

Le CSA et la régulation d'Internet : une erreur ontologique

Félix Tréguer

Citation : Tréguer, Félix. 2015. « Le CSA et la régulation d'Internet : une erreur ontologique ». In *Régulation de la communication audiovisuelle : enjeux et perspectives*, Serge Regourd et Laurence Calandri (éds). Collection Colloques & Essais. Institut Universitaire Varenne.

-

Dès les premiers débats autour de la régulation d'Internet, dans les années 1990, les législateurs et les juges se sont heurtés à une question fondamentale : de quel régime juridique Internet doit-il relever ? De celui de la presse, du téléphone, de l'audiovisuel ? Ou faut-il lui appliquer un autre droit ? Au cours de ce colloque, cette question demeure au cœur des échanges.

Or, nombreux sont ceux qui partent du principe que, face à Internet, il importe de protéger les équilibres économiques qu'organise le droit des médias. Pour ce faire, ils en appellent donc à une logique interventionniste et protectionniste cherchant à soumettre Internet au droit de l'audiovisuel afin d'abriter les groupes nationaux des médias et des télécoms de la domination des grandes entreprises nord-américaines du numérique – les fameux « GAFA » (Google, Apple, Facebook, Amazon). Depuis sa prise de fonction début 2013, le président du CSA, Olivier Schrameck, a été leur porte-voix : reprenant cet objectif à son compte, il n'a eu cesse de défendre l'extension des missions régulatrices du gendarme de l'audiovisuel à Internet.

Ces débats s'inscrivent dans un tâtonnement réglementaire vieux de vingt ans dans lequel Internet apparaît comme une zone de non-droit disruptive d'un statu quo qu'il s'agirait de protéger coûte que coûte. Dans cette intervention, je souhaiterais donc revenir rapidement sur l'histoire des initiatives de régulation d'Internet par le CSA, avant de présenter les propositions actuellement débattues visant à inféoder Internet au droit de l'audiovisuel (1.). Je conclurai en rappelant les risques soulevés par une telle soumission d'Internet au droit de l'audiovisuel pour le respect des droits fondamentaux, et en particulier de la liberté d'expression. Je présenterai ensuite quelques principes visant à édifier un droit de l'Internet respectueux des libertés publiques et capable de protéger l'innovation et la concurrence dans l'économie numérique face aux positions dominantes qui s'y font jour (2.).

1. L'éternel retour du débat sur l'extension des compétences du CSA sur Internet

L'extension de la régulation administrative opérée par le CSA à la communication sur Internet a fait l'objet de nombreux débats au cours des vingt dernières années (1.1). Depuis 2012, on assiste à un retour en force de ces propositions, qui s'accompagnent d'une remise en cause du principe de neutralité des réseaux dans le but de favoriser les

acteurs soumis à la tutelle du CSA (1.2).

1.1 Réguler Internet comme on régule la télévision : un idée ancienne, un débat récurrent

En juin 1996, à l'occasion de l'examen parlementaire de la loi de dérégulation du secteur télécom¹ alors dominé par l'opérateur public France Télécom, le gouvernement cherche à imposer un régime particulièrement draconien aux sites Internet. Le jeune ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace, François Fillon, porte le texte devant le parlement. Un soir de juin, en séance au Sénat, il propose sans aucune consultation ou annonce préalable un amendement portant création d'un article 43-2 et qui institue un « Comité supérieur de la télématique » (CST), sous l'autorité du CSA. En vertu du texte, le CST est chargé « d'élaborer des recommandations propres à assurer le respect » par les éditeurs de services en ligne de « règles déontologiques », en émettant des avis négatifs contre les sites contrevenants. Le texte contraint les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) à bloquer l'accès aux sites ainsi mis à l'index pour l'ensemble des internautes situés sur le territoire français, sous peine d'être eux-mêmes déclarés responsables des contenus présents sur ces sites et d'être exposés à des condamnations en justice². Pour le juriste Lionel Thoumyre, « le CST allait ainsi devenir l'organe directeur de l'Internet français, une sorte de Léviathan, gouverneur de l'espace virtuel, conférant aux FAI la responsabilité d'exécuter ses décisions. C'était là une réminiscence flagrante de l'ancien paradigme de responsabilité car le CST s'investissait du rôle joué par le CSA pour la télévision française »³. Après une mobilisation d'associations citoyennes et le recours porté par les parlementaires de l'opposition, Le Conseil, la création du CST par le législateur ne s'accompagnait pas des garanties suffisantes, alors qu'il lui appartenait pourtant « d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis » – en l'espèce la liberté de communication protégée à l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.⁴

Ce premier revers constitutionnel allait marquer le début d'une longue série d'initiatives visant à soumettre Internet à la régulation du CSA.⁵ En décembre 1999, le président du CSA Hervé Bourges convoquait un sommet mondial des « régulateurs

1 « Loi de réglementation des télécommunications ».

