



Service des formations professionnalisées

MASTER 2

Droit des médias et de la communication

UE1 Droit de la communication audiovisuelle
(Cours de Mme CALANDRI)

22 mars 2018

14h - 18h

Aucun document n'est autorisé.

Année universitaire 2017-2018

Semestre 3 - Session 1

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98
www.ut-capitole.fr

VOUS COMMENTEREZ LE TEXTE SUIVANT (extraits) : Discours conclusif - Olivier Schrameck - Colloque du Conseil d'état , « Régulation », Lundi 20 novembre, Paris

DE LA REGULATION ET DU JUGE

Monsieur le Vice-Président du Conseil d'Etat, Mesdames, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs les Professeurs, Chers collègues, Mesdames, Messieurs,

Pour la séance de clôture que vous m'avez fait l'honneur de me confier, je m'inspirerai naturellement de mon expérience au CSA. Mais au terme de cette journée, au regard notamment de la jurisprudence du Conseil d'Etat, j'élargirai évidemment mon commentaire à d'autres autorités de régulation, d'autant plus que par ailleurs un processus de réflexion et d'échange entre nous est d'ores et déjà entamé.

Je soulignerai d'abord ce à quoi ne peut être réduite la régulation.

La régulation ne saurait être limitée à la sanction. Nos autorités de régulation sont encore communément – et malheureusement – qualifiées de « gendarmes » : gendarme de l'audiovisuel, gendarme de la concurrence, des marchés financiers, des télécommunications, des transports ferroviaires etc. Pourtant, ce n'est qu'après d'insistants avertissements et, dans des cas déterminés, que peut être prise une mesure punitive.

La régulation ne saurait être non plus la traduction d'une économie administrée, un pouvoir de supervision qui simplement remplacerait celui que l'Etat exerçait auparavant au moyen de la réglementation ou de la propriété d'entreprises publiques.

La régulation en effet, c'est équilibrer, orienter, corriger (...) Les autorités de régulation économique ont en commun ce triptyque, ô combien délicat à articuler mais nécessaire à la garantie de nos libertés comme au bénéfice de services essentiels à la société.

La garantie de la liberté de communication audiovisuelle, mission primordiale du CSA, présente néanmoins des singularités.

Une première spécificité réside dans la multiplicité des « incidents médiatiques » qu'il revient au régulateur d'appréhender. Bien-sûr, les régulateurs sont tous soumis aux échos médiatiques de leurs interventions (...). La différence cependant, pour le CSA, est que ses interlocuteurs, entreprises régulées, sont ceux qui donnent le tempo des médias.

D'autres observations inspirées du CSA m'apparaissent d'emblée devoir être soulignées. D'abord, le temps de la régulation ne peut pas se calquer sur le temps médiatique. Nous devons concilier l'attente de réponse rapide de la part d'un public vigilant, l'exigence primordiale de dialogue avec l'éditeur et la nécessaire distanciation avec l'émotion suscitée par un programme. C'est pour cela que dès mon arrivée au CSA, début 2013, nous avons prescrit que tout dossier laissant supposer l'existence d'un manquement soit soumis au contradictoire. Ainsi, de la simple mise en garde, qui n'était alors pas susceptible de recours, jusqu'à la mise en demeure, décision faisant grief mais qui n'est pas une sanction, chaque qualification d'un manquement est prononcée à l'issue d'une délibération complète, éclairée par un dialogue préalable.

Nous avons par ailleurs approfondi la démarche progressive mise au point très tôt par le CSA lui permettant d'agir (...) selon une « normativité graduée » : observations, fermes mises au point, mises en garde, assorties ou non d'un communiqué de presse... tout cela correspond à une approche pédagogique typique des modes d'intervention des autorités de régulation.

