

6-1-2011

L'impact d'Internet sur les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel

Gilles de Saint Exupéry

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cjlt>

Recommended Citation

Gilles de Saint Exupéry, "L'impact d'Internet sur les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel" (2011) 9: 1 CJLT

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Schulich Law Scholars. It has been accepted for inclusion in Canadian Journal of Law and Technology by an authorized editor of Schulich Law Scholars. For more information, please contact hannah.steeves@dal.ca.

L'impact d'Internet sur les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel*

Gilles de Saint Exupéry

“Comme dans bien d'autres domaines, l'homme, merveilleux découvreur de techniques, s'est révélé incapable de les dominer.”¹

L'invention d'Internet n'est qu'un exemple de plus. Cependant la particularité de ce nouveau support de l'information est qu'il révèle des sensibilités dans toutes les sphères de la vie sociale occidentale, nous obligeant ainsi à relever le défi d'une supervision du réseau. Les médias audiovisuels, notamment, subissent une mutation sans précédent, aussi bien sur le plan technologique, économique,² juridique que social. Nous vivons à une époque captivante dans ce domaine, une époque de tension entre les différents acteurs du milieu, de sentiment de liberté pour les Internaute et de créativité juridique pour réguler³ et régler⁴ ces médias, aux responsabilités de plus en plus évanescentes.

Les médias⁵ sont des outils permettant la diffusion globale d'informations. Leur apparition est ancienne mais leur développement est intimement lié à nos connaissances en matière de diffusion de l'information. L'invention de l'imprimerie par Gutenberg a été essentielle en permettant la reproduction à grande échelle d'un support d'information. Le corollaire à la création d'un support est le développement de moyen de diffusion de l'information sur le plan géographique. D'un côté nous avons un support, de l'autre les moyens de transport de l'information et de son support (s'ils sont liés).

* LL.M. Droit des technologies de l'information Université de Montréal. This article is the winning entry of the 2010 IT. Can Student Writing Competition.

¹ Charles Debbasch, *Droit de l'audiovisuel*, 4^e éd, Paris, Dalloz, 1995, §1.

² Chris Anderson, *La longue traîne : la nouvelle économie est là!*, Paris, Pearson Education, 2007; Jean François Fogel et Bruno Patino, *La Presse sans Gutenberg*, Paris, Grasset, 2005; Jean-Louis Missika, *La fin de la télévision*, Paris, Seuil, 2006 à la p. 62.

³ Définition : « Equilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices, action de régler un phénomène évolutif (. . .) »; Gérard Cornu dir, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, *sub verbo* « réguler ».

⁴ Définition : « Soumettre à des règles; assujettir. . . »; *ibid*, *sub verbo* « régler ».

⁵ Définition : « abréviation de l'anglais américain mass media, “moyens de communication de masse”. Moyens de diffusion, de distribution ou de transmission de signaux porteurs de messages écrits, sonores, visuels (presse, cinéma, radiodiffusion, télédiffusion, vidéographie, télédistribution, télématique, télécommunication, etc.) »; *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2010*, *sub verbo* « média ».

L'apparition de moyens pour diffuser une information détachée de son support va être un second souffle pour les médias de masse. La découverte des ondes a permis l'apparition de techniques comme le télégraphe, le téléphone, et de nouveaux médias audiovisuels,⁶ que sont la radiophonie et la télévision. Ces systèmes de diffusion de l'information sont distincts du système de la presse papier notamment par cette dissociation support/information.

Or ces nouveaux médias, dont le fonctionnement à tout d'abord été en grande partie copié sur celui de leur homologue, la presse écrite,⁷ vont être assujettis à une réglementation plus stricte. D'une liberté d'édition, nous passons à un droit de diffusion accordé par les *Etats*.⁸ Ces derniers ont dû justifier cette atteinte à la liberté des individus, garantie de manière constitutionnelle.⁹ Les Etats ont chacun à leur manière, posé des rationalités qui vont justifier ce contrôle. La caractéristique du droit des médias c'est la « Difficile conciliation entre liberté d'expression, de communication et mécanismes de régulation étatique, »¹⁰ ce qui en fait un droit intimement lié à la culture de l'Etat dans lequel il s'inscrit.

Autour de cette régulation étatique se sont construits les modèles d'affaires et les comportements sociaux que le développement d'Internet vient mettre en péril. En effet ce nouveau mode de transmission de l'information, touche non seulement les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel, mais aussi le modèle économique de cette industrie et les comportements sociaux de consommation des médias. Cette convergence de phénomènes justifie l'ampleur du bouleversement que vit, notamment, l'audiovisuel, d'autant plus qu'une récente étude montre que les Canadiens passent pour la première fois plus de temps devant Internet que devant leur télévision¹¹ ce qui rend pressant le besoin de trouver un nouveau modèle pour Internet.¹²

Nous nous intéresserons particulièrement à la mutation du paradigme de la régulation de l'audiovisuel classique¹³ dû à plusieurs facteurs: pour être diffuseur

⁶ Définition : « Qui ajoute aux éléments du langage l'utilisation de l'image dans la communication. »; *ibid*, *sub verbo* « audiovisuel ».

⁷ *Missika*, *supra* note 2 à la p. 15.

⁸ Pour les fins de notre présentation en parlant des *Etats* nous considérons: le Canada, les Etats-Unis et la France.

⁹ Aux Etats-Unis : US Const amend I; au Canada : *Charte canadienne des droits et libertés*, art 2(b), partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11; *Charte des droits et libertés de la personne*, LC 1991, c 11, art 3, 44, modifiée par LC 1993, c 38, art 2(3); en France : Art 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789*; Art 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*]; *Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 modifiant loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

¹⁰ Emmanuel Derieux, *Droits des médias*, Paris, 3^e éd, Dalloz, 2005.

¹¹ Gilles de Saint Exupéry, « Television rules the Nation . . . not anymore! », en ligne : <<http://www.gautrais.com/Television-rules-the-Nation-not>>.

¹² Thomas Paris, dir, *La libération audiovisuelle, Enjeux technologiques, économiques et réglementaires*, Paris, Dalloz, 2004.

¹³ Nous entendons par *audiovisuel classique*, la diffusion hertzienne soumise à la législation sur la radiodiffusion, par opposition à l'*audiovisuel 2.0* diffusé sur Internet.

sur les ondes hertziennes il fallait être titulaire d'une licence accordée par l'Etat, sur Internet tout le monde peut l'être à sa guise. Les moyens techniques et financiers ne sont plus une barrière à l'entrée, le nombre de joueurs qui était jusque-là restreint devient, en théorie, incalculable. Le mécanisme de responsabilité mis en place est remis en cause, par la dilution des frontières, l'anonymat, ou l'insolvabilité des diffuseurs. Les modèles d'affaires doivent être revus, le spectateur devient un acteur, l'audience et les revenus publicitaires se fragmentent.

Tous ces phénomènes nous obligent à revoir les mécanismes de régulation mis en place. Nous poserons alors la problématique suivante :

QUELLE PLACE A LE MODELE DE REGULATION DE L'AUDIOVISUEL CLASSIQUE DANS LE CONTEXTE D'INTERNET?

Dans une première partie nous traiterons des rationalités qui pourraient justifier la mise en place d'une réglementation étatique, sur les supports classiques puis sur Internet. Puis, dans une deuxième partie, nous verrons que malgré l'existence de justifications au contrôle de l'audiovisuel sur le web par l'Etat, il est impossible de transposer sans adaptation le système de régulation actuel. Dès lors nous verrons dans quelle logique s'inscrit l'audiovisuel sur Internet et montrerons que celle-ci est le reflet d'un changement plus profond.¹⁴

Les mutations techniques qu'engendre Internet doivent être cernées pour permettre d'y développer un droit efficace. Comme le préconise Charles Debbasch il est nécessaire de connaître et comprendre les "techniques de radiodiffusion qui commandent en grande partie"¹⁵ le développement la réglementation de l'audiovisuel et le développement d'un droit à part entière. D'autant plus qu'aujourd'hui toutes les formes d'informations convergent vers ce nouveau support, mettant en exergue l'asymétrie réglementaire des médias, justifiée jusqu'ici par leurs différents supports. Ainsi nous pensons que les fondements de la réglementation étatique dans le domaine des médias audiovisuels ne changent pas fondamentalement, contrairement aux moyens pour ce faire.

