coupant l'herbe sous le pied » des chaînes télévisées...

Une nouvelle fois, l'exemple de Free est relativement intéressant. Le groupe Iliad/Free avait saisi le Conseil de la Concurrence concernant « le refus de TPS, TF1 et M6 de lui permettre la diffusion de leurs chaînes » et lui a demandé de les obliger à lui communiquer les conditions tarifaires. En vain : le Conseil a jugé le 15 avril 2004 qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner d'injonction de reprise de leurs chaînes. Or, Free permet aujourd'hui grâce à sa Freebox de recevoir les chaînes gratuites de la TNT et aurait pu utiliser ce biais pour offrir à ses clients les dites chaînes généralistes. La société s'est toutefois refusée à utiliser cette dernière possibilité comme l'a indiqué son Directeur Général, Michael Bokobza.

Paragraphe troisième : le cas particulier de la télévision sur mobile

Selon une récente étude⁴¹, 125 millions de personnes dans le monde devraient pouvoir regarder la télévision sur leur téléphone portable d'ici 2010. En avril 2005, les 40 000 clients de l'opérateur Orange profitaient de leur abonnement UMTS pour regarder la télévision avec un taux de 40% d'utilisation...

Ces statistiques sont particulièrement surprenantes et on peut imaginer que la télévision sur mobile a un bel avenir devant lui. C'est pourquoi, il convient de s'y intéresser plus spécifiquement, notamment quant aux modes de diffusion de contenus audiovisuels.

A ce jour, on peut en distinguer trois catégories distinctes⁴²:

- la diffusion par réseau cellulaire UMTS
- la diffusion par satellite (proposée en Corée)
- la diffusion broadcast (diffusion de données à un ensemble de machines connectées à un réseau: wikipedia) par la norme DVB-H.

Les premier et deuxième modes ne posent pas de difficultés particulières. Le troisième apparaît être le plus intéressant et il convient de s'y attarder.

En effet, les trois opérateurs français ont demandé le 7 mars 2005 l'attribution au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel l'attribution de ressources hertziennes nécessaires au lancement d'expérimentation.

Le DVB-H (Digital Vidéo Broadcasting-Handheld) s'apparente au DVB-S utilisé pour les bouquets satellites et est proche du broadcast ; il est par ailleurs issu de la DVB-T (-Terrestrial), technologie utilisée pour la TNT, l'objectif étant de pouvoir

⁴¹ Cabinet Informa

⁴² Journal du Net – Article de Thibault Verbiest : Quel statut pour un service de quasi vidéo à la demande ? – 18 août 2005

s'appuyer sur les infrastructures de sa diffusion. C'est d'ailleurs pourquoi un système de multiplexage du DVB-H et du DVB-T est en cours d'élaboration, permettant dès lors une diffusion simultanée d'un flux encodé en MPEG2 et d'un autre encodé en MPEG4.

Or, par le biais de ce système, la voie hertzienne est utilisée. Par conséquent, les opérateurs utilisant cette technologie ne s'inscriront pas dans le cadre contractuel ci-dessus décrit et retrouvent le droit classique de la diffusion hertzienne, c'est-à-dire un contrat de diffusion hertzienne terrestre soumis au régime d'autorisation du CSA en plus du contrat d'intérêt général précédemment décrit (non forcément général).

Il est incontestable que la télévision par ADSL devient, ne serait-ce que par le succès actuel des offres TriplePlay, un acteur incontournable de l'audiovisuel en France. A tel point que Mediamétrie qui établit des statistiques sur les programmes diffusés par télévision hertzien, satellite et câble et par radio FM vient d'annoncer qu'elle s'apprête à réaliser des calculs d'audience sur la TNT et sur la télévision via ADSL, ce qui démontre clairement que l'usage de ce dernier vecteur de diffusion à pris en quelques mois une importance notable dans les usages des consommateurs. (news overdrive)

Section deuxième : La radio numérique

Avant tout développement, il convient d'opérer une distinction entre la radio numérique et la web radio.

Il existe deux catégories de web radio : le simulcasting, c'est-à-dire la retransmission par une station diffusant en hertzien, de ses programmes en simultané sur l'internet et le web casting, c'est-à-dire un programme de diffusion en continu.

Propre à l'internet, la web radio ne représente pas un enjeu véritable du phénomène de convergence et ne fera pas l'objet d'une étude particulière.

Nous analyserons le cadre juridique de la radio numérique (paragraphe second) après une brève présentation (paragraphe premier)

Paragraphe premier : Présentation de la radio numérique

Comme l'indique Dominique Baudis, Président du CSA, « *le succès de la radio dans notre pays est indéniable : la radio est par excellence le média de tous les français* »⁴³. Or, la radio telle que nous la connaissons aujourd'hui est celle de la bande FM, avec des fréquences assignées par station et une qualité d'écoute dépendant du taux de qualité de la réception. La seule véritable évolution technologique qu'a connu la radio ces vingt dernières années est la mise en place du RDS (Radio Data System) permettant d'obtenir, si son récepteur le permet, le nom de la station écoutée, la possibilité d'éviter à changer la fréquence en déplacement afin de conserver l'écoute d'une station, et plus récemment, l'obtention de données d'info trafic pour les logiciels de navigation GPS (système TMC).

⁴³ La lettre du CSA – Juin 2005

La radio numérique représente quant à elle une véritable révolution. Elle s'appuie sur une technologie DAB (Digital Audio Broadcasting), elle-même composée de deux techniques: d'une part, un procédé de compression audio et d'autre part, un système dit « digicast » (qui a pour spécificité de répartir les signaux sur plusieurs fréquences, d'éliminer toutes interférences, ...). Les avantages pour l'auditeur se situent à plusieurs niveaux:

- un nombre de programmes accru : la radio « classique » est basée sur un système dans lequel une station dispose d'une fréquence qui lui est attribuée par le CSA⁴⁴. La radio numérique permettra la diffusion de plusieurs radios sur une même fréquence, au niveau national comme au niveau local.

- une utilisation facilitée : d'une part, les stations numériques pourront se rechercher par ordre alphabétique et non plus par fréquences. D'autre part, les récepteurs de radios numériques bénéficieront obligatoirement d'écrans affichant des informations complètes sur la radio écoutée, sur le titre diffusé, voire même proposera des services gratuits très appréciés tel que l'info trafic ou la météo. Enfin, l'auditeur pourra stocker son programme afin de bénéficier d'une écoute en différé.

- une qualité sonore améliorée : grâce à la technologie ci avant décrite, la radio numérique bénéficiera inévitablement d'un gain évident et perceptible en terme d'écoute.

Paragraphe second : le cadre juridique de la radio numérique

Lors de son discours au colloque consacré à la radio numérique le 21 janvier 2005, Monsieur Devedjian, alors Ministre délégué à l'Industrie indiquait : « *Je souhaite que cette année 2005 soit non seulement celle du lancement de la télévision numérique terrestre mais aussi celle de la mise en place de la radio numérique* ». Le CSA est en train de réaliser ce souhait.

En effet, la loi du 9 juillet 2004 a modifié la loi de 1986 afin d'y intégrer également la radio numérique. Ainsi, l'article 28-4 modifié prévoit que le CSA doit procéder à une consultation publique sur l'utilisation du spectre radioélectrique quand ces attributions sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur le paysage radiophonique » et indique que cette consultation devra être publique.

Le CSA a lancé cette consultation publique le 22 avril 2005, destinée aux « *éditeurs de services, distributeurs de services, prestataires et opérateurs de diffusion, constructeurs d'équipements de radio et, plus généralement, à toute personne exerçant une activité en rapport direct avec la radio* ». L'objectif à atteindre est de mesurer les projets et attentes des acteurs du marché de la radio avant toute procédure d'appel aux candidatures (théoriquement prévue pour la fin de l'année 2005). Ce questionnaire est composé de 29 points répartis en quatre axes principaux:

- Bilan des expérimentations (aspects techniques, éditoriaux et économiques)
- Modèle économique et nouveaux usages liés au déploiement de la radio numérique
- Normes et bandes de fréquences
- Scénarios de déploiement.

⁴⁴ Il s'agit du « Projet FM 2006 »

L'ensemble du dispositif juridique spécifique à la radio numérique et relatif à cet appel à candidature est prévu aux articles 29, 29-1 et 29-2 de la loi de 1986 modifiée. Plusieurs éléments doivent être soulignés.

D'une part, l'article 29 prévoit l'absence de modification des modalités d'attribution des fréquences « *par rapport à celles actuellement définies pour les attributions de fréquences aux radios en mode analogique* » « *dans le cas de technologies de diffusion numérique où une même fréquence n'est pas partagée par plusieurs services.* ». Il n'en est pas de même dans le cas inverse, c'est-à-dire celui « *de technologies de diffusion numérique où une même fréquence est partagée par plusieurs services numériques* » où un appel à candidature spécifique a été créé.

D'autre part, le CSA dispose de la faculté d'autoriser, « *hors appel aux candidatures et sur la même ressource radioélectrique, l'autorisation d'assurer la diffusion intégrale et simultanée en mode numérique d'un service préalablement (...) en mode analogique.* », le texte précisant que « *Cette autorisation est assimilée à l'autorisation initiale dont elle ne constitue qu'une extension.* »

Enfin, notons que les radios analogiques qui se verront accorder la diffusion en numérique lors des premiers appels bénéficieront d'une prolongation de leurs autorisations analogiques pour une durée de cinq ans (article 29-1 modifié)

Il est intéressant de constater que ces textes laissent une marge de manœuvre au CSA relativement importante et permet donc une particulière flexibilité afin d'être le plus proche possible des acteurs du marché. La radio numérique est faite pour « coller » au plus près de ceux qui la feront dans les années à venir.

Section troisième : La voix sur IP (ou VoIP)

Plus que le service audiovisuel, le service de téléphonie par IP proposé dans le cadre des offres TriplePlay est apparu un point commercial extrêmement fort à l'égard du consommateur. La VoIP a très rapidement pris ses marques au sein des télécommunications françaises (paragraphe premier), à tel point que l'on peut désormais s'interroger sur la prise en compte de cette technologie dans la définition du marché pertinent des télécommunications (paragraphe deuxième) et du service universel (paragraphe troisième).