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98
www.ut-capitole.fr

Mais il est aussi des cas où l'action du régulateur doit être plus énergique et plus réactive, sous le contrôle du juge. A cet égard, j'ai eu et je conserve l'impression que le CSA est parfois trop corseté dans son action. Certes, l'exigence d'une mise en demeure préalable à l'engagement d'une procédure de sanction est commune à de nombreuses autorités de régulation comme la CNIL ou l'ARCEP. En matière audiovisuelle cependant, où les manquements relatifs aux contenus ne sont pas des manquements continus, cette exigence revient souvent à ne pouvoir sanctionner qu'en cas de récidive de l'éditeur. En outre, une tendance à concevoir de manière assez stricte le périmètre des mises en demeure, alors même que les obligations des éditeurs sont multiples, rend parfois difficile la caractérisation de cette « récidive ».

Le CSA dispose, il est vrai, de la voie d'action directe qu'est le référé audiovisuel, porté devant le Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, afin qu'il ordonne toute mesure propre à faire cesser un manquement ou à mettre fin à un trouble. (...) Mentionner ce recours me permet d'emblée de montrer, qu'à la différence d'autres régulateurs, l'Autorité de la concurrence, mais aussi l'ARCEP, le CSA ne peut pas prononcer de mesures conservatoires, ni d'injonction comme la CNIL, et qu'il ne dispose pas à titre général de pouvoirs d'enquête et d'investigation. Je crois donc que certains types de manquements devraient pouvoir être immédiatement sanctionnés, bien entendu sous le contrôle du juge, notamment des référés. Je pense en particulier aux manquements objectifs, comme la méconnaissance des obligations de financement de la création cinématographique ou audiovisuelle. (...).

Si notre contrôle est difficile à exercer, c'est qu'il suppose de juguler efficacement le flot des saisines. Dès lors qu'un particulier demande au CSA d'agir, sur la base d'un manquement supposé, il s'agit d'une demande de prise de décision administrative, susceptible de recours en cas d'abstention. C'est ce que le Conseil d'Etat a consacré désormais (...). Or, les saisines du CSA ont atteint ces dernières années des volumes considérables. En 2015, 7 000 saisines ; en 2016, 38 000. (...) Le volume et le ton des signalements, notamment reçus via les réseaux sociaux, sont pour le CSA une sorte de baromètre ou d'indicateur lui permettant de cerner les difficultés, ponctuelles ou récurrentes, souvent propres à certaines émissions. Ils relèvent en cela d'une forme de régulation « participative » : eu égard au nombre de programmes aujourd'hui diffusés, il est évidemment ni possible, ni souhaitable que le régulateur établisse une forme de surveillance constante, en dehors de périodes très spécifiques (par exemple, attentats ou veille des élections) qui peuvent même nécessiter des alertes préalables. Les plaintes sont donc, pour le régulateur, une modalité d'information essentielle. (...) La publicité donnée au nombre des saisines nous est parfois reprochée. Notre homologue britannique, l'OFCOM, se livre pourtant depuis longtemps à cet exercice de transparence qui a, par lui-même, deux vertus régulatrices. D'abord, l'identification des points de tension médiatique contribue à nourrir le débat collectif sur la communication audiovisuelle et sur les valeurs qu'elle doit respecter. Ensuite, alors que les interventions du CSA sur les programmes figurent déjà, en tant que telles, dans le compte rendu global émanant de plusieurs grands médias audiovisuels, la communication relative aux signalements donne aux éditeurs un repère complémentaire quant aux exigences du public, préoccupé à juste titre par la protection de la jeunesse et la défense de l'égalité des droits. La communication sur nos saisines par le public constitue donc un élément de la régulation et un indicateur pour les démarches de conformité, dont le vice-président a rappelé qu'elles étaient souvent qualifiées de compliance.

Une autre particularité essentielle du CSA est la polyvalence à deux versants de sa régulation : socioculturelle, mais également, de manière primordiale, économique.