I. LES RATIONALITES QUI SOUS-TENDENT LA REGULATION DE L'AUDIOVISUEL

Pour mettre en place une régulation de l'audiovisuel classique qui limiterait les libertés individuelles il convient d'avoir bâti de solides fondements que nous allons analyser (A) puis nous les transposerons à l'audiovisuel 2.0 pour savoir si ils sont toujours pertinents et nous ferons la lumière sur les rationalités émergentes dans ce domaine (B).

(a) L'audiovisuel classique

Nous allons nous intéresser aux fondements dont se sont servis les *Etats* pour justifier une réglementation plus stricte en matière de diffusion des œuvres audi-

¹⁴ Anna Mancini, *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa Philosophie*, Paris, Buenos Books International, 2006 à la p. 4.

¹⁵ Debbasch, *supra* note 1 §2.

ovisuelles à la radio et à la télévision. Nous aurons un aperçu des principales doctrines développées au Canada, aux Etats-Unis et en France ayant pour point commun : *le caractère public des fréquences*.¹⁶ La liberté d'expression et de communication a une valeur constitutionnelle¹⁷ dans ces *Etats*, mais différentes rationalités vont être à même d'y poser des limites. Celles-ci s'étendent sur un large panel que nous avons regroupé en deux catégories. Une rationalité d'ordre physique (1), la rareté des fréquences. Des rationalités liées à la situation politique, sociale et culturelle de chaque pays (2). La diversité de ces rationalités, quant à leurs caractéristiques mais surtout quant à leur utilisation, est intimement liée à la nature même des médias, qui véhiculent et regroupent la vie d'un pays, ses traditions et sa culture.

(i) D'une rationalité physique

L'audiovisuel classique est diffusé sur les ondes hertziennes. Celles-ci forment le spectre qui a un caractère physique limité. L'utilisation d'une même fréquence par deux émetteurs dans une même zone va engendrer des interférences et rendre la réception de l'information diffusée impossible. Cette caractéristique des ondes hertziennes va faire naître la théorie de la rareté des ondes qui a fondé, en partie, leur caractère public.

Aux Etats-Unis, cette théorie va justifier l'atteinte portée à la liberté d'expression pourtant protégée par le 1er amendement.¹⁸ L'Etat va s'approprier les ondes en permettant leur utilisation à un nombre limité d'acteur, tout en restreignant le pouvoir de choix quant au contenu des informations diffusées.

L'importance de cette rationalité est à relativiser dans des pays comme le Canada et la France contrairement à la place de premier plan qu'elle occupe aux États-Unis, mais au delà de ces distinctions entre pays, il convient de se demander en quoi le spectre est-il une ressource rare. Nous relèverons principalement trois « types » de raretés relatives au spectre :¹⁹

- *La rareté technologique statique*

Le spectre est une ressource non consommable et renouvelable cependant une diffusion simultanée sur une même longueur d'onde peut causer des interférences empêchant la bonne réception des ondes.²⁰

- *La rareté technologique dynamique*

Le spectre est un phénomène physiquement limité. Le nombre de fréquences disponibles ne peut être augmenté, alors qu'il paraît toujours possible d'augmenter la production de papier.²¹

¹⁶ Pierre Trudel et France Abran, « Le caractère public des fréquences » (1995) 4 Media and Communications LR 219 [Trudel, « caractère »].

¹⁷ *Supra* note 9.

¹⁸ *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 US 190 (1943); *Red Lion Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 395 US 367 (1969).

¹⁹ Trudel, « caractère », *supra* note 16.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

- *La rareté économique*

Elle résulte d'une demande supérieure à l'offre. Tout le monde ne peut émettre à sa guise sur les ondes, or l'audiovisuel est une source de revenu et de pouvoir très intéressante, les demandes d'autorisation de diffusion sont nombreuses, mais l'offre est physiquement limitée.

Le spectre est bien une ressource rare, au sens général²² et au sens économique. Cependant cette rationalité n'est pas exempte de critiques comme nous allons le voir. Les fréquences sont-elles gérées par l'Etat car ce sont des ressources rares ou bien sont-elles rares car gérées par l'Etat? Cette question révèle les divergences de points de vue quand à la rationalité de la rareté et plus profondément quant à la gestion de celle-ci, il est donc nécessaire de s'intéresser aux différentes critiques qui ont été formulées à ce propos:

- *La rareté technologique statique*

Cette rareté paraît intangible; en l'état actuel des connaissances du spectre il n'est pas possible d'éviter les interférences. Cependant les interférences ne justifient que la mise en place d'un mécanisme d'exclusion d'utilisation des ondes, comme le fait le mécanisme de propriété ou d'attribution de licence, selon les penseurs de *L'école de Chicago*.²³ Or les *Etats* vont plus loin que ce simple contrôle en imposant des devoirs aux diffuseurs. Cette critique porte plus sur le mécanisme mis en place pour gérer la rareté que sur la notion en soi. Enfin cette rareté semble se diluer avec l'apparition d'autres moyens de diffusions de l'information comme l'audiovisuel par satellite et surtout l'Internet.

- *La rareté technologique dynamique*

Le spectre est physiquement limité mais il est possible d'améliorer nos connaissances et notre gestion de celui-ci, pour exemple, le passage dans la majorité des pays occidentaux de la diffusion hertzienne analogique à numérique, optimisant l'utilisation des fréquences. De plus, un rapport du Sénat Français datant de 2007 révèle que la France diffuse deux fois moins de programmes sur deux fois plus de fréquences que les Etats-Unis.²⁴ Ce point met bien en exergue la possibilité d'augmenter le *rendement* des ondes, sous réserve de recherche technologique. Seulement les critiques²⁵ ont mis le doigt sur les limites de la gestion étatique des

²² Définition : « dont il existe peu d'exemplaires »; *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2010*, *sub verbo* « rare ».

²³ R.H. Coase, « The Federal Communication Commission » (1959) 2 *JL & Econ* 1, aux pp. 12-13; Matthew L. Spitzer, « Controlling the content of Print and Broadcast » (1985) *S Cal LRev* 1349 à la p. 1359; ces articles sont cités par Trudel, « caractère », *supra* note 16 aux pp. 4-5.

²⁴ Bruno Retailleau, « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique » Rapport d'information n° 350 (2006-2007) fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 27 juin 2007, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r06-350/r06-35031.html>>.

²⁵ Trudel, « caractère », *supra* note 16 à la p. 14.

ondes. Ce monopole et le système d'attribution des licences ne poussent pas les acteurs à investir dans la recherche d'une meilleure gestion du spectre, au risque de voir de nouveaux joueurs rentrer sur le marché.

- *La rareté économique*

Une fois encore les critiques²⁶ vont déclarer cette rareté imaginaire, ou du moins créée par le monopole public. Le coût d'obtention des licences étant trop bas, la demande devient supérieur à l'offre. Pour remédier à cette rareté le mécanisme de marché, prôné par les théories économiques néo-classiques, serait selon eux, la meilleure solution.

Cette présentation de la rareté à l'heure actuelle met bien en avant la relativité de cette rationalité face aux différents courants de pensées. Finalement ce n'est pas tant la rareté, que la gestion de celle-ci qui est source de divergences. D'un côté les tenants d'une logique de marché, de l'autre côté les défenseurs du monopole public. Dès lors les fréquences devraient-elles toujours être considérées comme relevant du domaine public?

(ii) À des rationalités publiques

Si la rareté était l'unique rationalité sur laquelle se sont fondés les Etats pour justifier une régulation plus rigoureuse des médias audiovisuels, alors il serait étonnant de voir qu'aucun d'entre eux n'a choisi depuis le mécanisme de marché, d'autant plus que celui-ci allègerait considérablement leurs charges. D'autres rationalités justifient donc ce contrôle, cependant les États-Unis se sont bornés à ne reconnaître que la rareté.²⁷ Les rationalités que nous allons présenter ci-dessous ont certainement contribué au maintien du monopole étatique aux États-Unis, mais jamais de manière explicite.