Paragraphe premier : la prise en compte progressive de la voix sur IP au sein du paysage des télécoms

Après avoir défini la VoIP (sous paragraphe premier), nous nous intéresserons à son impact sur la téléphonie fixe RTC (sous paragraphe second).

Sous paragraphe premier : Définition

« *Le principe de la voix sur IP est de faire circuler sur Internet, grâce au protocole IP, des paquets de données correspondant à des échantillons de voix numérisée. Reste ensuite à acheminer ces paquets dans le bon ordre et dans un délai*

raisonnable pour que la voix soit correctement restituée. »⁴⁵

On distingue deux catégories de voix sur IP : celle sans aucun intermédiaire par la simple connaissance des adresses IP respectives, par conséquent limitée à la communication entre deux correspondants tous deux équipés d'un ordinateur et celle où un fournisseur de services sur internet met en place une passerelle permettant de relier un téléphone utilisant internet et un autre utilisant le Réseau Téléphonique Commuté (RTC).

Sous paragraphe deuxième : L'impact de la VoIP sur la téléphonie fixe

Or, la question de la voix sur IP pose une problématique en matière de droit de la concurrence : quel est son impact sur la téléphonie fixe?

Trois récents avis du Conseil de la Concurrence ont eu l'occasion de procéder à une analyse du marché pertinent de la téléphonie en France suite à des demandes de l'ART. Il convient, en effet, de préciser que la loi du 3 juin 2004, issue de la transposition du « Paquet Telecom », relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a modifié l'article L37-1 du code des postes et communications électroniques et prévoit que : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2.*

Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant. » C'est dans ce cadre légal que le Conseil de la Concurrence a agi en rendant les trois avis suivants.

Dans un premier avis en date du 14 octobre 2004, le Conseil de la Concurrence répond à une demande de l'ART spécifique à la téléphonie mobile. Si l'avis ne concerne pas directement la voix sur IP, il sert de base pour répondre à des fondamentaux de la téléphonie qui nous serviront par la suite pour définir quelles techniques pourront éventuellement être incluses dans l'analyse d'un marché pertinent.

Ainsi, « lorsqu'un abonné téléphonique veut en appeler un autre, la communication part du combiné de l'appelant pour traverser la boucle locale de son opérateur puis elle transite par différents éléments du réseau pour se terminer sur la boucle locale de l'opérateur de l'appelé. La communication emprunte donc une boucle locale de départ et une boucle locale de terminaison ». Aussi simple que cela puisse paraître, la compréhension de ce mécanisme est essentielle pour véritablement envisager la difficulté de la question de la voix sur IP: en l'occurrence, au moins une des deux boucles est internet, ADSL ou câble.

Dans un deuxième avis très intéressant en date du 31 janvier 2005, le Conseil revient certes sur la définition et l'évolution du haut débit en France, par le câble et par l'ADSL, mais surtout, prend expressément en considération une part du

⁴⁵ Encyclopédie du Journal du net : <http://www.journaldunet.com/>

phénomène de convergence par le biais du MultiplePlay : « *l'apparition d'offres ADSL « Multiple Play », comportant des services à l'accès à Internet, de la télévision et de la voix sur IP, rapproche de plus en plus leur contenu de celui des offres d'accès haut débit par câble qui combinent souvent l'accès Internet et la télévision* ». Le Conseil note également l'apparition de ces services « de façon isolée par le moyen d'autres technologies ». Le phénomène « voix sur IP » est donc clairement pris en considération par le Conseil de la Concurrence mais dans le cadre du Multiple play.

Ces deux avis définissant tour à tour la téléphonie et l'internet appliqué aux télécommunications ont permis au Conseil de la Concurrence de rendre un troisième avis spécifique à la téléphonie sur IP, en étudiant son incidence sur le marché pertinent de la téléphonie en France. Plusieurs étapes sont nécessaires pour arriver à obtenir une réponse.

Paragraphe deuxième : un marché pertinent en matière de télécommunication

Le Conseil de la Concurrence fait référence une nouvelle fois au Paquet Telecom en évoquant la directive « cadre » qui le définit dans son article 15 comme « *les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques justifient l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives* ».

La voix sur IP rentre-t-elle dans la définition ci-dessus posée? En partie. En effet, comme nous l'avons précisé, la définition de la voix sur IP est suffisamment large pour caractériser un certain nombre de techniques. C'est pourquoi le Conseil de la Concurrence a clairement distingué deux catégories particulières de voix sur IP:

- celle de prestataires qui ne proposent pas d'abonnements ADSL tel que Skype, logiciel téléchargeable gratuitement et qui permet de téléphoner gratuitement n'importe où dans le monde, quelque soit la situation géographique de l'utilisateur, mais à la condition que les deux utilisateurs utilisent le même procédé (Le logiciel emploie une technologie poste-à-poste, P2P (peer-to-peer)).
- celle de prestataires de services qui proposent des communications entre deux correspondants dont l'un utiliserait la technologie IP et l'autre la technologie RTC, expressément désignée par le Conseil comme « offres VoB ».

Seule cette dernière catégorie est rentrée dans le champ d'étude du Conseil de la Concurrence. En effet, son principal objectif étant d'étudier la substituabilité de la technologie IP sur les réseaux téléphoniques fixes classiques, elle a pu considérer que l'utilisation des services en mode peer to peer « *ne présentent pas un caractère de substituabilité suffisant avec les offres de téléphonie traditionnelle* ». On peut aisément le comprendre : la qualité du service, les nombreuses contraintes (obligation d'utiliser le même logiciel, dépendance vis-à-vis de l'ordinateur qui doit rester actif,...) font qu'à ce jour, cette catégorie de téléphonie via IP ne peut raisonnablement être considérée comme substituable à la téléphonie classique.

Il n'en est pas de même des « offres VoB » qui proposent d'utiliser la technologie IP grâce à un véritable poste téléphonique. Il faut avant tout préciser que

pour l'ART, la solution était limpide : la voix sur IP ne saurait être incluse dans la définition du marché de la téléphonie française et ce même si « *l'utilisation éventuelle de la technologie VoIP par les opérateurs de télécommunications pour acheminer le trafic voix relève d'une évolution technologique qui s'inscrit pleinement dans le périmètre des produits recensés sur les marchés de détail de haut débit* ». Cette apparente contradiction est en fait motivée par un argument de fait qui laisse effectivement perplexes sur la question : la voix sur IP est, de nos jours et tel que l'a étudié le Conseil de la Concurrence, indissociable d'une offre ADSL. Pour l'ART, cet élément est rédhibitoire et empêche toute confusion entre la téléphonie fixe RTC et la téléphonie IP : ils n'appartiennent pas au même marché.

Cette analyse a été contredite par le Conseil de la Concurrence. Utilisant des critères objectifs que sont les modalités d'utilisation du service, sa qualité et ses fonctionnalités, il en a conclu que le service offert entre les deux catégories de téléphonie était le même. Ainsi, le Conseil s'appuie sur des exemples d'offres proposés par différents prestataires.

Première illustration, la société Free permet à ses abonnés de bénéficier des mêmes services vocaux que sur la téléphonie traditionnelle. Seconde illustration, la société France Telecom a annoncé qu'elle proposerait une offre « ADSL nu », c'est-à-dire sans aucun abonnement, et présentée par le Conseil comme « un service alternatif au service de téléphonie classique ». Il note d'ailleurs une véritable similarité dans les tarifs des deux catégories de téléphonie : « *pour le moment, la différence très faible entre le tarif de l'abonnement téléphonique (10,87 € HT/ ligne en métropole) et celui du dégroupage total (10,50 € HT/ligne) ne permet pas de rentabiliser une offre de VoB seule* », ce qui lui permet de conclure : « *la tendance à une hausse du prix de l'abonnement téléphonique et la baisse prévue des tarifs du dégroupage devraient élargir cet espace économique et on ne peut donc exclure que soient rapidement proposées des offres VoB sans accès à Internet* ».

Car, en effet, la substituabilité de la téléphonie IP sur la téléphonie traditionnelle trouve sa pleine expression dans la notion de dégroupage, « *partie d'un réseau de télécommunications situé entre la prise téléphonique de l'abonné final et le centre local* »⁴⁶

On dénombre deux modes de dégroupage: le dégroupage partiel et le dégroupage total.

Le dégroupage partiel correspond à la mise à disposition, par le réseau France Telecom en l'occurrence, de la bande de fréquence haute de la ligne téléphonique, qui n'est pas utilisée par le réseau téléphonique classique qui reste gérée par France Telecom. Dans ce cadre, l'utilisateur dispose des deux catégories de téléphonie : la classique et la IP.

Le dégroupage total correspond en la mise à disposition de la totalité de la bande de fréquence. L'utilisateur qui choisira cette option n'aura dès lors plus à payer un abonnement à France Telecom et pourra utiliser la téléphonie IP de manière exclusive.

L'analyse du Conseil de la Concurrence ne peut être qu'approuvée dans ce cadre et ce pour deux raisons. Au regard de la situation actuelle, la catégorie de

⁴⁶ <http://www.arcep.fr/>

téléphonie IP qui s'inscrit dans un processus de dégroupage total est un pendant évident de la téléphonie classique: dans les deux cas, on payera un abonnement, que cela soit auprès d'un fournisseur classique ou d'un fournisseur d'accès ADSL. On constate d'ailleurs que de très nombreuses offres qui sont actuellement proposées sur le marché proposent le dégroupage total comme le principe et le dégroupage partiel comme l'exception, le but étant de bousculer la position dominante de France Telecom par le biais de nouvelles offres et de nouvelles technologies.

Paragraphe troisième : VoIP et service universel

Dernier élément mais non des moindres : la téléphonie sur IP rentre-t-elle dans la définition du service universel?