Or, dès l'origine, j'ai acquis la conviction que si la régulation économique était essentielle, le CSA était insuffisamment armé pour y répondre, tout en reconnaissant qu'il ne se saisissait pas encore pleinement des moyens à sa disposition. Je pense notamment aux articles 3-1 et 17 de la loi de 1986 qui chargent le CSA d'adresser des recommandations pour une meilleure application des principes de la loi et, plus spécifiquement d'en formuler au Gouvernement sur le développement de la concurrence dans les activités de radio et de télévision.

Ceci observé, je voudrais vous soumettre un ensemble de réflexions générales sur ce qu'exige, à mes yeux, une régulation complète, pertinente, et strictement respectueuse de l'Etat de droit. (...) La régulation suppose d'abord la possibilité d'intervenir par tous les leviers possibles sur une sphère globale d'activités qui se caractérise par sa complexité et ses interdépendances C'est la question de l'espace pertinent de la régulation. S'agissant du CSA, son périmètre d'intervention est trop limité et parfois incertain.

Trop limité, car notre actuelle régulation porte principalement sur les éditeurs de médias audiovisuels et, partiellement sur leurs distributeurs. Elle traite souvent par préterition, au sein de l'écosystème de l'audiovisuel, la plupart des maillons de sa chaîne de valeurs et de ses ferments créatifs. Il s'agit notamment des questions relatives aux relations entre éditeurs et producteurs, à l'économie du droit d'auteur, au marché des droits sportifs, à la chronologie des médias, à la publicité, aux sources et à la répartition des financements... Or, c'est précisément sur ces questions que le secteur est demandeur d'une régulation globale, naturellement articulée avec l'intervention d'autres instances, gouvernementales, professionnelles et, bien sûr, les autres autorités de régulation.

Le champ d'application de la régulation audiovisuelle est aussi, tout comme d'autres, incertain, notamment au regard de la délicate question de territorialité du droit à laquelle sont confrontés, à l'heure numérique, les Etats mais aussi l'Union européenne. Le critère de la régulation repose sur l'existence d'un « service de médias audiovisuel », sans égard à son mode de diffusion, hertzien terrestre, réseaux câblés, ADSL, satellite ou internet. Cependant, les contenus véhiculés par les nouveaux acteurs numériques, les plateformes de partage de vidéos, les services de streaming musical, les réseaux sociaux, s'insèrent difficilement dans des régimes pensés au regard de la télévision et de la radio hertzienne, où l'accès au marché est subordonné à l'autorisation préalable du CSA, à l'issue d'une procédure publique de sélection et de conventionnement.

Plus globalement, la notion même de média soulève de nombreuses interrogations à l'ère où le plurimédia s'impose dans sa substance et ses virtualités. Ne fait-on pas référence de plus en plus souvent à l'émergence d'un média global ?

Dans l'environnement numérique, la dualité de régime entre l'audiovisuel et la presse, si profondément ancrée dans notre tradition historique et juridique, peut conduire à des distinctions byzantines au sein d'un même titre en ligne, qui comporte textes et vidéos. C'est ce qu'a notamment révélé la jurisprudence de la CJUE (...) . L'exemple des chaînes YouTube ou Dailymotion illustre aussi les nouveaux services susceptibles de relever de la qualification de service de média audiovisuel. Souvent, lorsque l'un d'entre eux prend la mesure de son statut juridique, notamment parce que le CSA le lui signale, son réflexe est de s'établir dans un Etat membre moins exigeant. (...) La nouvelle directive sur les Services de médias audiovisuels sera prochainement adoptée. Nous espérons qu'elle permettra d'éclairer, par un élargissement, les contours de ces services. Le forum shopping est tout à fait insatisfaisant. Le CSA y est confronté comme les autres autorités de régulation. (...) Reste qu'à l'heure numérique, un régulateur ne peut saisir à lui seul l'ensemble de ses missions.