Les économistes néoclassiques prônent la logique de marché pour gérer la rareté, mais celle-ci ne prend en compte que des facteurs économiques comme l'offre et la demande. L'Etat, lui, en s'attribuant le monopole de la gestion de cette rareté a d'autres préoccupations: "(. . .) L'apparition des actions étatiques pour gérer la rareté est liée aux dangers qu'elle représente pour *l'ordre public et la cohésion sociale*."²⁸ [Nos italiques].

Ces deux rationalités vont justifier l'action étatique, au Canada et en France. Action positive, en souhaitant par exemple promouvoir la cohésion sociale, mais aussi négative en protégeant contre les dangers associés à ces médias. Comme le soulève Pierre Trudel, « il est clair qu'à leur apparition les médias électroniques ont fait peur aux dirigeants et élites de l'époque. »²⁹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ La FCC depuis une vingtaine d'année « met en sourdine » la rationalité de la rareté, *ibid* à la p. 19.

²⁸ Jean-François Calmette, *La rareté en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2004 à la p. 35.

²⁹ Trudel, « caractère », *supra* note 16 à la p. 2.

La régulation des médias audiovisuels s'inscrit dans un choix de société, dans une logique socioculturelle propre à chaque pays.³⁰ Tout va dépendre de l'utilisation que l'on veut en faire et de l'utilité que l'on veut leurs reconnaître. Plus fort que des rationalités d'ordres physiques, il existe donc des fondements politiques et socioculturels. L'Etat en tant que puissance absolue au sein de son territoire contrôle les moyens de communication en fonction des risques qu'ils représentent, pour le pouvoir et la population. Il va alors prendre en mains l'ombre et la lumière de ces médiums. La lumière (b), en valorisant les avantages que ceux-ci procurent, l'ombre (a) en interdisant certaines pratiques.

(A) L'ombre de l'audiovisuel

Les médias audiovisuels ont un caractère différent du journal papier par leur force d'endoctrinement. Le son et les images animées sont plus à même de convaincre, de persuader les foules. À leur apparition, la télévision et la radio furent la première source d'information quotidienne accessible à tous, du savant à l'illettré. Ces derniers, composant une majorité de la population, allaient enfin avoir accès librement aux médias. C'est précisément là que le danger réside puisque les personnes moins formées possèdent généralement une moins bonne capacité de discernement, en faisant ainsi de véritables proies.

Mais ils ne sont pas les seules, l'histoire nous a montré à quel point nous sommes tous des proies de l'audiovisuel.³¹ En 1938, Orson Welles, précurseur, lisait *The War of the Worlds*³² sous forme de brèves d'actualités racontant l'invasion extraterrestre sur la radio CBS aux États-Unis. L'onde de choc fût immédiate, le mythe des auditeurs ayant pris la fuite par peur de l'invasion lancé.³³ Dans le même esprit, la diffusion en 2006 à la RTBF (télévision publique belge), d'un programme spécial en plein journal télévisé de 20H faisant annonce de la sécession de la Belgique en deux pays. Malgré un bandeau en bas de l'écran mettant en garde le téléspectateur de la fiction de cette émission, toute la Belgique y a cru.³⁴

Corollaire de ce danger, il faut souligner le caractère intrusif de ces médias qui "entrent dans les salons de la nation"³⁵ sans acte de volonté des spectateurs, devenus *passifs* par la difficulté de se soustraire au message diffusé.

Les dirigeants de l'époque l'auront vite compris, l'audiovisuel est une lame à

³⁰ Sydney W. Head, *World Broadcasting Systems: A comparative analysis*, Belmont, Wadsworth Publishing, 1985 à la p. 2; cité par Trudel et Abran, *Droit de la Radio et de la Télévision*, Montréal, Editions Thémis, 1991 à la p. 20.

³¹ Paul Villach, « « Le jeu de la mort » sur France 2 : la dangereuse soumission aveugle à l'autorité expliquée à tous », en ligne : <<http://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/le-jeu-de-la-mort-sur-france-2-la-71882>>.

³² Herbert George Wells, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/The_War_of_the_Worlds>.

³³ Orson Welles, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/The_War_of_the_Worlds_%28radio%29>.

³⁴ En ligne : <<http://www.liberation.fr/monde/010113634-mauvaise-blague-pour-les-belges>>.

³⁵ Trudel, « caractère », *supra* note 16 n 25.

double tranchant, l'endoctrinement ou l'enseignement. La doctrine de l'impact des médias n'a pas eu beaucoup d'écho aux Etats-Unis. En France et au Canada celle-ci a sous tendu la mise en place de leurs législations respectives.³⁶

En France la rationalité de la rareté des fréquences n'a pas été l'élément déclencheur du monopole de l'Etat, puisque celui-ci existait déjà sur tous les moyens de communications de longue date.³⁷ Ce monopole aurait pour origine des "préoccupations de sécurité" dans le but de "protéger la défense nationale". L'espace aérien est en proie à une « guerre des ondes » que chaque Etat mène pour conserver sa souveraineté.³⁸ Après la défense, les rationalités politiques ont pris le relais, il fallait contrôler l'information accessible aux citoyens.³⁹ En France la Presse a connu une grande période de liberté après la révolution, alors que les médias ont été strictement contrôlés pendant l'occupation.⁴⁰ La régulation des médias est clairement ancrée dans les cultures et intimement liée aux événements historiques ayant marqué chaque pays.

Parallèlement à l'appréhension de ces dangers inhérents à la nature des médias de masse, d'autres justificatifs sont avancés pour limiter la liberté d'expression. La protection de la dignité des personnes, la nécessité d'une information pluraliste et véridique, la qualité⁴¹ des contenus, etc. Nous pensons que ces différents critères que devraient remplir l'information découlent des exigences mêmes d'un contenu audiovisuel dans une société libre et démocratique. La *Loi sur la radiodiffusion* Canadienne reconnaît cette nécessité, tout comme l'éthique journalistique. Ce n'est pas le cas de la législation américaine. En effet la liberté d'expression, par sa prééminence, règle un certain nombre de problèmes. Les notions d'équilibre, de diversité et de respect de la dignité des personnes ne sont pas aux nombres des critères à respecter par les diffuseurs, à l'exception près de la décence qui est très rigoureusement encadrée.⁴²

Cette part d'ombre des médias, est rarement évoquée dans les législations bien qu'elle soit la toile de fond de leur régulation depuis leur création. Les législations Canadienne et Françaises mettent, elles, plus en avant les aspects positifs que véhiculent ces médias.

³⁶ LC 1991, c 11, modifiée par LC 1993, c 38 [*Loi sur la radiodiffusion*]; *Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, JO 7 mars 2009 4321.

³⁷ Diane de Bellescize et Laurence Franceschini, *Droit de la communication*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005 à la p. 22.

³⁸ René Naba, *Guerre des ondes, guerre de religion*, Paris, L'Harmattan, 1998 à la p. 15.

³⁹ *Debbasch*, *supra* note 1 §7.

⁴⁰ *Bellescize et Franceschini*, *supra* note 37.

⁴¹ Pierre Trudel, « Law in pursuit of Information Quality » dans Urs Gasser, dir, *Information Quality Regulation: Foundations, Perspectives and Applications*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Schulthess, 2004 91.

⁴² Voir notamment l'affaire du *Nippligate* de Janet Jackson au SuperBowl de 2005.

(B) La lumière de l'audiovisuel

Utilisé à bon escient, un médium intrusif et à fort pouvoir de persuasion peut devenir un outil, au profit de la culture, de l'éducation et du divertissement.⁴³ C'est à travers cette optique que le Canada et la France ont développé leur politique de radiodiffusion et ont conféré à leurs lois un caractère incantatoire et transcendant.