Directement issue du Paquet Telecom, le service universel est défini par la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public et à France Telecom comme le « *service minimum donné, dont la qualité est spécifiée, pour tout utilisateur, à un prix accessible* ». Le Conseil de la Concurrence a eu l'occasion à de nombreuses reprises de rappeler que « *contrairement aux services de téléphonie mobile et aux services haut débit, les services de téléphonie fixe entrent dans le périmètre du service universel des communications électroniques* ». Or, quant il d'un service de téléphonie fixe utilisant les moyens offerts par le haut débit ?

Pour répondre à cette question, le Conseil de la Concurrence, après avoir expressément fait référence au Paquet Telecom, indique les trois obligations que doit remplir un service pour prétendre faire partie du bloc « service universel ». Celles-ci sont posées par l'article L35-1 du code des postes et des communications électroniques :

- fourniture d'un service téléphonique de qualité à un prix abordable,
- un service de renseignements et un annuaire d'abonnés,
- accès à des cabines téléphoniques publiques,

Avec une condition supplémentaire, à savoir la prohibition de toute discrimination fondée sur la localisation géographique de l'utilisateur.

Comme le rappelle le Conseil, l'ART est compétente pour opérer un contrôle des tarifs du service universel, et ce depuis le décret du 31 janvier 2005. Manifestement embarrassé de cette question, le Conseil indique « *qu'il convient d'être vigilant à n'imposer des remèdes que si le marché concerné n'est pas en situation de concurrence réelle* ». Evidence qui ne permet pas d'apporter une solution à notre interrogation initiale : la téléphonie sur IP fait-elle partie du service universel?

Selon un avis récent du Comité Consultatif pour les télécommunications, il convient de répondre par la négative à cette question, du moins à court ou moyen terme. En effet, le Comité considère que la voix sur IP est certes en évolution mais reste malgré tout, trop peu développée pour que l'on puisse la considérer incluse dans le bloc « service universel ».

Si la VoIP n'est effectivement pas, à ce jour, une composante du service universel tel que définie par le Paquet Telecom, il reste malgré tout évident qu'elle y est toute destinée. En effet, si l'on prend appui, d'une part, sur le code des postes et des communications électroniques (plus particulièrement les dispositions précitées) et, d'autre part, sur le reste de l'avis du 16 février 2005, on constate que le service purement téléphonique est assuré de manière équivalente dans les deux cas, que cela soit par RTC ou par IP. Reste effectivement une carence de la VoIP dans la

proposition de services annexes tels que des services de renseignement, des cabines publiques ou un véritable service d'urgence. Ce tout dernier point est particulièrement délicat car la localisation géographique est parfois impossible, ce qui n'est pas tolérable pour ce type de service pour des raisons touchant à la fois à l'appelant (qui doit pouvoir faire l'économie dans une situation d'urgence d'indiquer sa position géographique) et à l'appelé (le service doit pouvoir repérer les appels abusifs).

Notons enfin que le succès de la VoIP n'est pas sans tourmenter les autorités américaines. La FCC indiquait en 2004 qu'elle souhaitait voir appliquer la « Communications Assistance for Law Enforcement Act » de 1994, encadrant la mise sur écoute des télécommunications, à la téléphonie par IP. Il en est de même pour le FBI qui finance un projet de recherche « visant à pouvoir repérer, tracer, et écouter les conversations téléphoniques qui utilisent le protocole VoIP »⁴⁷.

⁴⁷ <http://www.neteconomie.com/>

PARTIE II :
LES DIFFICULTES POSEES PAR LA NOTION DE
CONVERGENCE

Le schéma présenté jusqu'alors ne saurait faire oublier que la notion de convergence est particulièrement délicate et mal aimée.

Délicate car elle redistribue les rôles des autorités de l'audiovisuel et des télécommunications. La modification des définitions et des notions connues jusqu'alors a eu pour conséquence direct d'avoir un impact sur la question de la régulation des communications électroniques (Chapitre premier).

Mal aimée car la convergence a souffert de très nombreuses critiques en ses fondements, certains allant même jusqu'à dénier son existence (Chapitre second).

CHAPITRE PREMIER :

LA DELICATE QUESTION DE LA REGULATION

Deux questions concernant la régulation se posent.

La première est elle-même subdivisée en deux interrogations : par qui doit-elle être opérée et comment ? Nous répondrons à celles-ci en présentant les compétences respectives des deux autorités suite à la loi du 9 juillet 2004 (Section première).

La seconde est : quel doit être le moteur, dans un premier temps, économique de cette régulation ? Assurément la concurrence. (Section seconde).

Section première : présentation des compétences respectives des deux autorités et les solutions envisagées par la loi du 9 juillet 2004 et les problèmes restants

Comme nous l'avons précédemment étudié, les lois du 21 juin 2004 et 9 juillet 2004 prennent clairement en considération le phénomène de convergence. Nous avons indiqué quelles modifications terminologiques avaient été introduites par ces deux textes. Or, les conséquences de telles transformations ont des incidences directes sur leurs régulations.

En aucun cas, ce développement n'a pour objet de synthétiser les règles de compétences respectives des deux autorités mais a pour but de se focaliser sur la régulation du phénomène de convergence : quel organe s'occupe de quoi et comment ?

Paragraphe premier : La répartition des compétences entre le CSA et l'ART ou la consécration de la neutralité technologique

Après une brève description des deux autorités (sous paragraphe premier), nous nous arrêterons sur des illustrations où le CSA et l'ART sont toutes deux compétentes.

Sous paragraphe premier : Description des deux autorités

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel est une autorité administrative indépendante, *«instance de tutelle ou de régulation de la communication audiovisuelle créée par la loi du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986»*⁴⁸. Ses missions sont définies par l'article 3-1 de la loi de 1986 : *« Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi »*.

L'Autorité des Régulations et des Télécommunications est née le 5 janvier 1997 de la loi du 26 juillet 1996, ouvrant le secteur des télécommunications à une concurrence totale pour le 1^{er} janvier 1998. Cette autorité administrative indépendante

⁴⁸ Dictionnaire de droit des médias – Guide Legipresse

a pour mission de réguler la concurrence dans le secteur des télécommunications.

La disparition juridique des « télécommunications » en faveur des « communications électroniques » a entraîné une modification du nom de l'Autorité des Régulations et des Télécommunications (ART) devenue « Autorité de Régulations des Communications Electroniques et des Postes » (ARCEP)⁴⁹

A la base, deux secteurs parfaitement distincts : celui de l'audiovisuel, pour lequel le CSA est compétent et celui des télécommunications, pour lequel c'est l'ART qui est compétente. Or, la convergence brouille les pistes puisque les deux secteurs se fondent en un tout.

Une première solution avait été évoquée avant d'être vite rejetée : la fusion des deux entités, qui au fur et à mesure des projets prenait plutôt la forme d'une reprise par le CSA des compétences de l'ART... Or, comme l'indiquait l'ART dans sa lettre en septembre 2002, « l'important est qu'au-delà des institutions, les acteurs puissent disposer d'un cadre harmonisé, sous une forme ou une autre, dans lequel ils pourront d'une manière viable, équilibrée et harmonieuse, offrir leurs services.

Il fallait donc délimiter le domaine de compétences des deux autorités mais selon quel axe? Celui du contenu, c'est-à-dire des services proposés? Celui du contenant, c'est-à-dire la prise en considération du vecteur par lequel transite le service?

L'article 1^{er} de la LEN, modifie l'article 1^{er} de la loi de 1986 qui étend la compétence du CSA à l'ensemble des supports permettant la diffusion de la télévision et de la radio, dans la cadre de la rédhhibition du service audiovisuel : « *Les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l'article 2 ainsi que l'ensemble des services mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des oeuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition.* » Ainsi, le contenu domine clairement le contenant puisque la loi prend en compte le service lui-même et non pas le support : la neutralité technologique est consacrée.

Introduit en droit français par l'article 33-1 du code des postes et des communications électroniques transposant la directive « cadre », ce principe apparaît être la solution la plus fiable à ce jour car elle permet d'anticiper l'arrivée de nouvelles techniques de diffusion. En effet, le contenu est pleinement consacré, quelque soit le moyen par lequel il est proposé au consommateur. Comme l'indique Dominique Baudis lui-même : « *Dans un monde de communication marqué par la surabondance, la régulation doit être encore plus vigilante et réactive : il ne faut pas que la technologie puisse permettre à la télévision et à la radio de devenir des instruments de contournement des lois et des valeurs d'un pays.* »

Sous paragraphe second : Des secteurs de compétence souvent ... convergents !

A titre d'illustration, trois cas tendent à montrer que les nouveaux médias et l'interconnexion des contenants avec les contenus peuvent créer des sphères de compétences floues pour lesquelles les deux autorités peuvent paraître compétentes. Voici les solutions de la loi de 1986.

⁴⁹ Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales

1/ Attribution des fréquences

En tout premier lieu, les articles L41 du CODE DES POSTES ET DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES et l'article 21 de la loi de 1986, soit les deux textes composant les (ex) sphères que sont les télécommunications et l'audiovisuel, précisent que « *Le Premier ministre définit, après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les fréquences ou bandes de fréquences radioélectriques qui sont attribuées aux administrations de l'Etat et celles dont l'assignation est confiée au conseil ou à l'autorité.* »

2/ Autorisation pour des services autres que de radio ou de télévision utilisant des fréquences ou bandes de fréquences assignées par le CSA

Pour ce type de service, l'article 23 de la loi du 30 septembre 1986, le CSA dispose d'un pouvoir d'autorisation mais cette dernière ne pourra être donnée « qu'après avis conforme de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». La procédure sera très prochainement fixée par décret comme le prévoit l'article 30-5 de la loi de 1986. Jusqu'alors, de telles autorisations ne pouvaient être délivrées qu'accessoirement à une autorisation délivrée pour un service de télévision. Ici, c'est le contenant qui l'emporte sur le contenu puisque sont pris en compte l'utilisation des fréquences audiovisuelles sur le service lui-même.

3/ Cas des décisions ayant « un effet notable sur la diffusion de services de radio et de télévision »

Dans cette dernière hypothèse, inverse de la prétendante, l'article L36-6 prévoit que l'ART doit consulter pour avis le CSA.