Ce sera mon deuxième constat, qui détermine donc un deuxième souhait. Toute régulation suppose une coopération entre les autorités de régulation La coopération entre autorités homologues au niveau de l'Union européenne s'est considérablement renforcée ces dernières années, même si elle n'a pas atteint dans chaque secteur le même niveau de développement (...) L'ERGA, a été créé en 2014 sous l'impulsion du CSA français, en l'absence de dispositions dans l'actuelle directive. Sa révision devrait donner lieu à sa pleine reconnaissance institutionnelle. D'autres champs d'échange et d'action sont aussi à favoriser, notamment la Francophonie ou le bassin méditerranéen, entité humaine, environnementale et économique stratégique. (...) Au niveau national aussi, il reste beaucoup à faire pour mieux travailler ensemble. L'articulation existe naturellement entre les régulations sectorielles (...). Mais celle-ci fonctionne essentiellement, au coup par coup, par des avis croisés. Nous devons la développer plus encore. La régulation des données notamment, nouvel or

noir du développement économique mais menace pour les droits individuels, concerne toutes les autorités de régulation (...). Parce que les sujets communs vont croissant, se recommande ainsi l'émergence d'un collège commun pouvant se réunir à tout moment en cas d'affaires supposant pour leur résolution une intervention mixte. Ainsi de la possibilité de collège unique CNIL-CADA prévue par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui a connu sa première traduction le mois dernier, pour l'élaboration d'un pack de conformité consacré aux « données publiques ouvertes ». Plus généralement, plutôt que de songer à des fusions intégratrices lourdes et complexes, il faut s'orienter vers une meilleure coordination entre autorités de régulation. La loi du 20 janvier 2017, dans une réflexion encore centrée sur les questions de « régulation budgétaire », invite les organismes ayant le statut d'AAI ou d'API à établir un schéma de mutualisation avec d'autres organismes analogues. Cette orientation a donné l'occasion d'une première rencontre entre autorités de régulation qui s'est déroulée le mois dernier au CSA. Il en est ressorti que l'exigence de coopération s'étend naturellement des aspects organisationnels aux modalités d'actions communes. Nous pourrions à cet égard nous inspirer de l'expérience du Royaume-Uni. (...)

Autre préoccupation, la régulation doit trouver pleinement sa place, originale et singulière, dans la hiérarchie des normes. Il faut bien sûr, en premier lieu, qu'elle la respecte. Ce fut au départ un des principaux enjeux suscités par la création d'autorités disposant souvent d'un pouvoir réglementaire devant respecter la compétence de principe de l'exécutif, mais aussi dotées d'un pouvoir de sanction qu'il fallut rendre conforme aux exigences européennes et constitutionnelles de garantie des droits, notamment l'impartialité.

Il importe que l'action des autorités de régulation repose sur une législation claire, cohérente et pertinente, sur la base d'un droit européen présentant les mêmes garanties de précision et d'efficacité. C'est pour y contribuer que j'ai demandé et obtenu la présidence du groupe de travail destiné au suivi de la nouvelle directive au sein de l'ERGA.

Pour en rester au cadre national, l'exemple type est la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui a été modifiée 87 fois, 14 fois durant la précédente législature. (...) Vous comprendrez donc facilement pourquoi le CSA souhaite la refonte de la législation audiovisuelle, par l'adoption d'une loi nouvelle à l'occasion de la révision de la directive européenne et, à terme, sa codification. Pour l'application de cette nouvelle législation, il importe que la réglementation n'étouffe pas la régulation. Il ne s'agit donc certainement pas de réclamer, pour les autorités de régulation, plus de pouvoir réglementaire, d'autant que les limites posées par la jurisprudence constitutionnelle s'imposent. Il s'agit au contraire d'alléger la réglementation, souvent trop complexe et trop vite dépassée et qu'il est souvent plus difficile de faire évoluer que la loi.