2 Voir l'article 43-3 du projet de loi : « Art. 43-3. - Les personnes mentionnées à l'article 43-1 [fournisseurs d'accès à Internet] ne sont pas pénalement responsables des infractions résultant du contenu des messages diffusés par un service de communication audiovisuelle sauf si elles n'ont pas respecté les dispositions de l'article 43-1, ou si elles ont donné accès à un service ayant fait l'objet d'un avis défavorable publié au *Journal officiel* en application de l'article 43-2, ou s'il est établi qu'elles ont, en connaissance de cause, personnellement commis l'infraction ou participé à sa commission. »

3 THOUMYRE, Lionel, 2000. Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques. *Lex Electronica*. Printemps 2000. Vol. 6, n° 1. §68 et suivants. Disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>.

4 Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 sur la Loi de réglementation des télécommunications. Disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-378-dc/decision-n-96-378-dc-du-23-juillet-1996.10818.html>

5 GIRARDEAU, Astrid, 17 décembre 2008. Le CSA et Internet, c'est toute une histoire. Écrans. Disponible à l'adresse : <http://www.ecrans.fr/Internet-et-le-CSA-l-histoire-d,5763.html>.

d'Internet » sous l'égide de l'Unesco. Il y déclare notamment qu'« une régulation est nécessaire, c'est la conclusion à laquelle tous les acteurs et tous les analystes parviennent ». Participent à ce sommet pouvoirs publics et acteurs économiques des médias, tels que les groupes Lagardère ou Bertelsmann. En revanche, la société civile est absente, ce qui ne manque pas de susciter des critiques dénonçant l'incompréhension des pouvoirs public face à ce nouvel outil de communication qu'est Internet.

Bien que plusieurs parlementaires s'opposent à la régulation administrative – à l'image de Christian Paul, auteur en 2000 d'un rapport qui aboutira à la création du Forum des Droits de l'Internet⁶ – le successeur d'Hervé Bourges à la présidence du CSA, Dominique Baudis conçoit lui aussi Internet comme relevant naturellement de sa compétence. Il déclare ainsi en 2001 : « Je considère que tout ce qui concerne les médias audiovisuels, qui s'adressent à une masse de gens et qui ne sont ni du ressort de la correspondance privée, ni du commerce en ligne, relèvent de notre compétence. Le fait qu'ils ne soient disponibles que sur internet n'y change rien. Car la télévision ne se définit plus seulement par l'existence d'un téléviseur ».

Difficile d'être plus clair. Pourtant, à mesure que les responsables politiques prennent conscience des spécificités d'Internet – et en particulier du fait qu'il est l'outil de communication de tout citoyen, et non pas seulement de quelques entreprises – le discours semble changer. C'est avec la loi fondatrice du régime juridique afférant à Internet (la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, ou LCEN) que le débat paraît prendre fin. Il est pourtant bien mal engagé : dans le projet de loi rédigé par le gouvernement, l'article 1er proposé par la ministre de l'Industrie Nicole Fontaine donne au CSA le pouvoir de régulation sur « les communications publiques en ligne », c'est-à-dire « toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication ». Mais des parlementaires de tous bords s'opposeront à une telle rédaction et le texte finalement adopté n'accordera au CSA qu'une compétence sur les programmes de télévision ou de radio diffusés par Internet, et non pas sur l'ensemble des contenus disponibles en ligne.⁷

La LCEN ne mettra cependant pas fin à ces débats. Ainsi, en février 2008, la ministre de la Culture et de la Communication Christine Albanel confie une mission à un animateur radio et à un journaliste de presse une mission portant notamment sur « l'éventuelle extension des compétences du CSA dans le domaine d'Internet et notamment d'un pouvoir de recommandation sur les errements les plus manifestes (...). Des dispositifs de filtrage et de modération sont développés par de grands sites d'hébergement : sont-ils efficaces ? Peuvent-ils être généralisés ? ».⁸ L'idée, semble-t-il,

6 Le forum des droits sur l'internet (connu également sous le sigle FDI) était une association loi de 1901 créé avec le soutien des pouvoirs publics qui s'était donnée pour objet de réfléchir aux questions de droit et de société liées à l'internet. Elle avait pour mission d'informer le public et d'organiser la concertation entre les pouvoirs publics, les entreprises et les utilisateurs sur ces questions. Le 7 décembre 2010, l'Assemblée générale extraordinaire de l'association annonçait sa dissolution anticipée, l'État n'ayant pas renouvelé pour 2011 la subvention du FDI qui la faisait vivre à 80 % (source : Wikipedia).

7 Pour une explication des mécanismes de régulation des contenus par les intermédiaires techniques et les éditeurs de service, voir le 2.3.

8 REES, Marc, 10 février 2008 , « Albanel confie une mission sur le filtrage au Doc de Fun Radio » , *PCINpact*.

est d'imposer aux éditeurs de service en ligne la modération des contenus proposés par les utilisateurs, sous la supervision du CSA.