Paragraphe deuxième : étude des compétences du CSA : des pouvoirs élargis

Sous paragraphe premier : Une redéfinition des missions élargies mais recentrées autour de la télévision et de la radio

Les missions du CSA sont désormais concentrées autour de l'ensemble des modes de diffusion de la télévision et de la radio

Ainsi, leur extension a pour origine l'article 3 de la LEN, créant l'article 3-1 de la loi de 1986 à l'ensemble des modes de diffusion de la radio et de la télévision, le texte visant désormais « *tout procédé de communication électronique* ». Sont donc concernées par le texte la télévision par ADSL ou encore la radio numérique, expressément prévue, par exemple, à l'article 28 : « *développement de la radio et de la télévision numériques de terre* ».

Mais les missions du CSA qui portaient jusqu'alors sur la « communication audiovisuelle » sont désormais limités à ces deux médias.

Sous paragraphe deuxième : La régulation opérée par le CSA

1/ Autorisation

Avant tout développement, il convient de rappeler que, comme le câble et comme le satellite, l'autorisation portant sur une diffusion hertzienne n'emporte pas autorisation de diffusion par d'autres vecteurs tels que le l'ADSL, l'UMTS, etc...

Le régime des autorisations fournies par le CSA est le suivant.

D'une part, les autorisations du CSA pour la diffusion de la télévision et de la radio « n'utilisant pas des fréquences assignées par [elle] » sont calquées sur les autres modes de diffusion puisqu'une convention avec le CSA doit être conclue. En effet, selon l'article 28 de la loi de 1986 : « *La délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme, est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel au nom de l'Etat et la personne qui demande l'autorisation.* ». On retrouve la référence à ces conventions et à leur contenu au sein des articles 33 et 33-1 de la loi de 1986.

Il est ainsi prévu qu'un décret fixera l'ensemble du régime applicable à ce type de diffusion concernant par exemple : la durée maximale des conventions, les règles générales de programmation, les dispositions propres à assurer le respect de la langue française et le rayonnement de la francophonie ainsi que celles relatives à la diffusion, sur les services de radio, d'oeuvres musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France, ... Notons que l'article 33-1 prévoit qu'une simple « déclaration préalable » est suffisante si le budget du service est inférieur à 75 000 euros pour la radio et 150 000 euros pour la télévision (hors les télévisions d'informations locales).

Ces conventions ont leur importance comme le démontre l'exemple récent de Free. Par l'intermédiaire de sa Freebox, l'opérateur proposait la diffusion de la chaîne à caractère pornographique XXL et sa multi diffusion sur 14 canaux sans que la convention de la chaîne ne prévoit ce type d'exploitation par le CSA. Le CSA est donc intervenu auprès de la société AB Sat, éditrice de la chaîne afin de lui demander de faire cesser cette multi diffusion et a écrit à Free pour l'informer de cette procédure.

D'autre part, la loi du 9 juillet 2004 modifie le pouvoir d'autorisation dont disposait le CSA pour les antennes de radio et de télévision en abrogeant tout simplement l'ancien article 10 de la loi de 1986.

Enfin, pour être parfaitement complet, l'article 34 de la loi de 1986 prévoit un dernier cas, celui du « *distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de radio ou de télévision* ». Dans cette hypothèse, une déclaration préalable auprès du CSA devra être présentée.

Seuls peuvent avoir la qualité de distributeur de services les sociétés, y

compris les sociétés d'économie mixte locale, les organismes d'habitations à loyer modéré, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les conditions prévues au II, ainsi que les régies prévues par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

2/ Recommandation et Enquête

Le CSA dispose également de deux pouvoirs d'une moindre force face à l'autorisation mais qui ont leur importance : le pouvoir de recommandation et le pouvoir d'enquête.

D'une part, le CSA peut, selon l'article 17 de la loi de 1986, adresser désormais des recommandations, limitées dans son nouveau champs de compétence, au Gouvernement en matière de concurrence et pourra saisir le Conseil de la Concurrence. Inversement, ce dernier pourra saisir à son tour le CSA pour avis.

Quant au pouvoir d'enquête, l'article 19 élargit les compétences du CSA en la matière puisqu'il peut désormais recueillir toutes les informations utiles auprès des administrations, autorités administratives ou opérateurs pour exercer à bien ses missions.

3/ Rôle d'arbitre entre éditeurs et distributeurs:

Nouveauté prévue par l'article 17-1 nouveau de la loi de 1986, il s'agit d'une autre illustration de l'élargissement des pouvoirs du CSA. Ainsi, un éditeur ou un distributeur peut saisir le CSA pour tout litige relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision. Rappelons que l'article 2-1 définit un « distributeur » comme « *toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques* ». On pourra dès lors très bien considérer qu'un diffuseur, passant par le biais du MultiplePlay puisse utiliser cette voie contre une société éditant une chaîne ou une station.

Toutefois, l'article restreint cette possibilité à des objets de différents d'une particulière gravité, à savoir « *l'atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes* » ou touchant à une étude discriminatoire entre les parties.

4/ Mesures conservatoires, mises en demeure, sanctions.

Il en est de même concernant le pouvoir disciplinaire du CSA : mesures conservatoires, mises en demeure et véritables sanctions sont prévues par la loi de 1986 afin de faire respecter le droit de la concurrence.

Quant aux mesures conservatoires, l'article 41-4 de la loi de 1986 prévoit la possibilité pour le CSA de saisir le Conseil de la Concurrence en cas d'infraction au

Code de commerce, notamment quant à l'usage de pratiques anticoncurrentielles.

Quant à la mise en demeure (le CSA en fait très souvent usage), c'est l'article 42 qui prévoit cette possibilité à l'encontre des éditeurs et distributeurs de services de radio ou de télévision notamment.

Quant aux sanctions, elles sont énoncées des articles 42-1 à 42-8 et vont de la simple suspension au retrait de l'autorisation et à la sanction pécuniaire. Un appel de cette décision devant le Conseil d'Etat est prévu par l'article 42-8.

Paragraphe troisième : étude des compétences de l'ARCEP

Nous distinguerons trois catégories de mission : réguler les communications électroniques, faire respecter les règles propre à la concurrence, mettre en place le cadre du service universel.

Sous paragraphe premier : Pouvoir de régulation de l'ARCEP

D'une part, outre l'avis prévu par l'article 23 de la loi de 1986 pour des services autres que ceux de radio ou de télévision précédemment étudiés, la fourniture de services de communication électronique au public autres que le service téléphonique (transmission de données, fourniture d'accès à internet, services de location de capacité, fourniture des services de location de liaison louées) doit faire l'objet d'une déclaration préalable obligatoire auprès de l'ARCEP comme le prévoit l'article 33-1 du Code des Postes et des Communications Electroniques.

L'ARCEP a fait preuve d'une particulière diligence en anticipant cette disposition puisque dès le 25 juillet 2003, elle avait élaboré une procédure de communication préalable permettant aux opérateurs de se prévaloir de leurs droits et de connaître leurs obligations.

D'autre part, l'ARCEP est chargée par l'article L44 Code des Postes et des Communications Electroniques d'établir « le plan national de numérotation téléphonique ». L'enjeu est d'importance : compte tenu des nouvelles possibilités offertes de téléphonie fixe comme mobile, il devenait urgent de pouvoir réguler sérieusement l'ensemble de la numérotation. La portabilité des numéros⁵⁰ est également évoquée avec un devoir pour les opérateurs eux-mêmes : « *Les opérateurs prévoient les dispositions nécessaires dans les conventions d'accès et d'interconnexion, à des tarifs reflétant les coûts correspondants.* »

Enfin, l'ARCEP dispose d'un pouvoir de contrôle et d'intervention.

Quant au pouvoir de contrôle, l'article L32-4 Code des Postes et des Communications Electroniques offre la possibilité à l'ARCEP et au ministre chargé des communications électroniques de procéder à des enquêtes, de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de leurs missions, et sur la base d'une décision motivée.

Quant aux pouvoirs d'intervention, l'article L36-8 prévoit que :

⁵⁰ « Facilité permettant à un client de téléphonie locale ou d'un n° unique de changer d'opérateur télécoms tout en conservant son numéro de télé phone » <http://www.digiway.fr/html/glossairepq.htm>

- « en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques », l'ARCEP peut elle-même décider de régler le différent.

- « En cas d'échec des négociations commerciales », l'ARCEP dispose de la possibilité de mettre en demeure un opérateur, d'ordonner des mesures conservatoires ou d'infliger des sanctions prévues à l'article L36-11.

Sous paragraphe deuxième : Un objectif : le respect des règles de concurrence

Le rôle de l'ARCEP posé par les modifications inhérentes aux « communications électroniques » a comme moteur le respect des règles de concurrence. Il s'agit en effet de faire respecter l'objectif des dispositions du Paquet Telecom.

Ainsi, l'article L37-1 pose la mission de l'ARCEP en matière de concurrence. Dans un premier temps, elle détermine après avis du Conseil de la Concurrence, les marchés pertinents du secteur des communications électroniques.

Dans un deuxième temps, elle liste les « opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés ».

Enfin, l'ARCEP fixe les obligations des opérateurs, en les motivant. Elle notifie alors à la Commission Européenne et à ses homologues européens les décisions « qu'elle envisage prendre ».

Les conditions d'application de l'article seront déterminées dans un décret à paraître.

Si toutes ces mesures apparaissaient insuffisantes, les articles L38 et suivants donnent pouvoir à l'ARCEP d'imposer aux opérateurs en cause un certain nombre de devoirs tels que rendre publiques des informations concernant l'interconnexion ou l'accès, notamment publier une offre technique et tarifaire détaillée d'interconnexion ou d'accès lorsqu'ils sont soumis à des obligations de non-discrimination, fournir des prestations d'interconnexion ou d'accès dans des conditions non discriminatoires, faire droit aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés, ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts, ...