Au Canada, du rapport Aird en 1929, au rapport Applebaum-Hébert de 1982 en passant par la *Loi sur la radiodiffusion*,⁴⁴ les fondements du service public de la radiodiffusion sont plus à caractère social et culturel que physique.⁴⁵ La radiodiffusion est considérée comme "un outil de création, d'éducation et d'information,"⁴⁶ en plus d'être du simple divertissement. Une charge plus lourde qu'aux États-Unis, pèse sur les acteurs de ce domaine : "La radiodiffusion a toujours été perçue à Ottawa comme un puissant moyen de promouvoir l'unité canadienne et la connaissance du pays."⁴⁷

La *Loi sur la radiodiffusion* pose en principe que le "système canadien de radiodiffusion (est) essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle."⁴⁸

Le Canada ne s'est pas contenté de reconnaître les fréquences d'émissions comme relevant du domaine public, il a assujéti l'utilisation de celles-ci à des devoirs de service public à caractère socioculturel : c'est la doctrine « de la culture et de l'unité canadienne »⁴⁹ qui tend à protéger la souveraineté nationale. Ce choix politique n'est pas exempt de critiques puisqu'il crée, de facto, un déséquilibre entre l'exigence économique de rentabilité et la nécessité de mettre en avant les aspects socioculturels rarement porteur de profit, du moins économique.

Aux États-Unis, le besoin de protection de la "culture nationale" ne s'est jamais fait sentir, au contraire, le développement des médias à l'échelle planétaire a permis une très forte *américanisation* de la culture. La culture américaine a ainsi fait figure de phagocyte de la culture mondiale, à l'instar de « l'American dream ».

La France a une approche mixte entre ces deux politiques législatives. Sans pour autant promouvoir "l'identité nationale et (...) la souveraineté culturelle,"⁵⁰ la protection culturelle y est plus encadrée qu'aux États-Unis, en obligeant les radiodiffuseurs à investir dans des productions nationales.

Corollaire de la protection de la souveraineté culturelle, il faut favoriser le financement des industries audiovisuelles nationales afin de leurs permettre l'accès

⁴³ *Missika*, *supra* note 2 à la p. 13; il cite le slogan de l'ORTF : « informer, éduquer, distraire ».

⁴⁴ *Supra* note 36.

⁴⁵ Gaëtan Tremblay, « Le service public : principe fondamental de la radiodiffusion canadienne » Rapport présenté le 2 septembre 1986 à la Commission Caplan-Sauvageau aux pp. 8-11.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid* à la p. 10.

⁴⁸ *Supra* note 36, art. 3(1)b.

⁴⁹ *Trudel*, « caractère », *supra* note 16, n 67.

⁵⁰ *Supra* note 36, art. 3(1)b).

aux médias, et assurer la meilleure efficacité des radiodiffuseurs. Ces différentes rationalités ont été des éléments essentiels au Canada et en France contrairement aux Etats-Unis où le mécanisme de marché a permis l'expansion de la culture et de son industrie.

Les différentes rationalités que nous venons d'exposer ont justifié, jusqu'ici, une régulation étatique plus stricte des médias audiovisuels mais l'arrivée d'Internet et le déploiement des nouveaux médias à travers cet outil met en exergue l'asymétrie réglementaire. Alors que l'audiovisuel classique continue d'être rigoureusement surveillé, l'audiovisuelle 2.0 s'affranchi de toute réglementation spécifique. Deux écoles vont s'affronter : d'un côté les partisans de la nécessité de poser des barrières à Internet et aux médias diffusés par son intermédiaire, de l'autre côté, les défenseurs d'un allègement de la réglementation des médias classiques afin d'éviter, notamment, une concurrence déloyale.

Nous allons maintenant nous intéresser aux différentes rationalités qui justifieraient ou non la régulation de l'audiovisuel sur le web.

(b) L'audiovisuel sur Internet

Il convient de voir si les rationalités qui ont justifiées la mise en place d'une régulation étatique de l'audiovisuel sont transposables sur le net. Nous avons classé celles-ci en trois catégories : la rationalité qui ne s'applique plus sur Internet (a), celles qui pourraient s'appliquer (b), et enfin celles qui émergent (c).

(i) La rationalité qui ne s'applique pas

La seule rationalité qui n'a pas sa raison d'être sur internet est la rareté des ondes. Celle-ci est liée au moyen technique de diffusion, or ce n'est plus par le biais du spectre des ondes radioélectriques qu'Internet se propage, mais par un ensemble plus complexe et varié de mécanismes formant chacun des réseaux reliés entre eux. Plusieurs articles scientifiques parlent de la possible saturation d'internet,⁵¹ mais la manne financière que dégage ce secteur et les possibilités qu'il offre, laisse à penser que tous les acteurs bénéficiant de revenu par ce nouveau support, travaillent en harmonie pour assurer le développement et la pérennité du réseau.

(ii) Les rationalités qui peuvent s'appliquer

Toutes les *rationalités publiques* évoquées, peuvent trouver leur place sur la toile, mais étant ancrées dans une logique politique, sociale et culturelle, elles seront plus facilement sujettes à controverse qu'une rationalité physique. Avec Internet, la difficulté pour les imposer sera d'autant plus grande qu'il faudra trouver l'appui de la communauté internationale. Le nombre de décideurs ne se réduisant plus à un Etat, les divergences d'idées et les difficultés d'application en sortent décuplées et entame la marge de manœuvre des Etats. Avant de s'intéresser à cet aspect de la régulation il convient de transposer les rationalités précédemment évoquées à l'audiovisuel 2.0.

⁵¹ En ligne : <http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/11/23/internet-sature-les-reseaux-de-telephonie-mobile_1270780_651865.html>.

Avec Internet l'idée de souveraineté culturelle reste bien présente et ce d'autant plus que tous les pays ont accès au réseau. Par contre la question de l'accès aux médias se résout par la facilité technique de diffuser des informations sur le web par le biais d'un site, d'un blog, d'une plateforme vidéo, etc.

La problématique du financement des industries nationales émerge fortement, car les plans d'affaires sur lesquels étaient bâtis l'industrie s'effondrent.⁵² Nous ne nous attarderons pas sur ce point mais le financement étant le nerf de la guerre, un nouveau modèle doit être trouvé pour assurer la pérennité et la qualité de nos systèmes d'informations nationaux, au risque de voir apparaître de super puissances de l'information au caractère hégémonique. En matière d'efficacité des radiodiffuseurs, nous ne parlerons plus de gestion du spectre mais plutôt de gestion de bande passante. Le problème n'est plus tant d'assurer que chaque radiodiffuseur puisse correctement diffuser des œuvres, mais plutôt que chaque internaute puisse correctement les recevoir et les visionner. De grandes disparités existent non seulement en matière de « vitesse » du web entre les pays, mais aussi en matière de disponibilité de la bande passante (quantité). L'amélioration de l'offre par les fournisseurs d'accès risque de coûter cher mais c'est le prix à payer si la convergence des médias vers Internet continue à ce rythme.

Les justifications fondées sur l'impact et l'intrusion des médias peuvent être remises en cause. Avec l'audiovisuel classique l'auditeur était inactif, passif. Il ne faisait qu'ingurgiter les flots d'informations fournis par sa radio ou sa télévision. L'érosion de cette rationalité a commencé avec la multiplication des offres, l'auditeur ayant la possibilité de changer de fréquence pour obtenir une autre source d'information. Seulement cela n'atténueait en rien leur caractère intrusif, ni leur impact sur les auditeurs. Les images et les sons sont propices à faciliter l'adhésion des foules, leur pouvoir d'endoctrinement est très fort puisque, contrairement à ce qui est écrit, ils sont censés représenter la réalité. L'écrit est lié aux convictions de son auteur, alors que le son et la vidéo apparaissent comme des miroirs de la réalité, mais cette conviction change avec la banalisation des moyens techniques de créations d'images et de sons. Les internautes seraient-ils moins crédules? Il est encore trop tôt pour répondre à cette question mais il est sûr que la facilité d'accès à une multitude de sources⁵³ rend plus difficile la collusion des diffuseurs.

Alors que l'audiovisuel traditionnel regroupait des millions de téléspectateurs ou auditeurs derrière leurs postes de radio ou de télévision, la multiplication des offres (la tendance est générale à tous les médias) fragmente l'audience. Cela remet en cause ce qui justifiait un contrôle important de l'information diffusée du fait de son fort pouvoir d'endoctrinement et de mobilisation d'une nation entière.⁵⁴ Pour Jean-Louis Missika, la *Télévision*, symbole de mobilisation, est morte. Toutes ces assertions doivent être relativisées, car d'une part nous ne connaissons pas encore

⁵² Lawrence Lessig, *Remix*, New York, The Penguin Press, 2008, p. 37 [Lessig, *Remix*]; A. Mancini, *Une philosophie du Droit pour le monde virtuel*, Paris, Buenos Books International, à la p. 26 [Mancini, *philosophie*]; Missika, *supra* note 2 à la p. 62.