Enfin, quelques mois plus tard, à l'occasion du débat parlementaire sur la loi portant réforme de l'audiovisuel public, dont une partie transpose la directive « Télévision sans frontières », le député Frédéric Lefebvre dépose un amendement visant à permettre au CSA de décerner des labels aux sites proposant des contenus audiovisuels. Sont en particulier visés Dailymotion et Youtube, et ce alors que ces services sont explicitement exclus du champ de la directive⁹. D'après le député, « les services de médias audiovisuels à la demande, offrent de réelles garanties en matière de protection de l'enfance et de respect de la dignité de la personne, grâce à la régulation du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui dispose d'une vaste expérience dans ce domaine. Or la présence des images qui défilent sur les écrans les plus divers n'a jamais été aussi importante dans notre environnement. Ce déferlement visuel va de paire avec une grande facilité d'accès aux images alors même que certains contenus audiovisuels véhiculent un climat de violence, d'agression et banalisent la sexualité et la pornographie ». ¹⁰ L'amendement sera repoussé.

1.2 Le CSA souhaite mettre à mal l'égalité sur Internet pour protéger le secteur audiovisuel

La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 censurant la première des lois HADOPI,¹¹ en ce qu'elle invalide la compétence de l'autorité administrative pour sanctionner les abus à la liberté d'expression et de communication au nom de la protection de la liberté d'expression, semblait devoir mettre fin à ces débats. Pourtant, dès l'été 2012, sur recommandation de David Kessler, l'ancien conseiller de François Hollande pour les questions culturelles, le gouvernement de Jean-Marc Ayrault remettait ces projets à l'agenda en lançant une réflexion sur la fusion entre le CSA et l'Arcep. Maintes fois évoquée, cette initiative échoua, notamment en raison de l'opposition du régulateur des télécoms. Craignant de voir la régulation économique du secteur télécom mise à mal par une telle fusion, l'Arcep soulignait par anticipation les risques que ne manqueraient pas de susciter une telle initiative, et appelait le gouvernement et le

Disponible à l'adresse : <http://www.pcinpact.com/actu/news/42083-CSA-doc-filtrage-moderation-albanel.htm>

- 9 En effet, la directive « Télévision Sans Frontières », adoptée en 2007, exclut explicitement « *les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt* » (considérant 16). Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Disponible à l'adresse : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=2007&nu_doc=65
- 10 Extrait de l'exposé des motifs. L'amendement est consultable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/1209/120900844.asp>
- 11 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Considérant 12. Disponible à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>

parlement à « s'attacher à « promouvoir « la liberté de communication sur les réseaux » ainsi que la « neutralité de l'internet qui en est l'un des fondements ».¹²

En rappelant ainsi l'importance de la neutralité du Net, l'Arcep voyait juste. Depuis 2012, la question de la neutralité du Net – le principe architectural fondateur d'Internet, qui garantit l'égalité de traitement de tous les flux de données et exclut toute discrimination à l'égard de la source, de la destination ou du contenu de l'information transmise sur le réseau¹³ – est en effet devenue une question centrale des débats sur la régulation d'Internet par le CSA. Face la remise en cause des équilibres économiques de l'audiovisuel par des acteurs américains comme Google ou Netflix, face à la nécessité aussi pour le régulateur de l'audiovisuel de se trouver de nouvelles missions dans un écosystème transformé par l'arrivée d'Internet, et en raison aussi de sa proximité de vue avec les acteurs industriels qu'il régule, le CSA est désormais prêt à sacrifier la neutralité du Net.

Début 2013, après que l'opérateur Free ait unilatéralement pris la décision de bloquer l'affichage des publicités Web pour tous ses abonnés, le gouvernement saisit le Conseil national du numérique. Après des travaux conduits à marche forcée, ce dernier rend son avis en mars 2013 et propose alors d'inscrire le principe de neutralité du Net dans la loi, en tant qu'il est « nécessaire à l'exercice de la liberté de communication et de la liberté d'expression ».¹⁴ Mais le Conseil en propose une définition floue et partielle, qui fait le jeu des opérateurs télécoms en n'évoquant pas le risque de voir ces derniers prioriser les flux de quelques puissantes entreprises du numérique et des médias dans le cadre de partenariats commerciaux. Surtout, le Conseil suggère d'inscrire ce principe de neutralité dans la loi de 1986 sur la liberté de communication, inféodant de fait Internet au droit de l'audiovisuel.