Sous paragraphe troisième : Mise en place du service universel

Nous citerons deux illustrations parmi les plus significatives :

- Mise en place d'un service de contrôle des tarifs : en application de l'article L35-2, le Décret n° 2005-75 du 31 janvier 2005 relatif au contrôle des tarifs du service universel des communications substitue son ancien pouvoir d'avis consultatif (l'homologation était du seul ressort du ministère chargé des télécommunications) en un véritable contrôle des tarifs de service universel de téléphonie.

- Mise en place d'un service universel d'annuaire et de renseignements : nous l'avons précédemment évoqué dans la partie consacrée à la téléphonie VoIP

Actuellement, tous les fournisseurs d'accès et opérateurs mobiles proposant d'accéder à la télévision sont soumis, en tant que distributeurs à l'ensemble de ces règles.

Section seconde : La régulation contre la concentration des médias : aspects droit de la concurrence

La concentration est un « *ensemble d'opérations ayant pour objet l'accroissement de la dimension des entreprises et de leur puissance économique par la diminution de leur nombre* ». ⁵¹

Opérer une concentration des médias est dangereux à un double niveau : celui des libertés fondamentales et plus particulièrement du pluralisme d'opinion ⁵² et celui du droit de la concurrence, objet de ce développement.

Il convient toutefois de préciser qu'il s'agit d'étudier les phénomènes de concentration propres à la convergence.

Un droit de la concurrence spécifique au média a-t-il une raison d'être ? Quels sont les moyens mis en place à ce jour aux niveaux européen et national ? Quel est l'avenir des dispositifs anticoncentration ? Nous répondrons à ces trois questions dans trois paragraphes successifs.

Paragraphe premier : Les enjeux d'un droit de la concurrence des médias.

En cette matière, deux écoles s'opposent nettement.

Selon un premier point de vue, le droit de la concurrence tel qu'il est actuellement façonné suffit largement à combler toute atteinte à un marché, quel qu'il soit. En ce sens, un droit de la concurrence spécifique au média paraît non seulement superflu mais surtout inapproprié : « *la domination d'un marché par un pouvoir oligarchique ne serait pas prise en compte dans le cadre d'un tel examen puisque celui-ci reposerait sur des critères sectoriels stricts de mesure de l'influence d'opinion (modèle de parts d'audience, modèle de postes de récepteur) et des concentrations d'entreprise* » ⁵³. Le phénomène de convergence vient en outre compliquer la donne puisque il devient de plus en plus délicat de distinguer, au sein d'une même offre, les différents services offerts. L'observatoire des médias a ainsi parlé d'un risque « *d'éparpillement du marché* ». En effet, le critère de sélection du consommateur ne sera pas plus le contenu lui-même mais le récepteur, décodeur, ..., c'est-à-dire le contenant.

Proposer un droit de la concurrence adapté à un secteur qui est en perpétuel renouvellement n'apparaît effectivement pas chose aisée. En effet, la convergence a pour effet direct de modifier les usages des consommateurs en leur proposant d'obtenir (en plus du téléphone) la télévision, la radio et l'internet par le même biais.

⁵¹ Vocabulaire juridique – PUF

⁵² Cf. Partie II, Chapitre 2, Section 1

⁵³ <http://www.observatoire-medias.info/>

Selon un autre point de vue, le droit des ententes actuel n'est pas suffisant pour protéger le marché des médias, en particulier contre les ententes verticales, c'est-à-dire à des niveaux différents. En fait, les partisans de cette thèse indiquent (à juste titre) la spécificité du marché que représente celui des médias, lui-même s'adressant à d'autres marchés de diverses natures. En effet, le format des services audiovisuels (télévision et radio) tourne autour du marché publicitaire. Ce « pont doré » (pour son efficacité mais aussi pour son prix...) que représentent les médias pour un annonceur risque d'aboutir inévitablement à une situation d'oligopole dans laquelle la concurrence sera inévitablement touchée puisque de plus petites entreprises ne pourront rentrer dans un marché, n'ayant pas une situation financière suffisante. Selon la théorie de Weber et Dörr (observatoire), le droit européen de la concurrence n'est pas suffisant pour éviter l'instauration d'une opinion dominante.

Nous prendrons partie pour cette deuxième vision. Les médias, tels qu'ils sont conçus et pensés aujourd'hui démontrent clairement que le droit de la concurrence est nécessaire pour « jeter les bases » d'un droit plus spécifique aux médias. « La télévision est faite de publicités, entourées par des programmes qui ont pour but de faire augmenter leur tarif de diffusion ». « Nous vendons du temps de cerveau disponible ». Ce n'est plus le programme qui entoure la publicité : c'est l'inverse! Cette vision cynique de la télévision et de la radio d'aujourd'hui doit impérativement être prise en compte pour imposer un système juridique propre.

Tout particulièrement et plus spécifiquement au phénomène de convergence, nous avons expliqué en quoi les usages des nouveaux médias avait un impact direct sur le consommateur. Les médias se transforment, quant au contenu lui-même mais également quant aux contenants. Les possibilités d'ententes, au niveau horizontal comme vertical, permettent d'affirmer la nécessité d'un droit qui pose des limites claires et précises afin de tenter d'éviter les ententes mais surtout de permettre l'arrivée de petites chaînes sur le marché.

Paragraphe deuxième : les propositions au niveau européen et les trop maigres avancées législatives

Avant tout développement, rappelons que le droit européen des ententes est régi par les articles 81 (« *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...)* ») et 82 (« *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.* ») du traité de Rome.

Nous subdiviserons ce développement au niveau européen d'une part (sous paragraphe premier) et au niveau national d'autre part (sous paragraphe second).

Sous paragraphe premier : Au niveau européen

La Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures a émis suite à la demande de 38 députés du Parlement Européen au cours de la séance du 1^{er} septembre 2003, de rédiger une proposition de résolution après avis de la Commission de la culture de la jeunesse, de l'éducation des médias et des sports et de la commission des affaires constitutionnelles. Cet avis a été adopté par le Parlement Européen le 22 avril 2004.

Avant tout, il convient de préciser que cet avis est plus axé sur des questions relatives au droit de l'homme que celles relatives au droit de la concurrence. Nous ne ferons ici qu'énoncer les propositions techniques formulées dans cet avis, spécifiques à la concurrence avant de revenir dans le développement sur des questions plus proches des libertés fondamentales.

La lecture de cet avis est particulièrement intéressante car elle démontre une réelle volonté de la part du Parlement Européen de faire évoluer rapidement et concrètement un processus favorisant un droit de la concurrence spécifique aux médias. En effet, en 1992 était publié un livre vert « Pluralisme et concentration des médias » mais la Commission n'y avait pas donné suite. La situation actuelle est très largement différente de celle de 1992 car depuis, les médias n'ont cessé de prendre une ampleur considérable, non seulement d'un point de vue purement économique mais également au regard de l'évolution des courants socioculturels du public.

C'est pourquoi, le Parlement Européen, très spécifiquement concernant les problèmes touchant à la concurrence :

- fait la demande à la Commission de considérer les dispositions juridiques établies par l'Union dans ce domaine comme « *autant d'éléments fondamentaux de la politique communautaire destinés à préserver le pluralisme des médias [devant] donc être appliqués, interprétés et ultérieurement développés par la Commission en vue de renforcer ces mesures pour combattre la concentration horizontale et verticale des médias sur le marché des médias traditionnels ainsi que sur celui des nouveaux médias* », c'est-à-dire de consacrer expressément l'existence d'une protection concurrentielle spécifique aux médias pris dans leur intégralité et, par conséquent, de prendre en compte le phénomène de convergence.

- énonce le souhait que « *la sauvegarde de la diversité des médias devienne la priorité de la législation de l'Union en matière de concurrence* », mettant le marché des médias et des NTIC au premier rang des préoccupations européennes.

Les efforts sont louables mais l'absence de faits concrets permet de rester sceptique sur un proche avenir européen du droit de la concurrence applicable aux médias.

Sous paragraphe deuxième : au niveau national

La loi du 9 juillet 2004 n'a pas opéré de profond changement en matière de concentration. En réalité, elle n'a fait que moderniser les termes des textes afin

d'associer les nouvelles technologies contenues dans la notion de communication électronique au sein du Chapitre de la loi relatif aux « *dispositions applicables à l'ensemble des services de communication audiovisuelle soumis à autorisation* ».

On note toutefois une prise en compte de la radio numérique dans le dernier alinéa de l'article 41 de la loi de 1986, qui déclare : « *Nul ne peut être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives chacune à un service de radio dont l'audience potentielle cumulée terrestre dépasse 20 % des audiences potentielles cumulées de l'ensemble des services de radio, publics ou autorisés, diffusés par voie hertzienne terrestre* ».

Le constat est accablant : outre les pouvoirs accordés au CSA et à l'ARCEP, il n'existe en France et en Europe aucune législation spécifique contre les concentrations qui soit suffisamment efficace.

Paragraphe troisième : l'avenir des dispositifs anticoncentration

Le Gouvernement a pris acte de cette carence juridique. C'est pourquoi une Commission a été créée en vue d'apporter de réelles solutions (sous paragraphe premier), ce qui n'empêche pas les principaux acteurs des médias et nouveaux médias de prendre clairement position, comme l'ont fait certains au Colloque organisé par le Sénat et dédié à cette question (sous paragraphe second).

Sous paragraphe premier : la Commission Lancelot

Le 21 février, Jean-Pierre Raffarin chargeait une Commission d'examiner les questions relatives à la concentration des médias, à savoir:

« - *d'établir un diagnostic de la concentration dans les médias et de son évolution, en inscrivant cette analyse dans une perspective européenne ;*

- *d'évaluer la pertinence et l'efficacité de la législation qui régit l'activité des médias et en particulier du dispositif de concentration dans les médias ;*

- *et, le cas échéant, de proposer au Gouvernement les évolutions de cette législation qui lui apparaîtraient souhaitables. »*

Comme nous venons de le voir, la perspective européenne est pour le moment faible et la législation en vigueur en France est inadaptée... Dans ce qu'il appelle « son appel du 18 juin », l'Observatoire Français des Médias dénonçait « la concentration et la mainmise financière des médias ». Celle-ci aurait obtenu 4500 signatures! « *L'observatoire français réaffirme l'urgence, face aux graves dérives actuelles du fonctionnement des médias, de mettre en place les moyens assurant un véritable pluralisme dans ce secteur* ». C'est l'objet de la troisième mission de la Commission présidée par Monsieur Le Professeur Lancelot, certainement la plus délicate...