⁵³ Sauf en Chine avec l'instauration du « Great firewall », en ligne : <<http://www.greatfirewallofchina.org/>>.

⁵⁴ Missika, *supra* note 2.

le véritable impact de cette fragmentation,⁵⁵ d'autre part qui dit Internet dit marché international, fragmentation de l'offre mais expansion du marché.

Quant aux rationalités *positives* elles peuvent aussi être transposées sur le web. Nous pensons que l'outil média est à distinguer de son support. L'audiovisuel, et plus généralement les médias, qu'ils soient radiodiffusés par ondes hertziennes ou disponibles sur le web, ont un caractère d'intérêt général qui implique de plus grandes attentes et responsabilités, et dont l'objectif fondamental ne doit pas être le profit économique mais le profit social.

L'Internaute est dans une logique d'accès immédiat, plus question d'attendre que le journal télévisé du soir lui dicte les nouvelles, il veut avoir accès « à tout, n'importe quand. »⁵⁶ Il est donc primordial de défendre les valeurs que sont : l'accès aux médias sur l'ensemble d'un territoire national, le droit du public à l'information, l'expression pluraliste, l'équité, l'équilibre, la véracité et la qualité de l'information. Ces besoins doivent être inhérents à l'information et non pas au type de médium, de support, utilisé pour la diffuser.

(iii) *Les nouvelles rationalités*

L'audiovisuel classique est contrôlé par des professionnels⁵⁷ précisément identifiés. La connaissance qu'ils ont de leur domaine d'activité assure qu'ils respecteront les charges qui pèsent sur eux et en cas de manquement à cette obligation leur responsabilité, pourra facilement être mise en cause. Sur Internet, tout le monde peut devenir producteur et diffuseur.⁵⁸ Producteur car le coût des moyens techniques nécessaires à la fabrication d'œuvres audiovisuelles a considérablement baissé, diffuseur car quiconque ayant accès à Internet peut y diffuser *librement*⁵⁹ du contenu par l'intermédiaire de différentes plateformes dont l'accès est sans cesse simplifié. Ce nouveau phénomène va faire ressurgir une rationalité rampante dans le cadre de l'audiovisuel classique, la protection des droits d'auteurs.

Cette problématique est majeure sur Internet, véritable terrain d'affrontement entre ayants droits et "n'ayants-pas-droit-mais-le-prenant-quand-même."⁶⁰ Le droit

⁵⁵ D'ailleurs nous pouvons relever que la fragmentation de l'audience est plus avancée au États-Unis qu'en France ou en Royaume-Unis, pour plus de détails voir : Missika, *ibid* à la p. 40.

⁵⁶ Lessig, *Remix*, *supra* note 52 à la p. 44.

⁵⁷ *Ibid* à la p. 29; L'auteur relève que le XXe siècle marqué par la professionnalisation de la culture, a fait peur à certains. Le XXIe siècle sera celui du retour à la culture amateur.

⁵⁸ Lessig, *Remix*, *supra* note 52; Mancini, *philosophie*, *supra* note 52; Missika, *supra* note 2; Trudel, « caractère », *supra* note 16.

⁵⁹ Sous réserve des législations nationales à ce sujet. Cependant nous doutons de l'efficacité d'une législation très stricte en la matière, à l'exemple du décret Italien imposant à toute personne souhaitant mettre en ligne une vidéo de faire une demande préalable. En ligne : <<http://www.01net.com/editorial/511456/la-mise-en-ligne-de-videos-soumise-a-autorisation-en-italie/>>.

⁶⁰ de Saint Exupéry, "Peer-to-peer c. Ayants droits, 2010 Worldwide", en ligne : <<http://www.gautrais.com/Peer-to-peer-c-Ayants-droits-2010>>.

d'auteur tel que nous le connaissons est fondé sur une technologie dépassée⁶¹ celle de l'analogique, du support contrôlé par le producteur. L'arrivée du numérique, qui simplifie la copie et la diffusion des œuvres audiovisuelles, remet en cause l'ancien mécanisme qui a beaucoup de mal à s'imposer, si ce n'est au prix de procès envers les internautes dont le seul tort est souvent d'avoir voulu accéder à la culture! Le débat sur le droit d'auteur n'étant pas le cœur de notre sujet nous ne nous y attarderons pas, bien qu'il soit passionnant et fondamental à l'heure d'Internet. Ce qui pourrait tuer le web, c'est le système actuel des droits d'auteurs et l'acharnement aveugle de l'industrie audiovisuelle qui protège « ses rentes » telles des « marchands de tapis. »⁶² Nous ne pensons pas que la culture doit nécessairement être gratuite, seulement il faut revoir les plans d'affaires qui permettraient de faire vivre cette industrie (sic) et surtout ses artistes, sans pour autant faire payer toujours plus les consommateurs et enrichir les intermédiaires.

Derrière cette guerre dont les fondements sont le financement des ayants droits plus que des artistes, se trouvent d'autres problématiques plus à même de rassembler l'opinion publique. Sur Internet, l'anonymat et la facilité de diffusion et d'interaction posent d'importants problèmes de respect de la dignité humaine, de protection de la jeunesse, de protection contre la diffamation et de protection de la vie privée.⁶³

Comme expliqué précédemment, non seulement l'audiovisuel classique est géré par des professionnels sur lesquels pèsent de lourds risques, mais en plus aucune interactivité n'y est possible.

En matière de protection de la jeunesse, de simples réglementations techniques et horaires suffisaient à assurer une protection efficace. Ce n'est plus le cas avec Internet : n'importe qui, a accès à n'importe quoi, n'importe quand, sans limite et contrôle, à priori. Les choses changent, puisque le Far West qu'était Internet à ses débuts a été encadré sous l'autorité de quelques "shérifs". Cependant il ne suffit plus de dire que les contenus déconseillés aux enfants doivent être diffusés à des heures tardives auxquelles ils sont supposés dormir. La responsabilité des diffuseurs se transfère aux parents. À l'heure actuelle, le seul moyen de protéger la jeunesse sur le web est l'instauration de mesures techniques à l'initiative de chaque parent sur les ordinateurs auxquels leurs enfants ont accès. Tâche titanesque si l'on conçoit qu'il est possible de se connecter au web avec la majorité des appareils électroniques actuels, du téléphone à la console de jeu en passant par le lecteur mp3.

La problématique en matière de diffamation, de dignité humaine et de vie privée s'intensifie elle aussi sur Internet, avec une dilution de la responsabilité en cas d'atteinte à ces droits. Les internautes sont difficilement identifiables (techniquement et économiquement), parfois hors juridiction et souvent insolubles. Les diffuseurs de contenu sur Internet disposent donc d'une immunité territoriale et

⁶¹ Lessig, *Remix*, supra note 52 à la p. 37.

⁶² Jérôme Huet, « Le beurre et l'argent du beurre » Recueil Dalloz, 2009, à la p. 2939.

⁶³ P. Trudel, « Points de vue sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation » dans *La rencontre des anciens et des nouveaux médias* (actes du colloque sur les modèles d'affaires et la régulation tenu à Montréal en novembre 2006).

technique jusqu'alors inconnu des diffuseurs classiques.

Le problème se déplace à chaque fois, du *faut-il réglementer* à *comment réglementer*? Mais tous les acteurs du milieu ne sont pas convaincus que les rationalités que nous venons de présenter justifient une régulation étatique du web. Ne serait-ce pas par peur de la forme que pourrait prendre celle-ci, plus que par rejet de l'idée elle-même? Sous quels prétextes serait-il possible de s'opposer à la protection de la jeunesse, de la diffamation, de la vie privée et de la culture, à moins d'être un fervent opposant de la société de droit et des principes démocratiques? Une *cyber anarchie* fait-elle vraiment rêver les internautes, si ce n'est ceux qui en tirent profit?