Quelques semaines plus tard, en mai 2013, le rapport de Pierre Lescure sur le futur de l'exception culturelle s'inscrit dans la même logique. Outre la banalisation du blocage extra-judiciaire de sites Internet au nom de la protection du droit d'auteur, le rapport propose que le CSA puisse octroyer aux hébergeurs et autres plateformes de diffusion de contenus culturels des conventions « engagements-bénéfiques ». Coté engagement, ces plateformes sont notamment appelées à mettre en avant les créations françaises et européennes et à pratiquer une politique active de lutte contre les infractions au droit d'auteur. En contrepartie, le rapport invite à augmenter les aides publiques et sectorielles pour les acteurs qui rempliraient ces conditions, ajoutant que,

-
- 12 ARCEP, 11 octobre 2012, Réflexions sur l'évolution, à l'ère d'internet, de la régulation de l'audiovisuel et des communications électroniques et sur ses conséquences. Disponible à l'adresse suivante : [http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1\[uid\]=1548&tx_gsactualite_pi1\[backID\]=1&cHash=1e72ece955f953c4f1ed118f7ed68e43](http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1[uid]=1548&tx_gsactualite_pi1[backID]=1&cHash=1e72ece955f953c4f1ed118f7ed68e43)
- 13 Benjamin Bayart, ingénieur réseau spécialiste de la neutralité du Net et président d'une fédération de fournisseurs d'accès à Internet associatifs, met en exergue quatre principes afférant à la neutralité du Net : i) transmission des données par les opérateurs sans en examiner le contenu ; ii) transmission des données sans prise en compte de la source ou de la destination des données ; iii) transmission des données sans privilégier un protocole de communication ; iv) transmission des données sans en altérer le contenu.
- 14 Conseil national du numérique, avis n°2013-1 du 1er mars 2013 sur la neutralité du Net. Disponible à l'adresse: <https://www.laquadrature.net/files/CNNum-avis-sur-la-neutralite-du-net.pdf>

« pour les plus "vertueux", une priorité dans la gestion des débits pourrait même être envisagée ». Une proposition en parfaite contradiction avec le principe de neutralité du Net, discriminant de fait l'ensemble des communications Internet au bénéfice des entreprises les mieux établies dans le secteur audiovisuel.

C'est sur ces propositions qu'Olivier Schrameck s'appuie depuis lors pour pousser, notamment dans la perspective du projet de loi « Création » que le gouvernement s'est engagé à présenter d'ici 2015, une extension des compétences du CSA à Internet. Dans son rapport annuel publié en avril 2014, le CSA reprend un grand nombre de ces propositions comme autant d'exigences envers le gouvernement et le parlement. Il s'agit en premier lieu de doter le CSA d'un pouvoir de régulation sur tout les « sites mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des contenus audiovisuels ou sonores. ». Rares seraient ceux pouvant échapper à cette catégorie extrêmement large. Pour les services prêts à se soumettre à une régulation plus poussée inspirée des obligations imposées aux chaînes de télévision, le CSA souhaite donner aux fournisseurs de contenus sur Internet, comme YouTube, Dailymotion, ou Canal + une priorité technique sur les réseaux ou les moteurs de recherche. Selon lui, « il faut en finir avec la conception absolutiste de la neutralité du Net ».¹⁵ Il rejoint ici les positions exprimées par Canal + sur le sujet, ou celles des opérateurs télécoms qui souhaitent pouvoir monnayer l'octroi d'une priorité sur les réseaux aux grands acteurs des médias et de l'Internet afin de diversifier leurs sources de revenu. Enfin, Olivier Schrameck souhaite s'appuyer sur la loi de 1986 pour étendre la régulation des contenus propres à l'audiovisuel sur Internet. Pour le patron du CSA, « les questions de la violence, du terrorisme ou de la nudité posent des problèmes qui ne sont toujours pas réglés ».¹⁶ Clairement, il s'agit non seulement d'avantager les éditeurs de sites coopératifs mais également de se poser en régulateur de la liberté d'expression des internautes. Autant de propositions qui doivent s'interpréter comme une première étape, un « pied dans la porte », laissant la voie ouverte à la mise en place d'une régulation administrative plus poussée à l'avenir.

2. La nécessité d'un droit de l'Internet spécifique fondé sur la protection de la liberté de communication

L'approche consistant à calquer la régulation administrative de l'audiovisuel à Internet se fonde sur une erreur ontologique qui nie les spécificités de ce dernier (2.1). À

15 Le Monde, La neutralité du Net, qu'est-ce que c'est ?, 4 juillet 2014. Disponible à l'adresse: http://www.lemonde.fr/vie-en-ligne/article/2014/07/04/la-neutralite-du-net-qu-est-ce-que-c-est_4451153_4409015.html

16 HOURDEAUX Jérôme, 25 mai 2013, Le CSA est-il en train de faire main basse sur le net ?, Médiapart. Disponible à l'adresse: <http://www.mediapart.fr/journal/economie/240513/le-csa-est-il-en-train-de-faire-main-basse-sur-le-net?>

l'inverse de ces propositions qui font courir d'importants risques pour la liberté d'expression au nom de la protection des positions acquises dans le secteur audiovisuel, il est urgent de travailler à l'édification d'un droit de l'Internet fondé sur la sauvegarde des droits fondamentaux et une régulation de l'économie numérique favorable à la concurrence et à l'innovation (2.2).