A ce jour, cette commission représente la seule perspective réelle permettant d'espérer une prise de conscience des pouvoirs publics de la situation critique du droit de la concurrence appliqué aux médias. En effet, à ce jour, s'il n'existe pas en France

d'exemples suffisamment frappant de concentration pervertissant le phénomène de convergence, on peut penser qu'à moyen terme, des ententes viendront modifier inévitablement les offres actuelles et affecter de ce fait la diversité.

Sous paragraphe deuxième : Les attentes des acteurs

Au cours d'une table ronde au Sénat de nombreux acteurs ont eu à s'interroger sur la concentration des médias.

Leurs propos n'étaient certes pas spécifique à l'internet et un phénomène de convergence mais il est certain que dans quelques années, la concentration des contenants posera le problème d'une éventuelle concentration des contenus. Or, il est important de prendre exemple sur les illustrations du passé pour ne pas refaire les mêmes erreurs avec de nouvelles technologies.

Quoiqu'il en soit, il ressort de ce colloque que la concentration représente un danger qui n'est pas seulement théorique. L'importance des médias et l'augmentation fulgurante de l'utilisation d'internet par les lecteurs/télespectateurs/auditeurs/internautes posent aujourd'hui une « obligation de résultat » de la part des législateurs européen et français. Certes, comme le notent les participants, d'autres éléments tel que l'apport financier de la publicité qui appuie les plus grands tirages/ programmes au détriment des plus petits est un autre élément caractéristique nuisant au pluralisme.

Car le pluralisme n'a pas seulement des enjeux économiques liés à des problèmes concurrentiels : il a des enjeux sociaux.

CHAPITRE SECOND :

ANALYSE DES CRITIQUES RELATIVES A LA NOTION DE CONVERGENCE

Deux critiques principales. D'une part, le phénomène de convergence risque de porter atteinte au pluralisme d'opinion, composante de la liberté d'expression (section première). D'autre part et de manière plus surprenante, la « convergence » n'existe pas (section seconde).

Section première : les questions relatives à la liberté d'expression

Le pluralisme peut revêtir deux formes:

- externe (faisant appel à la régulation et au contrôle de la propriété des marchés de la diffusion)
- interne (faisant appel à la régulation du contenu, caractéristique du service public). C'est celle qui nous intéresse au premier plan dans le cadre de ce développement.

Paragraphe premier : la convergence viole-t-elle en son essence même le principe du pluralisme d'opinion?

Le lien entre contenant et contenu peut poser problème. En effet, certains craignent que cette concentration des médias représente un danger pour la diversité culturelle en « imposant » un même contenu à travers plusieurs contenants.

Plus spécifiquement « *dans le secteur des médias, une concentration excessive constitue en outre sinon surtout une menace pour le pluralisme de la création, des idées et des opinions* ». ⁵⁴ Or, selon le Parlement Européen lui-même, « *les médias numériques ne sont pas par nature aptes à assurer un plus large choix, étant donné que ce sont les mêmes sociétés de médias qui dominent déjà le marché et qu'elles contrôlent également les principaux portails internet* ».

Il faut bien réaliser qu'en matière de média, les enjeux sont considérables car ils ne sont pas uniquement qu'économiques : ils sont également socioculturels.

Comme l'explique Daniel Junqua : « *cette démarche, dictée par des préoccupations d'abord gestionnaires et par la recherche du profit, conduit la disparition de publications jugées non rentables, ou insuffisamment rentables, et au regroupement dans une même structure contrôlée par les mêmes intérêts, d'un nombre plus ou moins importants de titres. Ce sont alors des espaces d'expression, de liberté, qui se ferment et le pluralisme qui est atteint* » ⁵⁵.

⁵⁴ Dictionnaire de droit des médias – Guide Legipresse

⁵⁵ La presse, le citoyen et l'argent, Le-Monde-Gallimard 1999 p. 131_132

L'avis de Robert Picard, créateur du Journal Of Media Economics est sur ce point extrêmement intéressante : ce dernier explique que la commercialisation excessive des différents vecteurs médiatiques représente l'obstacle majeur à la diversité⁵⁶. La crainte est qu'un même contenu puisse par une démultiplication des contenants être représenté de manière abusive, « *c'est la possibilité que certains points de vue ne soient pas représentés ou reflétés dans les médias, alors que d'autres le seraient trop, ou que des groupes d'intérêts puissent utiliser leur contrôle des médias pour exercer une influence politique indue et que le rôle des médias dans le processus démocratique ne soit ainsi compromis.* »

Les inquiétudes actuelles de concentration entre des fournisseurs d'accès et des entreprises « média » sont fondées sur un exemple particulier AOL Time Warner.

American On Line avait racheté en 2000 pour environ 140 milliards de dollars le plus grand groupe de média américain, Time Warner. Lors de la fusion, la nouvelle entité créée représentait un véritable « géant », d'une valeur boursière d'environ 350 milliards de dollars. Un très vif débat s'était ouvert et de nombreux observatoires dénonçaient une atteinte grave au pluralisme d'opinion. Selon la Fédération Internationale des Journalistes, la fusion est « *capable de redéfinir les mondes du divertissement, des communications et du commerce mais elle peut aussi menacer la démocratie, le pluralisme et la qualité des médias* ».

La convergence pourrait être un élément aggravant de ce phénomène de concentration. En effet, elle ne touche actuellement que le contenant, qu'il soit ADSL, UMTS, ligne RTC ou autres. Or, il apparaîtrait extrêmement dangereux pour le respect du principe de liberté d'expression qu'une même entité puisse à terme diffuser le même contenu grâce à un même contenant. Par exemple, la ligne éditoriale d'un site internet ne doit pas, au nom de l'indépendance des journalistes, être la même que celui d'un journal télévisé appartenant à un même groupe.

C'est pourquoi, le Parlement Européen a émis dans sa résolution un certain nombre de recommandations parmi les quelles:

- une demande aux Etats membres et à la Commission d'agir de façon à « *sauvegarder le pluralisme dans les médias et à veiller, en vertu des compétences qui leur sont dévolues, à ce que les médias soient libres, indépendants et pluralistes dans tous les Etats membres* ».

- une demande à la Commission de considérer les dispositions juridiques établies par l'Union dans ce domaine comme « *autant d'éléments fondamentaux de la politique communautaire destinés à préserver le pluralisme des médias en Europe, de manière à compléter le cadre réglementaire* »

- l'invitation des Etats membres à « *insérer dans leurs constitutions nationales le principe d'une responsabilité active en ce qui concerne la promotion du respect de*

⁵⁶ La concentration de la presse à l'ère de la " convergence " - Dossier remis à la Commission de la culture de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre du mandat portant sur *Les Impacts des mouvements de propriété dans l'industrie des médias* -Centre d'études sur les médias - Février 2001- p.36

la liberté et du pluralisme dans les médias »

Mais si l'ensemble de ces inquiétudes concernant la concentration des médias est justifié, faut-il pour autant faire le même procès au pur phénomène de convergence? Une redéfinition du lien contenant/contenu risque-t-elle pas de porter effectivement préjudice au pluralisme d'opinion?

Paragraphe second : Des garanties de droits et de faits encourageantes

Nous tenterons de répondre à ces critiques en prenant appuis sur des arguments de droit (sous paragraphe premier) et de fait (sous paragraphe second).

Sous paragraphe premier : Au niveau juridique

Il convient de rappeler avant tout que la liberté d'expression est garantie au niveau interne par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen :
« *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* » ;
et au niveau européen par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

1/ Au niveau légal :

a) au niveau européen : l'ensemble des textes européens qui ont pu être précédemment évoqués annonce clairement que le pluralisme d'opinion est un objectif qui doit être atteint.

- la Convention Européenne pour la Télévision Transfrontière : la liberté de réception et de retransmission est très clairement affirmée au sein de l'article 4 qui fait expressément référence aux objectifs de l'article 10 de la CEDH.

Elle représente un premier pas extrêmement fort. En effet, le premier texte réel d'ampleur relatif à la télévision ne se focalise que sur des droits fondamentaux dont le pluralisme d'opinion est une composante.

- la directive « télévision sans frontière » : il en est de même de la Directive

« Télévisions sans frontière » qui, on le rappelle, s'est développé concomitamment à la CETT. Ainsi, la logique du texte est intéressante. En effet, des objectifs tenant à la concurrence sont dans un premier temps du Préambule tenant au respect des règles du marché commun ou de la libre circulation des services. Puis, dans un second temps, le Préambule élargit l'ensemble de la directive à un « principe plus général, à savoir la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10 paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ». Le respect du pluralisme y est clairement énoncé.

- le Paquet Telecom : mais c'est surtout au sein du Paquet Telecom que l'on peut percevoir une volonté européenne réelle de préserver le principe du pluralisme d'opinion. En effet, il est très clairement indiqué dans l'ensemble des directives le composant, à commencer par son noyau, la directive « cadre » : « *garantir la défense du pluralisme des médias* » devient plus qu'un but, il devient l'essence même de l'ensemble des dispositions tendant à intégrer le phénomène de convergence au sein des législations nationales des Etats membres.

b) au niveau national: l'action combinée du CSA et de l'ARCEP doit être un garant du respect du pluralisme.

D'une part, nous avons précédemment étudié que chacune des deux autorités disposent de pouvoirs de régulation permettant d'assurer une concurrence efficace au sein des marchés des télécommunications et de l'audiovisuel, ensemble des communications électroniques.

D'autre part, quant au CSA, la loi de 1986 affirme fièrement en son article 13 que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel assure le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radio et de télévision, en particulier pour les émissions d'information politique et générale.* », nous pourrions rajouter, « quelque soit le biais de diffusion »! De plus, la même loi réaffirme à de très nombreuses reprises, concernant les autorisations ou les conventions précédemment citées, ce respect du pluralisme d'opinion.