II. UNE MUTATION PROFONDE DES PARADIGMES

Internet affecte non seulement les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel et les rationalités qui justifiaient une réglementation étatique mais surtout, Internet est le reflet d'une mutation plus profonde de la société occidentale.⁶⁴ Pour mettre en place une régulation de l'audiovisuel 2.0 qui protégerait efficacement l'intérêt public il nous paraît non seulement nécessaire de connaître les nouveaux paradigmes qui s'y attachent (A) mais aussi de mettre en évidence le lien entre la régulation d'Internet et la dissolution de l'Etat providence (B).

(a) D'une logique de diffusion à une logique de gestion de risque

Comme nous l'avons vu dans la partie précédente il existe plusieurs rationalités justifiant une régulation de l'audiovisuel sur le web, en vue de protéger les intérêts publics et nationaux. Bien que le débat ne soit pas tranché, la balance penche vers une régulation étatique (1) qui devra prendre en compte la mutation de paradigme pour être efficace (2).

(i) *Le débat sur la régulation*

Les détracteurs de la réglementation étatique du web voient dans cet outil le symbole d'une liberté retrouvée, la fin de l'absolutisme de l'Etat et du dogme des élites. Internet est un merveilleux espace d'échange, de partage et de liens, comme si l'individualisme exacerbé de nos civilisations prenait fin. Une nouvelle communauté est née, cette fois-ci sans frontières, sans barrières idéologiques, étatiques, culturelles. Cette vision est enchantée, elle émerveille, nous aimerions y croire. Fini les a priori, les clivages socioculturels créés par les élites, fini les préjugés d'un ancien temps, de celui où l'on pensait la Terre plate et où l'on prenait les autochtones pour des *bêtes* ou des *sans-âmes* (sic). Mais tout ce qui peut être utilisé à bon escient peut l'être à mauvais.⁶⁵ Raisonement trivial mais important car : L'audiovisuel est une lame à double tranchant, l'endoctrinement ou l'enseignement. Cette caractéristique des médias audiovisuels classique prévaut toujours sur le web.

Internet est un symbole de liberté, mais c'est aussi un nouveau lieu de rencontre et de partage ou *la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres*. Le

⁶⁴ Mancini, *philosophie*, supra note 52.

⁶⁵ *Ibid* à la p. 4.

web est un nouvel espace public, source de droits mais aussi de devoirs et de responsabilités. En laissant cette espace s'autoréguler, le respect mutuel s'imposera difficilement de lui même, bien que certains ne soient pas du même avis : "La liberté de tout dire n'a d'ennemis que ceux qui veulent se réserver la liberté de tout faire. Quand il est permis de tout dire, la vérité parle d'elle-même et son triomphe est assuré."⁶⁶

Loin de vouloir limiter la possibilité de faire surgir la liberté, il faut contrôler les innombrables abus et emportements de certaines personnes pour lesquels les valeurs du monde matériel se volatilisent dans l'immatériel. Nous pensons qu'il est nécessaire d'y poser des règles et de faire prendre conscience aux gens que leurs agissements sur Internet, ne sont pas ceux de quelqu'un dans l'intimité de son foyer, mais ceux d'un artiste de one man show devant des centaines, voir des milliers de personnes. La problématique de la régulation de l'audiovisuel sur Internet s'inscrit donc dans celle, plus large, de la régulation d'Internet :

Le village global est une réalité technique qui attend un projet politique; car plus les techniques réduisent les distances géographiques, plus les distances culturelles prennent de l'importance et obligent à un projet humaniste pour que les hommes se tolèrent. Sinon, l'information et la communication, qui ont été pendant des siècles des facteurs de liberté et de progrès, peuvent devenir au XXI^{ème} siècle des facteurs de guerre.⁶⁷

Nous pensons que les caractéristiques de l'audiovisuel, qui justifiaient jusque-là une régulation, restent globalement les mêmes sur la télévision ou sur le web : leur attraction, leur impact et leur pouvoir de persuasion. À croire qu'en 2000 ans d'histoire, la fameuse maxime héritée de Saint Thomas, *il faut voir pour le croire*, soit plus que jamais d'actualité. Mais il y a une différence de taille, à l'époque de Saint Thomas il suffisait souvent de voir pour croire, à l'heure de l'immatériel, croire ce que l'on voit paraît très dangereux!

Si la télévision et la radio sont si faciles à croire, méfions nous d'autant plus d'Internet où les miracles sont vite arrivés, et les trucages tellement simples! La nécessité de mettre en place une régulation du web et un partage de risque/responsabilité s'impose, pour assurer que ce nouveau support de l'information devienne une source de savoir et d'information et non un lieu de divertissement plus ou moins avouable et l'ancre de la désinformation.

Le débat est vif et non tranché, mais la balance penche inexorablement vers plus de réglementation.⁶⁸ Jusqu'à présent chaque Etat était maître sur son territoire et décidait, à la lumière des valeurs sociétales, quels étaient les choix politiques les plus pertinents (pour gagner les élections). Sur Internet la dissolution des frontières change la donne, les Etats vont avoir du mal à imposer leurs dogmes, sauf au prix d'une déconnexion du réseau à l'image de la Chine. Ce sont les entreprises du web qui font la loi, c'est elles qui décident des valeurs qu'elles veulent prôner, de l'image de marque qu'elles veulent refléter. Le risque est donc de voir apparaître

⁶⁶ Henri Leclerc, « La liberté d'expression et Internet », Petites Affiches (10 novembre 1999).

⁶⁷ Dominique Wolton, en ligne : <<http://www.wolton.cnrs.fr/>>.

⁶⁸ Voir par exemple la réglementation chinoise, les négociations secrètes de l'ACTA, les débuts de l'HADOPI en France qui inspire le Royaume-Unis, etc.

une sorte d'hégémonie de la culture⁶⁹ défendue par les grandes entreprises maîtresses du réseau. Or celles-ci sont souvent contraintes par leurs lois nationales, ce qui revient indirectement à imposer des lois nationales sur le réseau, mais pas n'importe lesquelles, principalement américaines.⁷⁰

(ii) *Un nouveau paradigme*

La régulation d'un *ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées* se fait par l'intermédiaire d'*interventions normalisatrices*,⁷¹ mais alors que certains sont partisans du marché, d'autres défendent la gestion étatique. D'un côté l'idée de profit individuel, de l'autre celle de profit collectif. L'audiovisuel doit-il être un outil de culture, d'information et de divertissement de haute qualité,⁷² ou être laissé à la merci du bénéfice économique?⁷³

La régulation de l'audiovisuel classique, menée par l'Etat, imposait droits et devoirs aux fournisseurs à la lumière d'une analyse de ce qu'il est raisonnable d'attendre d'eux dans une société donnée. Cette régulation était fondée sur une logique de diffusion qui ne peut se transposer sur le web actuellement. En effet elle suppose que les diffuseurs soient soumis à une autorisation préalable de diffuser qui comporte des obligations plus ou moins strictes selon les pays. Pour être efficace, cette logique de diffusion repose notamment sur trois critères remis en cause sur le réseau : la personne responsable doit être dûment identifiée, elle doit être justiciable et enfin elle doit être solvable.

Cette mutation des paradigmes sur lesquels était fondée la régulation de l'audiovisuel classique, nous oblige à revoir les méthodes de règlementation employées. Il est impossible de transposer tel quel l'ancien système dans l'univers numérique sans risquer de le rendre totalement dénué d'intérêt et d'efficacité.

Il devient alors nécessaire de s'intéresser à la logique dans laquelle s'ancre la régulation de l'audiovisuel 2.0.⁷⁴ Pour commencer, faisons un lien avec le fameux article, « De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, »⁷⁵ dans lequel est remis en cause la théorie positiviste du droit où le pouvoir prend la forme d'une pyramide, pour une théorie où le pouvoir serait réparti en réseau.

La similitude avec le monde de l'audiovisuel est intéressante, nous passons d'une logique de diffusion, où pouvoirs et responsabilités sont établis d'une

⁶⁹ Mancini, *philosophie*, supra note 52 à la p. 4.

⁷⁰ Voir par exemple la récente affaire par Apple de diffuser sur son store les séquences du vainqueur du prix Pulitzer parce que trop diffamatoire selon leur jugement, Apple a depuis changé d'avis sous la pression médiatique, une normativité à part entière! En ligne : <<http://www.pcinpact.com/actu/news/56430-censure-apple-app-iphone.htm>>.

⁷¹ Cornu, supra note 3.