2.1 La soumission d'Internet au droit de l'audiovisuel repose sur une erreur manifeste d'appréciation

La compétence du CSA pour réguler Internet et connaître des abus à la liberté de communication se fonde sur une erreur ontologique qui consiste à transposer le modèle de régulation des médias audiovisuels à Internet. Les logiques techniques et l'économie politique qui président à ces deux catégories sont pourtant fondamentalement différentes. La régulation administrative des médias audiovisuels découle en effet du régime d'autorisation préalable imposé aux entreprises de communication. Ce régime d'autorisation, assorti le plus souvent d'obligations en matière de programmation, se justifie essentiellement par des raisons techniques (l'attribution de fréquences notamment). C'est ce régime d'autorisation préalable qui fonde le pouvoir de l'autorité administrative de réguler les médias audiovisuels traditionnels. Rien de tel n'existe pour Internet, qui décentralise et démultiplie les canaux d'expression, transformant radicalement l'économie politique des médias et permettant au plus grand nombre de prendre part aux activités de communication, quelle qu'elles soient. En ce sens, plus que tout autre dispositif technique, Internet démocratise radicalement l'exercice du droit à la liberté d'expression proclamé il y a plus de deux cent ans dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il engendre par là même une reconfiguration de l'espace public, jusque là dominé par un nombre très restreint d'entreprises de communication.

Cette erreur originelle conduit à la proposition inepte – portée au niveau institutionnel par le CSA autant que par le Conseil national du numérique – consistant à faire rentrer Internet dans l'empire de la loi de 1986. En dépit de son intitulé, celle-ci n'a jamais eu pour but de garantir la liberté de communication, mais avant tout de réglementer le secteur audiovisuel tout en le soumettant à des règles strictes et en le plaçant sous le contrôle du CSA. Ainsi, dès son premier article et à peine le principe de liberté de communication proclamé, la loi s'empresse de dresser la liste exhaustive des valeurs pouvant justifier qu'elle soit limitée, allant bien au-delà des matières visées par exemple par la loi sur la liberté de la presse de 1881.¹⁷

De tels débats sur le droit applicable à Internet renvoient à la mise en garde prophétique lancée en 1983 par un universitaire américain resté méconnu en France. Dans le livre *Technologies of Freedom*,¹⁸ Ithiel de Sola Pool, alors professeur en sciences

17 La loi de 1986 dispose en effet que « l'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ».

18 SOLA POOL, Ithiel, 1984. *Technologies of Freedom*. Belknap Press of Harvard University Press.

politiques au Massachusetts Institute of Technology, retraçait l'histoire du droit de la communication aux États-Unis et la confrontait à la révolution numérique alors en gestation. Au terme de son étude magistrale, il pointait le risque de voir le Premier amendement à la constitution américaine – et donc la liberté d'expression qu'il protège – jetés aux poubelles de l'histoire, en étant confinés à la presse papier. Au gré des chapitres, il mettait ainsi en évidence la manière dont les garanties juridiques offertes aux imprimeries et aux journaux en la matière ont été, à chaque innovation technique, battues en brèche par les pouvoirs publics. Dans le cas des postes, du télégraphe puis du téléphone, c'est le monopole exercé par le gestionnaire du réseau qui avait d'abord justifié l'intervention du régulateur, dans le but premier d'éviter des abus de position dominante, mais en imposant au passage certaines restrictions de liberté dérogoires au régime applicable à la presse. Dans le domaine de la radio ou de la télévision, c'est l'argument de la rareté de la ressource hertzienne et la nécessité d'éviter les interférences qui fut invoqué pour limiter le nombre d'émetteurs et soumettre la diffusion de programmes à une régulation des contenus qui aurait été jugée tout-à-fait inconstitutionnelle si elle avait été appliquée à la presse. Or, au moment où Ithiel de Sola Pool écrit, au début des années 1980 aux États-Unis, la « convergence » des réseaux – celle-là même qui est aujourd'hui invoquée pour justifier l'extension des missions du CSA à Internet – est en marche.¹⁹ Une mutation qui est sur le point de bouleverser l'édifice juridique échafaudé par strates depuis près de deux cents ans. Car en parallèle de la convergence des réseaux, une autre révolution se prépare : celle de l'informatique personnelle connectée. L'ordinateur, écrit Sola Pool, est appelé à devenir « l'imprimerie du vingt-et-unième siècle ». S'il n'utilise jamais le mot « Internet » – ce dernier vient à peine d'être créé au moment où est publié son ouvrage –, il propose néanmoins une analyse prospective d'une impressionnante justesse sur les enjeux juridiques qu'il va bientôt soulever.