Quant à l'ARCEP, il convient de rappeler que cette autorité a été créée à la base dans le cadre de l'ouverture d'un marché concurrentiel. C'est par conséquent sa raison d'être que d'éviter les abus de position dominante, les ententes ou toute autre action contraire à la concurrence et par conséquent, au pluralisme d'opinion.

On le voit l'ensemble des textes affirme de façon très claire leur attachement au principe du pluralisme d'opinion. Seules les règles propres au droit de la concurrence pourront permettre de sauvegarder cette liberté fondamentale par l'instauration de quotas prenant en compte non seulement les ententes et abus de position dominante mais également la possibilité d'entrer sur un marché.

En effet, l'histoire de la télévision a démontré que l'arrivée de nouvelles chaînes de télévision offrait au paysage audiovisuel français un regain de fraîcheur : création de Canal +, de M6 et maintenant, arrivée de la TNT qui permet non seulement de découvrir de nouvelles chaînes qui existaient précédemment sur le réseau câblé mais surtout des nouvelles chaînes offrant parfois des concepts

parfaitement nouveau (Direct 8 par exemple qui diffuse dans la journée l'intégralité de ses programmes en direct).

Nous noterons toutefois une petite réserve : s'il est indispensable d'énoncer des principes fondamentaux, il est également bon de pouvoir les mettre en pratique activement. En effet, les textes susvisés, et tout particulièrement le Paquet Telecom, ont certes eu comme volonté de modeler un droit dans lequel cette garantie fondamentale (notamment) serait le cœur d'une réflexion autour des nouveaux médias. Le Parlement Européen apparaît extrêmement concerné par cet objectif de pluralisme. En effet, nous avons indiqué ci avant la résolution du 22 avril 2004 demandant à la Commission de « présenter une proposition de directive relative à la sauvegarde du pluralisme des médias en Europe ». Les buts annoncés dépassent ici les simples questions économiques et sont véritablement focalisés sur des impératifs démocratiques.

L'observatoire des médias attend beaucoup des suites données à ce texte incitant la Commission à agir. Il prend exemple sur l'Italie dont il établit un portrait accablant : « *réunion du pouvoir économique, politique et médiatique entre les mains d'un seul homme, taux de concentration du marché télévisuel le plus élevé d'Europe, position dominante du groupe Mediaset reconnue en violation de la législation nationale, ingérences, pressions et actes de censure gouvernementaux répétés et prouvés à l'encontre de la liberté d'informer de la RAI, ...* » et décrit des phénomènes similaires dans d'autres pays d'Europe.

Énoncer un principe n'est pas suffisant : il faut pouvoir le faire appliquer. C'est le rôle du juge.

2/ Au niveau jurisprudentiel:

a) au niveau européen : définition de la liberté d'expression

La jurisprudence de la Cour Européenne est extrêmement vigilante au respect de l'article 10 de la Convention. Dans le célèbre arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, elle déclare protéger « *non seulement les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* ». Phénomène économique, la concentration peut aboutir comme nous l'avons démontré à violer le principe de la liberté d'expression. Elle a par exemple condamné une réglementation suisse qui interdisait la réception d'émissions russes : la liberté de recevoir des informations, corollaire de la liberté d'expression, s'étend à toute émission destinée au public au général. Le cas est intéressant car facilement transposable au phénomène de convergence: en permettant de recevoir par d'autres biais des programmes (télévisés, radio,...), elle participe au respect du pluralisme d'opinion.

Assurément, permettre à un même contenu d'être diffusé par plusieurs biais permet d'embrasser un public plus large.

b) au niveau interne :

Comme nous l'avons précédemment étudié, le Conseil d'Etat a eu l'occasion

dans un arrêt du 26 mars 2004 de rappeler « *l'objectif d'intérêt général de favoriser le développement des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique et, par suite, d'un plus grand pluralisme des courants d'expression socioculturels* ».

Or, le Conseil Constitutionnel avait déjà eu l'occasion d'affirmer que « *le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché* »⁵⁷

La convergence représente en ce sens l'aboutissement suprême de ce développement puisqu'elle permet de supprimer définitivement, du moins en théorie, toute liaison logique entre le contenant et le contenu. Il existe désormais une pluralité de solutions impressionnante pour l'obtention d'un même contenu. Par conséquent, favoriser le phénomène de convergence est un moyen de permettre au public de se faire entendre. Par conséquent, il nous apparaît illégitime de considérer que la convergence viole le pluralisme d'opinion: bien au contraire, elle permet de démultiplier sur différents vecteurs la diffusion de l'opinion.

Sous paragraphe second : en pratique

Au-delà des aspects juridiques, le mythe du contenant/contenu a pris une très forte importance aujourd'hui.

En effet, les professionnels qui proposent d'obtenir un même contenu par plusieurs contenants savent pertinemment que dans les faits, les utilisateurs ne sont pas demandeurs des mêmes services par rapport au média utilisé.

Ainsi, prenons comme illustration le cas le plus simple : la télévision. Comme nous l'avons vu tout au long de notre étude, la télévision peut et pourra être reçue soit sur un téléviseur classique soit sur un écran d'ordinateur soit sur un écran de téléphone (pour les utilisations les plus courantes). Peut-on légitimement penser que les téléspectateurs feront usage de leur téléphone comme ils le feront de leur téléviseur? Assurément non. Selon Lucien Rapp, « *un téléphone, fixe ou portable, un ordinateur ou un écran de télévision ne sont pas encore des outils interchangeables donnant accès à des services de même nature, comme si les usages spécifiques auxquels il les destine traditionnellement, s'étaient subitement confondus* ».

Selon Michael Bokobza, Directeur Général de Free et Carlo D'Asaro Biondo,

⁵⁷ Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, considérants. 8 à 10

Président Directeur Général d'AOL France, les fournisseurs d'accès à internet proposant des offres MultiplePlay ne sont que des « fournisseurs de contenu », « un distributeur de service ». Le but est de simplifier la vie d'utilisation du client et certainement pas de rentrer dans l'édition et l'assemblage de contenus qui est un « métier bien spécifique ». Le DG de Free pousse la métaphore à l'extrême en affirmant : « nous sommes un tuyau ». Marc Fossier, Directeur Exécutif Technologie et Innovation de France Telecom, quant à lui, suit, avec plus de prudence, la même logique en décrivant France Telecom comme « un opérateur de la mise en relation avec les partenaires ».

Cette position, que nous adoptons volontiers, est une réalité : selon une étude, les utilisateurs de service UMTS ont une durée quotidienne d'utilisation de ce service environ 2 minutes 30 par jour, par exemple (c'est le cas le plus cité) pour regarder les plus beaux buts du match de football de la veille ! On ne peut ainsi pas souscrire à l'affirmation de Pascal Ancian, directeur de la stratégie et du plan d'Orange France : « *le mobile est en effet un véritable quatrième écran après le cinéma, la télévision et l'ordinateur* ».

La convergence n'est pas en soi une concentration des médias. Elle est une possibilité d'obtenir plusieurs médias par un même « tuyau ». Ainsi, l'aspect rédactionnel et créateur de ceux qui font la télévision, la radio et l'internet n'est pas bouleversé. Les consommateurs conserveront à court terme leur utilisation traditionnelle de chacun des médias. Celle-ci n'est améliorée qu'en terme de qualité et de facilité d'utilisation. Ainsi s'il y a une homogénéisation des réseaux, il n'y a pas (à ce jour) une homogénéisation des contenus de ce réseau.

Il convient toutefois de rester vigilant sur d'éventuelles concentrations entre de potentielles futures fusion type AOL Time Warner. En effet, si la convergence n'a pas pour effet direct de provoquer cette concentration, il a pour objet d'établir une certaine connexité entre les industries de l'audiovisuel et des télécommunications. L'histoire a démontré que la création de superstructure de ces domaines d'activité est particulièrement dangereuse, surtout compte tenu de la force financière particulièrement impressionnante des entreprises de télécommunications qui n'est d'ailleurs pas sans inquiéter le secteur de l'audiovisuel, ces dernières disposent assurément de moyens plus réduits...

La convergence est donc une arme à double tranchant : elle peut permettre de multiplier les vecteurs de diffusion mais peut également en amont aboutir à des concentrations « naturelles » d'entreprises contraires au pluralisme d'opinion.

Section seconde : La convergence : une notion contestée par les professionnel

La convergence est l'objet de critiques, non seulement par ceux qui la créent techniquement (fournisseurs d'accès notamment) (paragraphe premier) mais également par des juristes qui rejettent le clivage contenu/contenant (paragraphe second).

Paragraphe 1 : L'avis des « fournisseurs de contenant »

La notion même de convergence paraît néanmoins être largement critiquée voir même déniée. En effet, à la base, les techniques de convergence sont issues d'un souci économique : celui de proposer des services plus alléchants car plus complets et plus économiques dans un même « package ». En réalité, les promoteurs de ce nouveau paysage des télécommunications et des médias en France n'ont qu'un objectif : proposer le maximum de contenu par l'intermédiaire de leur contenant.

Cette analyse purement marketing incite par conséquent une immense majorité de ces acteurs à rejeter la notion de convergence, ceux-ci la définissant comme l'utilisation de l'internet comme vecteur de nouveaux médias.

C'est pourquoi, des professionnels rejettent la notion de convergence et préfèrent parler de divergence. Cette précision terminologique démontre un véritable écueil de la part de nombreux professionnels qui créent l'usage de l'internet d'aujourd'hui et de demain.

Ainsi, Yann Motte, Vice Président du Groupe Yahoo! France a indiqué préférer vouloir parler de « divergence » au lieu de « convergence », expliquant que si aujourd'hui, la télévision par exemple est disponible sur internet, demain internet sera peut-être accessible depuis sa télévision. En réalité, cette précision terminologique prouve un mal de la convergence : trop peu de personnes savent la définir. La convergence s'est construite autour de l'ADSL mais elle n'est pas pour autant cantonnée au MultiplePlay tel que nous le connaissons actuellement. Assurément peut on affirmer que la « divergence » n'existe pas.