Je prendrai ici l'exemple des décrets de 2010 qui organisent la contribution des services de télévision à la production audiovisuelle et cinématographique. Ces textes ont figé dans le marbre des accords professionnels conclus dans un contexte qui n'a plus grand-chose de commun avec l'économie actuelle du secteur. Ils continuent pourtant à se dresser comme des forteresses presque inexpugnables. (...) Cet excès de réglementation, trop abstraite, trop rigide, doit être bridé autant que possible, par une approche fondée sur la spécificité des situations, celles des protagonistes de l'autorité de régulation et de l'évolution rapide de nos interlocuteurs. Il faut substituer à une approche verticale et unilatérale, une approche dialoguée interactive. (...) Dans cette perspective, la convention passée avec l'autorité de régulation est une voie à développer. Elle est déjà très présente en matière audiovisuelle, notamment comme mode d'accès au marché. En effet, c'est par le moyen du conventionnement avec le CSA que les services de télévision, même ceux qui n'utilisent pas les fréquences du domaine public, peuvent proposer leurs programmes en France. (...) C'est pourquoi la régulation doit pleinement user du droit souple. (...) Il convient (...) d'enrichir et de diversifier le droit souple. Enrichir notamment le champ des modes alternatifs de résolution des litiges. Je pense ainsi à la conciliation (...). Diversifier aussi le droit, en associant la plus large collectivité d'acteurs à sa définition. Au CSA, nous défendons une conception du régulateur comme « maison commune » du secteur : nos interlocuteurs essentiels sont les éditeurs, mais les ayants-droit, scénaristes, producteurs, éditeurs, annonceurs, ont porté

ouverte, notamment lors de la confection des études d'impact requises en cas de rachats de médias ou d'autres modifications profondes dans le fonctionnement d'un service autorisé. Une bonne régulation, j'en suis convaincu, doit lutter contre le cloisonnement et les oppositions frontales. Ce sont d'elles que résulte le prurit de l'action contentieuse qui, comme l'infliction d'une sanction, peut marquer une forme d'échec de la régulation.

Pour autant, ce souci d'éviter le procès ne fait pas du juge, notamment du juge administratif, bien au contraire, l'adversaire de la régulation. La régulation est en réalité le fruit d'un dialogue constant du régulateur et du juge. En effet, l'autorité de régulation a besoin du juge et en particulier du juge administratif. C'est ce qu'a prouvé je crois, tout le courant jurisprudentiel qui, notamment de la décision Casino Guichard d'octobre 2012 à celles d'Assemblée Fairvesta et Numéricable, a consacré l'autorité de régulation comme l'émettrice d'« actes de droit souple » faisant l'objet d'un contrôle juridictionnel spécifique. (...) En réalité, qui peut mieux réguler les régulateurs par la vertu de la jurisprudence que le juge, qualifié heureusement ce matin de «méta-régulateur» ?

(....) Pour conclure, il importe de le souligner, le régulateur ne peut ignorer que son action se heurte à de constantes interrogations et objections. Ces questionnements tiennent aujourd'hui moins à l'attachement au cadre traditionnel du contrôle juridictionnel, qu'à la réflexion persistante sur sa légitimité démocratique, débat dont la pertinence ne saurait être ignorée. Une réponse adaptée consiste en un très net renforcement du contrôle parlementaire non seulement pleinement accepté mais vivement souhaité par l'autorité que je préside. L'approfondissement du contrôle juridictionnel, notamment par le Conseil d'Etat, constitue une autre garantie concrète et forte de cette exigence de redevabilité (...). Aux interpellations qui demeurent, les autorités de régulation doivent en effet répondre par une disponibilité et une attention constantes : rendre compte à tout instant, au législateur d'abord et aux pouvoirs publics en général, observer strictement l'exercice du contrôle juridictionnel. La régulation est un pouvoir d'influence et de référence. Son efficacité supposera toujours la subordination scrupuleuse aux autorités supérieures de notre État de droit.