Pour l'auteur, le risque est de voir la réglementation dérogoire qui caractérise la téléphonie, la radio ou la télévision être étendue aux réseaux informatiques, pérennisant les restrictions de liberté, et ce alors même que les justifications qui ont présidé à l'avènement de ces régimes spéciaux n'ont plus lieu d'être. Afin que la révolution numérique puisse tenir ses promesses, cette résilience juridique et institutionnelle doit donc être conjurée. Pour que le Premier amendement survive aux bouleversements technologiques en cours, pour que les principes démocratiques sur lesquels il se fonde soient préservés dans l'environnement numérique, le droit doit changer. Dans les dernières pages de son livre²⁰, Ithiel de Sola Pool propose ainsi une série de principes devant guider les réformes à venir dans le secteur des médias et des télécoms. D'abord, pour garantir les fondements du Premier amendement, à savoir la liberté pour chacun de

19 Le secteur audiovisuel est ainsi chamboulé par l'arrivée des câblo-opérateurs qui déploient leurs infrastructures en parallèle des réseaux téléphoniques et hertziens afin d'offrir l'accès à des bouquets de programmes télévisés et à des services de vidéos à la demande. Quant au monopole privé dont jouit l'opérateur téléphonique AT&T, il est en train d'être démantelé, et l'entreprise est déjà dans l'obligation de permettre l'accès à son infrastructure à des opérateurs alternatifs pour que ces derniers puissent établir les premiers réseaux commerciaux de données numériques. La convergence numérique semble donc annonciatrice de la fin des monopoles et de l'entrée dans une ère de l'abondance des ressources communicationnelles.

20 Voir SOLA POOL, p. 246-249.

publier sans censure ni autorisation préalables, et ce quelque soit le moyen de communication utilisé.²¹ Il met aussi en garde contre toute régulation extra-judiciaire des contenus des communications, que ce soit par l'autorité administrative ou par les gestionnaires d'infrastructures – ceux qu'on appellera plus tard les « intermédiaires techniques ».²²

Par ailleurs, Sola Pool prône une réforme des télécommunications visant à promouvoir l'interconnexion des réseaux informatiques, afin de décentraliser au maximum l'architecture technique au lieu de la concentrer dans les mains de quelques opérateurs en position dominante. Une recommandation à méditer à l'heure où les pouvoirs publics français et européens encouragent une plus grande concentration dans le secteur télécom. Il défend d'ailleurs une régulation du marché pour encadrer les pratiques des opérateurs en position dominante, et appelle interdire à ces derniers de se livrer à des pratiques discriminatoires, notamment dans la transmission des flux d'informations, anticipant ainsi les controverses actuelles autour de la neutralité du Net.

Enfin, l'auteur préconise une réforme du droit d'auteur, et ce afin d'éviter que les règles issues des médias traditionnels ne viennent inhiber la libre circulation des œuvres sur les réseaux. L'enjeu, explique-t-il, est de faire en sorte que le droit d'auteur ne se retourne pas contre sa raison d'être, à savoir l'encouragement à la création culturelle et scientifique ainsi qu'à sa diffusion.²³ Pour ce faire, il invite à repenser l'économie de la culture. Devançant de quinze ans les thèses développées par des économistes comme Jeremy Rifkin,²⁴ il estime que plutôt que de fonctionner sur le modèle de l'échange de biens soumis à des titres de propriété, l'économie de la culture doit évoluer vers un modèle d'abonnement, fondé sur le libre accès aux œuvres et le développement de services à valeur ajoutée.

21 (...) the First Amendment applies fully to all media. It applies to the function of communication, not just to the media that existed in the eighteenth century. It applies to the electronic media as much as the print ones. Second, anyone may publish at will. The core of the first amendment is that government may not prohibit anyone from publishing. There may be no licensing, no scrutiny of who may produce or sell publications or informations in any form. Third, enforcement of the law must be after the fact, not by prior restraint. In the history of communications law, this principle has been fundamental. Libel, obscenity, and eavesdropping are punishable, but prior review is anathema. In the electronic media this has not been so, but it should be.” (p. 246)

22 (...) Bottlenecks should not be used to extend control. Rules on undeliverable mail have been used to control obscene content. Cablecasting, in which there is no spectrum shortage, has been regulated by the FCC as ancillary to broadcasting. Telegraph companies have sought to control news services, and cable franchises have sought to control the programs on the cable. Under the First Amendment, no government imposition on a carrier should pass muster if it is motivated by concerns beyond common carriage, any more than the carriers should be allowed to use its service to control its customers. (p. 248-249.)

23 (...) For electronic publishing, copyright enforcement must be adapted to the technology. This exceptional control on communication is specifically allowed by the Constitution as a means of aiding dissemination, not restricting it. Copyright is temporary and requires publication. It was designed for the specific technology of the printing press. It is in its present form ill adapted to the new technologies. The objective of copyright is beyond dispute. Intellectual effort needs compensation. Without it, effort will wither. But to apply a print scheme of compensation to the fluid dialogue of interactive electronic publishing will not succeed. Given modern technologies, there is no conceivable way that individual copies can be effectively protected from reproduction when they are already either on a sheet of paper or in a computer's memory. The task is to design new forms of market organization that will provide compensation and the same time reflect the character of the new technology. (p. 249).