⁷² Pierre Trudel, « Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision » 34 McGill LJ 203 1988.

⁷³ Mira Burri-Nenova, « Trade versus culture in the digital environment: an old conflict in need of a new definition » (2008) 12: 1 J Int'l Econ L17.

⁷⁴ Pierre Trudel, « La régulation du web 2.0 » (2008) 32 RDTI283- 307.

⁷⁵ François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

manière pyramidale, à une logique de réseau ou le partage droit/devoir se fait par capillarité. Alors que le diffuseur classique dictait aux auditeurs ce qu'ils allaient regarder, à l'image du souverain tout puissant qui impose sa volonté, sur Internet chacun est libre de choisir ce qu'il veut voir et même de le diffuser à sa guise. La régulation de l'audiovisuel classique étonne de similitude avec l'image de la pyramide de Kelsen : « Cet univers pyramidal est celui de l'ordre et de la hiérarchie : un ordre verticale et linéaire qui culmine (...) dans un pouvoir transcendant et sacré (...). »⁷⁶

L'univers pyramidal de l'audiovisuel classique est un *ordre vertical*, à travers sa répartition du pouvoir et son partage de responsabilité, et *linéaire* dans le choix des programmes des utilisateurs.

Ces points sont remis en cause sur le web. Le pouvoir et le partage de responsabilité sont réseautiques,⁷⁷ chaque acteur étant un relais à part entière et disposant du choix de garder le pouvoir ou non, d'être responsable ou non. De plus l'audiovisuel se délinéarise : chaque utilisateur regardant ce qu'il veut, quand il veut, il n'est plus soumis au bon vouloir du diffuseur. Une logique de réseau s'applique donc en matière de régulation de l'audiovisuel sur le web dans laquelle chacun est maître de ses risques.⁷⁸

Fini l'acteur tout puissant qui décide unilatéralement qui doit faire quoi et comment. Sur le réseau chaque acteur a sa part de responsabilité, sa possibilité d'être créateur de normes et de risques. La loi impose droits et devoirs aux diffuseurs sur les ondes hertziennes qui du fait de leur simple qualité, sont responsables. Sur le web les internautes ne peuvent respecter l'intégralité des législations à partir desquelles leur site est accessible, dès lors c'est à chacun de gérer ses risques en fonction, notamment de sa proximité avec une juridiction. La loi n'est plus le seul facteur de risque, les accords internationaux, les normes techniques,⁷⁹ les normes volontaires et l'impact social et politique importent tout autant. Dominique Wolton explique à ce titre⁸⁰ que jamais la marge de manœuvre des médias n'a été aussi restreinte que par la mondialisation, non pas géographiquement mais socialement. Ce qui fait rire d'un côté de la planète, réveille les sensibilités de l'autre. Les médias, en quête d'image et de nouveaux lecteurs contrôlent donc plus strictement ce qu'ils disent, non pas sous la pression étatique mais sociale!

La reconnaissance du pouvoir des normes qui sortent de la sphère juridique positiviste est une autre parenté (II. B) entre Internet et les mutations du droit.

⁷⁶ *Ibid* à la p. 7.

⁷⁷ Etienne Montero, « Les responsabilités liées au web 2.0 » (2008) 32 RDTI363; Trudel « La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux », en ligne : <<http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/defiobjectifsculturelsresea.htm>> [Trudel, « régulation »].

⁷⁸ *Ibid*.

⁷⁹ Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

⁸⁰ D. Wolton, Interview dans « L'enquête rétro pub » émission du 18 avril 2010, en ligne : <<http://www.culturepub.fr/emissions/emission-2010-04-18>>.

L'audiovisuel sur Internet ressemble à : « [d]es mondes où les souverainetés politiques seraient relatives, les citoyennetés partagées, les rationalités multiples, les valeurs plurielles . . . un monde en réseau. »⁸¹

Ce changement de paradigme engendre inexorablement une mutation de la régulation de ce milieu. D'une réglementation nous passons à une régulation.⁸² Le mécanisme de fonctionnement de l'audiovisuel classique était défini de manière précise, délimité et fixe. Sur Internet la logique de gestion de risque oblige à penser en terme de processus⁸³ à l'image du contrat électronique : "(p)aper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process."⁸⁴

Chaque acteur, ou « nœud de normativité » va pouvoir imposer sa volonté, la modifier en prenant en compte plusieurs normativités mouvantes. Face à ces changements, les législateurs sont pris de court. Alors que certains pays mettent en place un contrôle absolu du net (Chine, Iran), d'autres légifèrent à tour de bras sans certitude aucune sur l'efficacité de ce choix (France), et quelques uns adoptent une position plus souple en exemptant les nouveaux médias⁸⁵ des dispositions de la *Loi sur la Radiodiffusion*, pourtant suffisamment large pour quelle puisse s'y appliquer (Canada).

Ces stratégies variées mettent en avant notre incapacité à cerner ce nouveau phénomène; comme l'explique le Professeur Pierre Trudel, le vide réglementaire sur le net est probablement dû à notre ignorance en matière de création de risques sur le réseau pour les acteurs et utilisateurs. Dès lors nous postulons que ce n'est pas tant le droit mais nos connaissances envers la technologie qui ont du retard. Pour mettre en place une législation il est nécessaire de maîtriser le milieu dans lequel elle s'appliquera, ce qui n'est pas encore le cas de la technologie Internet.

(b) Une nouvelle logique reflet de mutations plus profondes

« C'est lors des révolutions concernant les nouveaux modes de traitement de l'information que les civilisations basculent! »⁸⁶

(i) La fin d'une mono normativité

En quelques années Internet est passé d'un « espace de non droit » (sic) à un espace sui generis où une multitude de normativités s'entrelacent. Il nous paraît vain de tenter de prédire ce que sera le Net dans quelques années, seulement,

⁸¹ *Ost et van de Kerchove*, supra note 75 à la p. 8.

⁸² Jean-Louis Autin, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

⁸³ *Trudel*, « régulation », supra note 77 à la p. 5.

⁸⁴ Ethan Katsch, *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995, à la p. 129.

⁸⁵ *Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias*, AP1999-197, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1999/PB99-197.HTM>>.

⁸⁶ Michel Serres, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive » Conférence INRIA 2007, en ligne : <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive>.

comme toute nouveauté, celle-ci se fait appréhender par le droit au fur et à mesure de son développement, avec pour différence essentielle que le droit n'est plus la seule normativité agissante. Du moins le droit tel que conçu par les positivistes.

En parallèle au phénomène Internet, une mutation plus profonde touche notre conception de l'Etat; sa souveraineté absolue est remise en cause.⁸⁷ Le dogme positiviste est mis à mal, et Internet s'avère être un superbe terrain d'observation de ce phénomène. L'Etat n'est plus le seul créateur de norme juridique, d'autres Etats s'interposent, mais aussi les acteurs privés, l'impact politique ou social d'une décision. Un nouveau courant général du droit est de reconnaître l'impact d'autres normes sur celui-ci,⁸⁸ en espérant que cela mène à plus de transparence sur les mécanismes du pouvoir.

Internet est la représentation immatérielle de la dilution du pouvoir de l'Etat dans nos sociétés et de la disparition de sa suprématie coercitive. L'Etat,⁸⁹ à la différence des autres sources de normativités qui apparaissent, a pour mission de promouvoir l'intérêt général face aux intérêts particuliers. Sur Internet, la somme des intérêts particuliers va former l'intérêt général au prix d'une dénaturaison de cette notion :⁹⁰

Aujourd'hui comme hier, l'intérêt général exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts.⁹¹

L'intérêt général n'est pas là pour satisfaire l'ensemble des besoins des particuliers mais pour assurer une harmonie sociale, une justice globale. Cette notion se classe parmi les standards dogmatiques :⁹² par sa nature malléable elle vise à s'adapter à la société dans laquelle elle s'applique sous la forme d'un objectif à atteindre. L'intérêt général est difficilement appréhendable, mais ce "(. . .)" n'est pas en vérité l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire."⁹³ Pour preuve, l'utilisation de cette notion s'est développée en France depuis le début du XXème siècle grâce à la jurisprudence du

⁸⁷ Ejan Mackaay, Conférence organisée par le CRDP, "La réception des normes spontanées", par Pascale Deumier et son répondant Ejan Mackaay, 17 avril 2010, en ligne : <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/mediatheque/index.html-2>, site visité le 22 avril 2010; Christine Noiville, *du bon gouvernement des risques*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, à la p. 26.

⁸⁸ Développement de l'analyse économique du droit et de la sociologie du droit par exemple.

⁸⁹ Dans les sociétés démocratiques.

⁹⁰ Noiville, *supra* note 87 à la p. 221.

⁹¹ Didier Truchet, *sub verbo* « Le risque », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, Lamy-PUF, 2003 à la p. 840.

⁹² Sylvie Latour, *La fonction du standard de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1991.

⁹³ Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard : (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980 (cité par Latour, *ibid*).

Conseil d'Etat.⁹⁴ Au Canada, cette idée marque la *Loi sur l'audiovisuel*, qui a pour objectif « le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle. »⁹⁵

L'Etat comme promoteur de l'intérêt général doit trouver une voie pour assoir son pouvoir normatif au risque de froisser certains intérêts particuliers. En matière d'audiovisuel cette remise en cause de la suprématie étatique soulève un problème puisque, comme nous l'avons expliqué plus tôt, l'Etat a été jusqu'à présent le meilleur promoteur de l'intérêt public face aux intérêts privés. Maintenant que sa puissance est érodée, comment s'assurer que les différentes rationalités qui justifient un contrôle du web soient appliquées? Qui va vouloir les mettre en œuvre si une force supérieure ne les y oblige pas? Y a-t-il un autre moyen de faire reconnaître aux acteurs de l'audiovisuel sur le web des valeurs d'intérêt général sans intervention de l'Etat?

Nous ne savons pas quelle voie emprunterait une autorégulation des acteurs du web, sans intervention étatique. En toute hypothèse, et quelle que soit la voie choisit, il est nécessaire de s'assurer que la protection des intérêts publics soit pris en compte, sachant qu'une étude a démontré que si la pression étatique diminue alors les efforts d'autorégulation font de même.⁹⁶ L'Etat, en tant que nœud de normativité sur le réseau, doit trouver un moyen efficace de transférer les risques, en s'appuyant notamment sur des nœuds de normativité facilement identifiables et par lesquels transiteraient la majorité des internautes. Pour exemple, la mise en place d'une responsabilité des intermédiaires, qui bien qu'appréhendée de manière différente selon les pays,⁹⁷ a le mérite de poser une première pierre à l'édifice du partage des responsabilités du web.

La réglementation du web est quelque chose de très différent, qui dérouté le juriste traditionnel. Il ne lui suffit plus de prendre pour acquis qu'une loi permettra d'assurer le respect des valeurs qu'elle promeut. Le législateur n'est plus tout puissant, il va devoir négocier, prendre en compte et s'adapter à d'autres sources de normativité. Nous ne rentrerons pas dans les détails des différents mécanismes visibles ou envisageable sur le Net, pour cela des études complètes sont très intéressantes.⁹⁸

⁹⁴ Pour plus de détails : *Bernard Stirn*, « Intérêt », dans Alland et Rials *supra* note 91 à la p. 837 et s.

⁹⁵ *Supra* note 36, art. 3(1)b.

⁹⁶ Angela J. Campbell, "Self Regulation and the Media" (1998-99) 51 Fed Comm LJ 711.

⁹⁷ Nicolas W. Vermeys, « La responsabilité civile des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens en droit québécois » (hiver 2005) 10 : 1 *Lex Electronica*; *Montero*, *supra* note 80; Trudel, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans Vincent Gautrais, dir, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002 aux pp. 607-649.

⁹⁸ Craig McTaggart, « A layered approach to Internet Legal Analysis », (2003) 48 McGill LJ 571; Martin Lavalée, « L'offre légale de contenu audiovisuel en ligne et le droit d'auteur canadien — Mécanismes et perspectives », *Développements récents en droit du divertissement* (2008), Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008; *Trudel*, « régulation », *supra* note 77.

(ii) Le début d'une nouvelle ère

Les sociétés occidentales se sont développées avec la volonté de plus en plus pesante d'éliminer les risques de la vie en société et de la vie en général à travers le principe de précaution. Le risque « serait devenu purement et simplement inacceptable, »⁹⁹ pourtant sur le réseau ce risque n'a pas l'air d'inquiéter les Internaute, serait-ce car il est dématérialisé? Si Internet ne peut menacer physiquement un Internaute (du moins directement), socialement et économiquement parlant les dangers sont réels et les moyens de diminuer ces risques sont entre les mains de chaque acteur. Dans une société pyramidale, l'instance suprême établit une liste de risque à la charge de chacun et une dont elle assurera les conséquences :

« Si le risque est normal et même inévitable, ses victimes ne sauraient être les seules à en endosser les conséquences. La charge du risque sera donc portée par les acteurs économiques qui prennent l'initiative de l'introduire dans le corps social. »¹⁰⁰

Dans une société en réseau, chaque *nœud* est créateur ou réducteur de risques, et porte le fardeau de ce risque alors qu'il conviendrait souvent de le faire peser sur d'autres.

Le risque ne peut être en soi réduit à zéro, dès lors qu'est ce qu'un risque acceptable, qui va le définir?¹⁰¹ Car entre « l'acceptable et l'intolérable il en va de même qu'entre le normal et l'anormal. »¹⁰² En faisant appel à une logique de risque nous nous appuyons sur des notions qui sortent de la sphère juridique, ce qui rejoint l'émergence des différentes sources de normativités.

Sur cet aspect, les propos de Christine Noiville, sont très intéressants puisqu'elle relève que nous voyons apparaître une « « réindividualisation » des risques. ». Si l'individu se déclare libre et autonome, alors il doit prendre ses responsabilités « face aux inévitables aléas de la vie »¹⁰³ et ne plus compter de la même façon sur l'Etat, qui de toute façon est incapable de maintenir sa suprématie. L'Etat providence devient incitateur, son pouvoir absolu de direction se dilue dans un pouvoir d'orientation. La loi ne va plus être la seule à répartir les risques, ce qui va provoquer « des mutations en profondeur de notre rapport aux risques; sans l'abandonner à son triste sort, il faudra bien que l'individu assume la gestion des risques auxquels le destin l'expose; au fond, qu'il *gouverne* lui-même sa propre vie. »¹⁰⁴

Dès lors pour apporter des réponses en matière de régulation de l'audiovisuel sur Internet, il nous faudra une meilleure compréhension et connaissance du phénomène plus large et plus profond qui touche la notion d'Etat et de droit. Nous sommes à une époque charnière, de transition et de découverte pour laquelle In-

⁹⁹ Noiville, *supra* note 87.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p. 3.

¹⁰¹ *Ibid* à la p. 2.

¹⁰² Jean Carbonnier, « Vers le degré zéro du droit de peu, de tout et de rien » dans *Flexible droit. Pour une sociologie sans rigueur*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 1995 à la p. 72; cité par Noiville, *supra* note 87 à la p. 10.

¹⁰³ Noiville, *supra* note 87 à la p. 218.

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 220.

ternet est le meilleur reflet et terrain d'observation. La dilution de la suprématie étatique, alliée à la perte de confiance dans les institutions publiques par les populations, sont deux phénomènes qu'il est nécessaire de cerner pour mieux pouvoir les combattre.

L'Etat ne peut plus tout contrôler, son pouvoir s'amenuise.¹⁰⁵ De plus en plus c'est à l'économie de réguler l'économie, au marché de réguler le marché, au consommateur de se protéger. Il faut donc sensibiliser les populations et les juristes à ces changements. Ces derniers se doivent de prendre en compte les différentes normativités qui agissent sur le droit, à l'image des nouveaux courants juridiques comme la sociologie du droit et l'analyse économique du droit. La problématique de l'audiovisuel s'insère donc dans une mutation plus profonde de nos sociétés,

Le progrès technique ne suffit pas pour créer un progrès de la communication humaine et sociale. Opposer les anciens et les nouveaux médias est une problématique dépassée; il faut les penser ensemble. L'essentiel de la communication n'est pas du côté des techniques mais du côté des hommes et des sociétés.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

¹⁰⁶ *Wolton*, *supra* note 67.