D'autres préfèrent ne pas nommer ce phénomène en indiquant que la seule référence en la matière est le contenu. Ainsi, que le vecteur soit la télévision, l'écran de l'ordinateur, le téléphone mobile, seul le service proposé doit être pris en considération. « Chacun son métier » comme l'explique Michael Bokobza. Cette affirmation est juste mais entre les métiers du contenu et les métiers du contenant, c'est à la loi de définir de quelle manière ils doivent interagir.

Paragraphe 2 : Pour les professionnels juristes

Il est vrai que la notion de convergence peut faire susciter le doute. Après un engouement tout particulier autour de ce que certains nommaient une révolution, la convergence est devenue très rapidement démodée avant de refaire surface de nos jours compte tenu de la multiplication des offres proposées par les différents fournisseurs d'accès. Or, ces oscillations ont pu être constatées dans un laps de temps relativement court : environ 3 ans!

Selon le Professeur Emmanuel Derieux, la convergence est un « phénomène

de rapprochement des techniques de communication audiovisuelle, des télécommunications et de l'informatique ou du numérique et de leurs usages ». On ne peut que souscrire à cette approche juridique consistant à ne pas individualiser une technique particulière de contenant.

Pourtant, tout le monde n'est pas en accord avec cette analyse et fustige une mauvaise utilisation des termes « contenant » et « contenu ». Comme l'explique Lucien Rapp, la « summa divisio entre contenant et contenu » est parfaitement superflu puisqu'un signal de télécommunication est « *à la fois un contenant (un moyen physique d'acheminement) et un contenu (le programme qu'il transporte)* ».

Nous ne partageons pas cette analyse. En effet, si un signal de télécommunication est très clairement le moyen d'acheminement, il n'est certainement pas le programme en lui-même car le programme ne saurait certainement pas se résumer à un vecteur de diffusion. Le programme est ce qui est proposé au consommateur : l'écoute de la voix de son interlocuteur, la vision d'une image ou d'une animation, sonorisée ou non.

En effet, l'évolution fulgurante des techniques et des services utilisés est en tel développement qu'il serait inapproprié de créer une notion vouée à la désuétude à court terme. Dénier le rapport contenu/contenant serait dénier le principe de neutralité technologique.

CONCLUSION

Le thème de la convergence est indiscutablement riche à de nombreux niveaux.

D'un point de vue économique, il démontre une métamorphose du paysage des secteurs de l'internet, de l'audiovisuel et de la téléphonie. La nouveauté ne réside plus dans la proposition de contenu mais dans la capacité d'offrir ces contenus par différentes voies. La capacité financière exceptionnelle des fournisseurs d'accès permet de proposer aujourd'hui des offres moins chères et plus complètes.

D'un point de vue sociologique, on risque d'assister, à court terme, à une modification des usages du consommateur qui deviendra tout à la fois internaute/télespectateur/auditeur/utilisateur du téléphone. Qui aurait pu imaginer il y a quelques années pouvoir recevoir son programme télévisé en haute définition, téléphoner dans l'ensemble du territoire métropolitain et surfer en haut débit avec un simple modem ?

Le droit a pris en compte l'ensemble de ces données afin de pouvoir construire un système juridique non seulement adapté à cette nouvelle réalité mais aussi et surtout pour palier à tout risque d'obsolescence. La tâche n'était pas aisée mais les systèmes juridiques européen et français, tel qu'il a été transposé, permet de réaliser, on peut le penser et l'espérer, cet objectif.

Version idyllique ? Cela est fort possible. En effet, L'Organisation pour la Coopération et de Développement Economique (OCDE) ne partage pas notre enthousiasme. Dans un rapport pour le moins complet relatifs aux « Perspectives du secteur des communications » pour l'année 2005, elle explique son scepticisme. Trois exemples intéressent très spécifiquement notre sujet⁵⁸.

D'une part, elle dénonce un engouement des opérateurs autour de la technologie des téléphones dit de « troisième génération ». Il est exact d'affirmer que de très fortes sommes ont été dépensées par de nombreux opérateurs européens (en France Orange et SFR) pour pouvoir accéder à un tel service. Cette possibilité d'obtenir une connexion à internet haut débit grâce à son téléphone mobile paraissait être « révolutionnaire » jusqu'à l'arrivée d'une norme, non pas concurrente, mais proposant le même service avec des débits bien plus élevés : le WiFi. L'OCDE explique dans son rapport que l'arrivée du WiFi risque de compromettre la viabilité économique de la téléphonie mobile de troisième génération.

D'autre part, l'OCDE dénonce une confusion de services pour l'utilisateur qui perdrait ses repères entre toutes les offres disponibles à ce jour pour recevoir la diffusion de la télévision : hertzien, câble, satellite, numérique terrestre, ADSL très principalement.

Enfin, elle émet son doute quant à l'utilisation de la téléphonie sur IP face aux

⁵⁸ Droit-Technologie.org « L'OCDE publie ses 'Perspectives 2005 pour les communications'. Le secteur des télécoms est en émoi ... » – Etienne Wery - http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1105

solutions des logiciels qui proposent le même service.

Sur ces trois points, nous ne partageons pas la même analyse.

Concernant l'utilisation du WiFi par rapport au 3G, il faut bien reconnaître que le confort d'utilisation de la première technologie dépasse de loin la seconde. Mais il ne faut pas perdre de vue, cependant que si les réseaux proposant l'UMTS couvrent des zones de plus en plus étendues (40% du territoire), il n'en est pas de même du WiFi qui est actuellement réservé aux grandes villes et dans des lieux à forte concentration de public : restaurants, hôtels, aéroports,...

Concernant la perte de l'utilisateur dans la multitude d'offres qui se présente à lui, il convient de rappeler que le secteur des communications électroniques n'est certainement pas le seul à proposer différentes catégories de service et, surtout que cela est signe d'un marché hautement concurrentiel.

Enfin, concernant la téléphonie sur IP, rappelons que le confort d'utilisation d'un téléphone reste largement supérieur à celui du logiciel qui impose de garder son ordinateur allumé et d'avoir à proximité un casque avec microphone pour palier l'absence de combiné ! Le consommateur qui aura opté, comme beaucoup, pour une offre MultiplePlay fera vite la différence.

Nous préférons garder une image positive de la convergence. La convergence est à l'image de celui qui en est le créateur, Internet : elle est en perpétuel mouvement et renouvellement. Les offres qui sont disponibles au jour de l'écriture de cette étude ne seront certainement pas les mêmes que celles qui seront proposées dans un an. Elles allieront très certainement l'ensemble des domaines de l'internet, de la téléphonie et de l'audiovisuel avec encore plus de confort pour l'utilisateur. Celui-ci bénéficiera de services plus rapides, plus pratiques, plus mobiles et à des prix relativement abordables. Le consommateur choisira.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- Dictionnaire de droit des médias – Emmanuel DERIEUX
Guide Legipresse – 2004
- Droit des médias – Sous la direction de Charles DEBBASCH
Editions Dalloz – 2002
- Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux
Décembre 2004
- Vocabulaire juridique – Association Henri CAPITANT
Presses Universitaires de France – 2000
- La presse, le citoyen et l'argent - Daniel JUNQUA
Le Monde Gallimard – 1999

Colloques :

- « Télévision et vidéo sur internet » - 23 mars 2005
Université Paris Dauphine – DESS 226
<http://www.mediabb.com/conference-226.php3>
- « *La concentration des médias en France, une réelle exception culturelle ?* »
Actes de la journée thématique organisée au Sénat le 9 juin 2005
<http://www.senat.fr/rap/r04-468/r04-468.html>

Rapports :

- *Perspectives 2005 pour les communications*
L'Organisation pour la Coopération et de Développement Economique
Août 2005
- *La concentration de la presse à l'ère de la " convergence "*
Dossier remis à la Commission de la culture de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre du mandat portant sur *Les Impacts des mouvements de propriété dans l'industrie des médias* -Centre d'études sur les médias
Février 2001
- *Le futur de la distribution des services audiovisuels*
Observatoire européen de l'audiovisuel
2005

Revues et journaux :

- Communication commerce électronique
- La lettre des télécommunications
- Les nouveaux dossiers de l'audiovisuel
- La lettre du CSA
- La lettre de l'ART/ARCEP
- Les Echos
- L'ordinateur individuel

Articles :

- Les nouveaux dossiers de l'audiovisuel n°5 juin/juillet 2005 p. 27s
- Les nouveaux dossiers de l'audiovisuel n°4 avril/mai 2005 p. 43
- Le Figaro – 16 septembre 2004
- Le Figaro Economie 18 août 2005
- Georges CHATILLON : Revue Droit De L'informatique Et Des Telecoms 98/2 – p.68-74
- La nouvelle architecture du droit de la communication – Communication Commerce Electronique – avril 2005 p.10s
- Evelyne CHERBIT : « *Télévision mobile et télévision sur mobile* » Communication Commerce Electronique – Juillet/Aout 2005 p.41
- Wolfgang CLOSS : « *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

- « *Contrôle des contenus sur internet liberté d'expression au sens de la convention européen des droits de l'homme* » – Pierre François Docquir Mai 2002 droit et Nouvelles Technologies

- Thibault VERBIEST
 - o « *Quel statut pour un service de quasi vidéo à la demande ?* » <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050818.shtml>
 - o « *Télévision sur mobiles : quel cadre juridique ?* » http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1088&motcle=mobile&mode=motamot

Sites internet :

- <http://www.arcep.fr>
- <http://www.csa.fr>
- <http://www.journaldunet.com/>
- <http://www.droit-technologie.org>
- <http://dess-droit-internet.univ-paris1.fr/bibliotheque/>
- <http://www.zdnet.fr>
- <http://www.overdrive-audiovisuel.com/>
- www.observatoire-medias.info
- <http://www.linternaute.com>
- www.sacd.fr
- www.neteconomie.com
- www.digiway.fr
- <http://rad2000.free.fr/glosntci.htm>