24 RIFKIN, Jeremy, 2005 [2000]. *L'âge de l'accès: la nouvelle culture du capitalisme*. Paris. La Découverte.

2.2 Pour un droit de l'Internet garant de son universalité, de la diversité, des libertés

Trente ans après, la justesse de cette analyse – parfaitement transposable à la situation française – fait de Sola Pool un véritable Tocqueville du droit de l'Internet. Et elle montre par opposition l'inquiétante inertie des politiques publiques mises en œuvre dans le secteur des médias et des télécoms.

Cela fait près de vingt ans que l'on légifère pour réguler Internet. Pourtant, au lieu de réfléchir à une réforme ambitieuse du droit visant à préserver les libertés et l'innovation dont il est porteur, les pouvoirs publics s'en tiennent à une logique de « reprise en main » calquée sur la régulation des médias centralisés et la protection de ces derniers face à un écosystème communicationnel radicalement transformé. Internet est constamment réduit dans ces débats à un espace dominé par un oligopole nord-américain aux pratiques fiscales déloyales et aux stratégies hostiles à l'exception culturelle française, lorsqu'il n'est pas en plus assimilé à un espace consubstantiellement dangereux pour la paix sociale et les droits d'autrui.

Ainsi, en parallèle des discussions sur l'extension des compétences du CSA à Internet, et outre la censure privée des communications par les plateformes d'hébergement qu'encouragent les dérives législatives et jurisprudentielles constatées autour de la LCEN, d'aucuns veulent désormais nier aux internautes la protection de la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Début 2013, Manuel Valls affirmait sans ambages que « la question est posée aujourd'hui, compte tenu de la force de frappe d'Internet et son influence sur les citoyens, de savoir si la répression de tels délits relève encore de cette législation ».²⁵ La sénatrice Esther Benbassa regrettait quant à elle qu'Internet offre « à tout particulier la possibilité de bénéficier des garanties de la loi de 1881, sans pour autant être soumis à la déontologie des journalistes ».²⁶ Non content d'encourager la censure extra-judiciaire d'Internet, le pouvoir politique veut aussi nier aux citoyens « ordinaires » – lorsqu'ils pourront tout de même être jugés par un magistrat – le bénéfice des différentes protections contenues dans cette loi qui honora en son temps la Troisième République. Comme si ces citoyens, au prétexte qu'ils ne sont pas diplômés d'écoles de journalisme et ne travaillent pas au sein de rédactions professionnelles, ne pouvaient jouir des garanties offertes par ce texte vieux de plus de 130 années. Comme s'il ne fallait pas plutôt considérer comme tout-à-fait normal le fait qu'ils bénéficient des mêmes protections légales, et concevoir la sujétion des journalistes professionnels aux règles déontologiques non pas comme une contrepartie de la liberté d'expression, mais bien davantage comme une manière de consacrer leur rôle de tiers de confiance dans le débat public.

La France et l'Europe doivent rompre avec les politiques actuelles, trop souvent

25 REES, Marc, 30 janvier 2013. Manuel Valls : le futur de la politique pénale contre la cybercriminalité. Next INpact. Disponible à l'adresse : <http://www.nextinpact.com/news/77130-manuel-valls-futur-politique-penale-contre-cybercriminalite.htm>.

26 TRÉGUER, Félix, 11 février 2013. Liberté d'expression : un débat révélateur au Sénat. The Wired Polis. Disponible à l'adresse : <http://wiredpolis.tumblr.com/post/42835169471/liberte-dexpression-un-debat-revelateur-au-senat>.

fondées sur l'extension des dispositifs répressifs. À l'image de ce qu'a réalisé le Brésil en 2014 au travers de l'adoption d'une loi-cadre protectrice des droits fondamentaux sur Internet (le « Marco Civil »), il leur faut au contraire s'engager dans un travail législatif visant à garantir pleinement la liberté de communication sur Internet, et éviter qu'elle ne soit subsumée par les régimes dérogatoires inspirés de l'audiovisuel. Face à la censure privée ou administrative qui se banalise sur Internet, le rôle du juge judiciaire dans la répression des abus de la liberté d'expression doit donc être réaffirmé et sanctuarisé. Les infractions et sanctions en la matière, comme le blocage de sites, doivent être réformées afin que la loi française respecte rigoureusement le droit international et le principe de proportionnalité.²⁷ Bien plus qu'une menace à conjurer coûte que coûte, le recours à l'anonymat sur Internet doit être consacré comme un droit certes non pas absolu mais néanmoins partie intégrante de la liberté d'expression. Enfin, pour rétablir une symétrie dans le rapport de force judiciaire avec ceux qui cherchent à réprimer certaines expressions publiques et amener les tribunaux à mieux prendre en compte cette liberté qui en démocratie est le premier des droits politiques, il faut habiliter les associations spécialisées dans la défense de la liberté d'expression à intervenir dans les procès en la matière (comme cela existe par exemple en matière de lutte contre les discriminations). Bien évidemment, toute loi protectrice des libertés sur Internet devra également apporter de nouvelles garanties pour le droit au respect de la vie privée et à la confidentialités des communications face à la surveillance, qu'elle soit conduite par les services de l'État ou à des fins commerciales.

Quant à la question épineuse de la régulation de l'économie numérique, le droit de l'Internet doit promouvoir l'innovation et la concurrence, la liberté de choix des consommateurs, ainsi que le dynamisme de la création et la démocratisation de l'accès à culture. Internet est pour cela un magnifique outil, pour peu qu'on cesse de le stigmatiser. Du côté de l'économie numérique, la régulation devra ainsi organiser une politique préventive de concurrence afin de lutter contre les oligopoles qui se mettent en place aux différents échelons de la chaînes de valeur. Dans cet esprit, Tim Wu – le juriste qui popularisé le concept de neutralité du Net – propose de consacrer une nouvelle doctrine pour la régulation de l'économie informationnelle, inspirée du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.²⁸ Ce principe de séparation appliqué au secteur de la communication maintiendrait à distance les unes des autres les différentes couches de l'économie numérique, à savoir la production et la distribution de contenus et d'applications, la mise à disposition de ces derniers au travers d'outils et ou de services de diffusion et d'accès, et enfin les réseaux et autres équipements physiques qui participent de l'écosystème informationnel. Les activités des acteurs opérant à chacun de ces trois niveaux (contenus, diffusion, infrastructures) seraient ainsi maintenues séparées au plan structurel, permettant de rompre les liens stratégiques qui se nouent entre ces différentes couches et les logiques de concentration verticale

27 Voir notamment le rapport 2011 du rapporteur des Nations Unies pour la liberté d'expression : LA RUE, Frank, 2011. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Nations Unies. Disponible à l'adresse : <http://www.article19.org/pdfs/reports/report-of-the-special-rapporteur-on-the-promotion-and-protection-of-the-right.pdf>.

28 WU, Tim, 2010. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. Knopf.

actuellement observées.

Un tel principe de séparation permettrait de combler les lacunes du droit commun de la concurrence, lent et souvent inadapté à l'économie numérique, afin de prévenir l'apparition de pratiques anti-concurrentielles tout en protégeant l'innovation et la liberté de choix pour les consommateurs, dans un univers où les positions dominantes sont extrêmement difficiles remettre en cause en raison des effets de réseaux. À partir de ce principe général, plusieurs politiques peuvent être déduites parmi lesquelles la garantie de l'interopérabilité à la fois des fichiers (autorisation de contournement des DRM) et des terminaux (ordinateurs, tablettes, smartphones, téléviseurs connectés), la lutte contre les entorse à la concurrence commise par les moteurs de recherche (en particulier lorsqu'ils sont en position dominante), le principe de non-exclusivité et de non-discrimination dans les accords de distribution et de diffusion, et bien sûr la protection de la neutralité des réseaux.²⁹ Ce principe de séparation appliqué à l'économie numérique – qui pourra souffrir quelques exceptions dans les cas prévus par la loi – constitue une réponse à la fois efficace et applicable à l'ensemble du secteur. Il semble de ce point de vue bien plus pertinent que le concept à la mode mais à la fois vague et trompeur de « neutralité des plateformes ».

Outre la régulation économique, la refondation des politiques culturelles à l'ère numérique devra également en passer par une réforme ambitieuse du droit d'auteur, notamment pour légaliser le partage non-marchand des œuvres entre individus, la refonte de la gestion collective, ou encore la création de nouveaux mécanismes de financement mutualisés pour la création.³⁰

Sortir Internet du droit de l'audiovisuel pour protéger les libertés tout en réformant les politiques publiques dans le secteur de la communication et de la culture est une tâche des plus urgentes, tant les politiques protectionnistes actuellement envisagées constitueraient un véritable marché de dupes. On livrerait l'économie numérique en partage aux oligopoles d'hier et d'aujourd'hui tout en mettant durablement en cause la liberté de communication et l'innovation dont Internet peut être le support. Face à l'emprise des intérêts commerciaux, face à ces menaces qui prennent corps jour après jour à Paris comme à Bruxelles et qui risquent de transformer Internet en une « télévision 2.0 », législateurs et citoyens doivent être les garants de l'intérêt général en s'opposant fermement à la soumission de l'Internet au droit de l'audiovisuel.

29 Le principe de neutralité des réseaux devant valoir tant pour l'Internet public que pour les « services gérés » au travers desquels les opérateurs peuvent accorder une priorité à tel ou tel catégorie d'application. Pour rappel, l'Arcep définit les services gérés comme des « services d'accès à des contenus/services/applications par voie électronique, pour lesquels l'opérateur de réseau garantit des caractéristiques spécifiques de bout en bout et/ou sur une période donnée, grâce à des traitements qu'il met en œuvre, soit directement sur le réseau qu'il contrôle, soit au travers d'accords avec les opérateurs chargés d'acheminer le trafic. »

30 Voir les quatorze propositions formulées par Philippe Aigrain pour réformer les politiques culturelles : AIGRAIN, Philippe, 2012, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées*. La Quadrature du Net. Disponible à l'adresse : <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees>