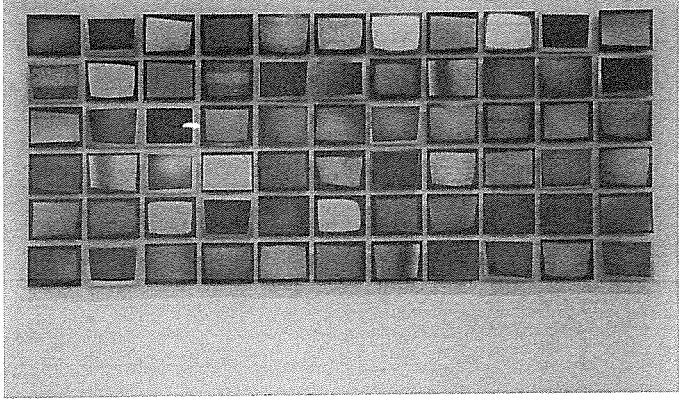
Sous la direction scientifique
de Serge REGOURD et Laurence CALANDRI

LA RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

Enjeux et perspectives



2 0 1 5

I n s t i t u t U n i v e r s i t a i r e V a r e n n e

© Collection « Colloques & Essais »
éditée par l'Institut Universitaire Varenne
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Diffusion : L.G.D.J - lextenso éditions

Illustration de couverture :
Signals Still (2011), © Penelope UMBRICO
que l'IDETCOM remercie vivement pour sa contribution

ISSN 2269-0719
ISBN 978-2-37032-042-1
Dépôt légal : deuxième trimestre 2015

Le modèle nord-américain

Pierre TRUDEL

La prééminence d'une instance unique de régulation de même que le postulat selon lequel la radio et la télévision relève *a priori* d'une logique d'entreprise, et non de service public ont marqué les débats sur la régulation de l'audiovisuel en Amérique du Nord.

Les traits majeurs des modèles américain et canadien de la régulation de l'audiovisuel découlent des sources et fondements qui la justifient et lui procurent sa légitimité. Les raisonnements, en vertu desquels il est jugé rationnel de doter la radio et la télévision d'un cadre juridique spécifique différent de celui qui prévaut pour la presse écrite, ont modelé le cadre régulateur de la radiodiffusion aux États-Unis.

Au Canada, le souci d'assurer une autonomie du système audiovisuel soumis aux pressions associées à la proximité des diffuseurs étatsuniens a contribué à façonner un cadre régulateur doté de principes plus interventionnistes mais tout de même architecturé sur le modèle du voisin du sud.

Mais aussi bien au États-Unis qu'au Canada, la présence d'une instance de régulation dotée d'une juridiction étendue et habilitée à décider des questions spécifiques en fonction de principes généraux constitue un trait marquant de la régulation de l'audiovisuel.

Seront successivement abordés les sources et fondements de la régulation audiovisuelle, les mécanismes de sa mise en œuvre, de même que les grands enjeux et débats qui marquent actuellement l'évolution des processus de régulation.

I. Sources et fondements de la régulation audiovisuelle

Tant aux États-Unis qu'au Canada, la régulation de la radiodiffusion se fonde sur le caractère public des fréquences utilisées pour livrer les émissions au public. Mais alors qu'aux États-Unis la rareté des fréquences constitue la justification classique pour expliquer que la radiodiffusion bénéficie d'une marge de liberté expressive moins grande que celle dont bénéficie la presse, au Canada, le souci d'assurer que les fréquences ne servent pas qu'à acheminer des contenus américains a marqué le cadre juridique de la radiodiffusion.

A. Aux États-Unis

Aux États-Unis, la rareté des fréquences – le fait qu'il était difficile, au début du XX[e] siècle, de régir l'usage des fréquences au moyen des mécanismes du droit commun – a constitué la principale rationalité pour la mise en place d'un cadre réglementaire exprimé dans le *Radio Act* (1927), puis le *Communication Act* (1934). Le *Radio Act* faisait suite à l'échec des tentatives des principaux joueurs de l'industrie de la radio à s'autoréglementer.

C'est principalement autour de la rareté des fréquences de radiodiffusion que se sont élaborés les raisonnements judiciaires concluant que la réglementation de la radiodiffusion était en accord avec les garanties du Premier Amendement. L'arrêt *National Broadcasting Co.* c. *United States*[1] a été la première affaire d'importance où la Cour suprême des États-Unis devait se prononcer sur les rapports entre le Premier Amendement et la radiodiffusion. La Cour a décidé qu'il n'existait pas un droit constitutionnel d'obtenir une autorisation d'utiliser les fréquences radioélectriques, ni de se réserver un monopole sur celles-ci. Par conséquent, le fait qu'une législation dénie le droit d'obtenir un permis d'exploitation d'une entreprise de radio ou de télé n'est pas considéré, en soi, comme une négation de la liberté d'expression.

En l'espèce, la Cour a maintenu une décision de la *Federal Communications Commission* (FCC) qui, au nom de l'intérêt public, s'était fondée sur les types de programmes qui seraient diffusés par une entreprise sollicitant une licence de radiodiffusion. Le rôle de l'organisme de réglementation ne se limite pas seulement à celui d'« *agent de la circulation* », écrit la Cour suprême. Le mécanisme d'autorisation mis sur pied par la loi fédérale américaine est jugé compatible avec la Constitution. Cette analyse repose sur l'idée de rareté. Les contrôles étatiques sur l'usage des fréquences sont

1 319 U.S. 190 (1943).

jugés compatibles avec la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression en raison de la rareté des fréquences. C'est au nom de cette rareté que la doctrine et la jurisprudence américaines justifient l'application de standards différents pour les médias électroniques et pour les médias écrits[2].

Aux États-Unis, sans cette justification fondée sur la rareté des fréquences, beaucoup de mesures réglementaires s'appliquant à la radiodiffusion pourraient être jugées incompatibles avec le Premier Amendement. Mais le principe suivant lequel chaque média doit être examiné en tenant compte de ses caractères propres, aux fins de déterminer la protection que lui reconnaît le Premier Amendement, est exprimé avec constance dans la jurisprudence de la Cour suprême[3]. Il n'est donc pas surprenant que la radiodiffusion ait été envisagée de façon différente de la presse écrite par les instances judiciaires américaines[4].

Aussi importante que soit la liberté d'expression du radiodiffuseur, elle ne va pas jusqu'à lui permettre de supprimer complètement celle des autres[5]. De plus, les tribunaux ont reconnu au Congrès le droit d'établir un régime de licences de radiodiffusion et, éventuellement, d'en autoriser le retrait[6]. Tous ces principes étaient déjà bien établis lorsque la Cour suprême a rendu sa décision fondamentale en matière de réglementation de la radiodiffusion dans *Red Lion Broadcasting* c. *Federal Communications Commission*[7].

Dans cette affaire, l'entreprise *Red Lion* contestait la validité des règles établies par la FCC, connues sous le vocable de « *doctrine de l'équité* » (*fairness doctrine*), qui accordent un certain droit de réponse aux candidats à des fonctions électives. Ces règles exigeaient de plus que les radiodiffuseurs s'assurent de présenter des émissions où les questions d'intérêt public seraient adéquatement discutées en laissant aux tenants de points de vue divers la possibilité de s'exprimer.

Pour évaluer la constitutionnalité de ces règles, la Cour a dû se pencher sur les raisons qui justifient le traitement différent des médias de radiodiffusion à l'égard du Premier Amendement puisqu'à l'égard des médias écrits, de telles règles auraient été beaucoup moins susceptibles d'être jugées compatibles avec la liberté d'expression. S'exprimant pour la majorité de la Cour, le juge White fait valoir que l'utilisation du spectre des

2 Murray J. ROSSINI, « The Spectrum Scarcity Doctrine: A Constitutional Anachronism », (1985) 39 *Southwestern L. J.* 827.

3 *United States c. Paramount*, 334 U.S. 131 (1948) ; *Southeastern Promotions Ltd. c. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975) ; *Metromedia Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) ; *Kovacs c. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949) ; *City of Los Angeles c. Peferred Communications Inc.*, 106 S. Ct. 2034 (1986) ; *ACLU c. Reno*, <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZO.html>.

4 *Joseph Burstyn c. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952), 503.

5 *Associated Press c. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

6 *Federal Radio Commission c. Nelson Bros., Bond & Mortgage Co.*, 289 U.S. 266 (1933).

7 395 U.S. 367 (1969).

fréquences serait virtuellement impossible sans intervention gouvernementale. Comme il y a plus d'utilisateurs potentiels que de fréquences disponibles, il n'est pas possible, selon le juge, de reconnaître une liberté d'expression en matière de radiodiffusion qui serait comparable à celle reconnue aux médias écrits.

L'arrêt *Red Lion* met l'accent sur les droits du public, à la lumière desquels on délimite ceux des radiodiffuseurs. Ces derniers sont des fiduciaires du public et doivent utiliser les fréquences qui leur sont confiées dans un sens compatible avec l'intérêt public. Cette analyse de la Cour a donné naissance à la théorie suivant laquelle les radiodiffuseurs sont en quelque sorte des « fiduciaires » du public et doivent ajuster leur comportement en conséquence. Le raisonnement de l'arrêt *Red Lion* est axé sur la reconnaissance de limites à la liberté d'expression des détenteurs du droit d'utiliser les ondes. Ceux-ci ne peuvent agir sans tenir compte de ce que la Cour désigne comme étant « *les droits du public* » et des autres personnes qui n'ont pas la possibilité de faire usage des fréquences radioélectriques[8]. La Cour suprême a aussi fait valoir l'argument suivant lequel les règles attaquées dans l'arrêt *Red Lion*, soit la doctrine de l'équité développée par la FCC pendant quatre décennies, visaient à accroître les possibilités d'expression plutôt que de les réduire. Cet argument a été vivement contesté[9].

La Cour suprême des États-Unis a réaffirmé les principes de l'arrêt *Red Lion* en 1973 dans sa décision *Columbia Broadcasting System c. Democratic National Commitee*[10], en 1981 dans *Columbia Broadcasting System c. Federal Communications Commission*[11] et en 1984, dans l'arrêt *Federal Communications Commission c. League of Women Voters of California*[12].

En 1987, la FCC décidait de ne plus surveiller les activités des radiodiffuseurs au titre de la doctrine de l'équité[13] ; l'organisme optait pour une approche reposant sur les mécanismes du marché pour assurer la diversité et le traitement équitable des questions d'intérêt public[14]. Au cours des dernières décennies est apparu un mouvement de contestation de cette rationalité de la

8 Paul SLANSKY, « Program Regulation and the Freedom of Expression: Red Lion's Alive and Well in Canada ? », (1985) 9 *Canada – United States L.J.* 81, 88.

9 Voir parmi les nombreux textes pourfendant la doctrine de l'équité : Thomas G. KRATTENMAKER et L. A. POWE Jr., « The Fairness Doctrine Today: A Constitutional Curiosity and an Impossible Dream », (1985) *Duke L.J.* 151.

10 412 U.S. 94 (1973).

11 453 U.S. 367 (1981).

12 468 U.S. 364 (1984).

13 *Syracuse Peace Council c. Television Station WTVH*, 2 FCC Rcd 5043 (1987), 5057 et 5058.

14 *Inquiry into Section 73.1910 of the Commission's Rules and Regulations Concerning Alternatives to the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees*, 2 FCC Rcd 5272 (1987).

rareté des fréquences[15]. Fondamentalement, les critiques font valoir que les fréquences ne sont pas plus rares que d'autres biens ou encore que cette rareté est toute relative quand elle n'est pas tout simplement le fruit du régime réglementaire appliqué à la gestion du spectre des fréquences.

D'autres rationalités sont invoquées pour justifier le statut constitutionnel plus sévère réservé à la radiodiffusion au regard de la liberté d'expression. Les caractéristiques particulières du média de la radiodiffusion et ce qui le distingue des autres médias ont été parfois invoquées.

Ainsi, l'impact spécial de la radiodiffusion a été invoqué comme rationalité susceptible de justifier des règles de droit limitant la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Banzhaff c. Federal Communications Commission*[16], le tribunal d'appel fédéral confirme une décision de la FCC imposant aux radiodiffuseurs présentant de la publicité de cigarettes de diffuser de l'« anti-publicité » sur les dangers du tabac. La Cour souligne l'impact plus grand de la télévision pour justifier des règles qui ne sont pas imposées aux autres médias. Cet impact tiendrait notamment au fait que les auditeurs sont en bonne partie captifs ; ils n'ont pas toujours la possibilité d'échapper aux messages qui sont diffusés. Contrairement à l'écrit qui nécessite un effort de la part du récepteur, la radio et la télévision s'imposent aux audiences sans que ceux-ci aient à fournir un effort intellectuel. Cela justifierait les mesures étatiques destinées à protéger les auditeurs ou certaines catégories d'entre eux, comme les enfants. Cette théorie n'a toutefois pas obtenu un appui aussi considérable que celle de la rareté des fréquences[17].

L'effet intrusif des médias de radiodiffusion a été le fondement du raisonnement de la Cour suprême américaine dans *Federal Communications Commission c. Pacifica Foundation*[18]. Dans cette décision, la Cour juge valide une réprimande de la FCC à l'égard d'une station de radio ayant diffusé un monologue construit autour de mots généralement considérés comme vulgaires. La décision de réprimander de la FCC découlait du fait que les mots étaient indécents. Le juge Stevens, écrivant pour la majorité de la Cour, fait valoir que la radio est un média aisément accessible aux enfants, y compris ceux qui sont trop jeunes pour lire. De plus, la Cour fait état de l'omniprésence des médias de radiodiffusion dans la vie de tous les

15 Mark S. FOWLER et Daniel L. BRENNER, « A Marketplace Approach to Broadcast Regulation », (1982) 60 *Texas L.R.* 207 ; Anne C. EVANS, « An Examination of the Theories Justifying Content Regulation of the Electronic Media », (1979) 30 *Syracuse L.R.* 871.

16 405 F. 2d 1082 (1968) ; demande rejetée en appel : 396 U.S. 842 (1969).

17 Elle est cependant mentionnée dans : *Robinson c. American Broadcasting Companies*, 441 F. 2d 1396 (1971) ; *Capital Broadcasting Company c. Mitchell*, 333 F. Supp. 582 (1971). Voir : Anne C. EVANS, « An Examination of the Theories Justifying Content Regulation of the Electronic Media », (1979) 30 *Syracuse L.R.* 871.

18 438 U.S. 726 (1978).

Américains. Reconnaissant que les propos visés par l'action de la FCC ne sont pas obscènes et seraient, en d'autres contextes, protégés par le Premier Amendement, la Cour fonde explicitement sa décision de maintenir la réprimande de la FCC en tenant compte du contexte dans lequel furent diffusés les mots et laisse entendre qu'il en irait autrement si l'on se trouvait en présence d'une diffusion dirigée vers des groupes plus restreints[19].

Le rôle des médias de radiodiffusion dans le fonctionnement des processus publics de délibération peut aussi expliquer la réglementation spécifique des radiodiffuseurs. Dans une société où les médias prennent tant d'importance, l'obligation de rendre compte est assurée par la circulation sans entraves de l'information. C'est d'ailleurs l'un des fondements de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression et de la presse dans les sociétés démocratiques. Au cœur de cette liberté, il y a le droit de critiquer sans crainte de représailles ceux qui sont investis du pouvoir. Reconnaissant le rôle crucial des médias électroniques dans les processus démocratiques, Cass Sunstein considère que ces derniers doivent contribuer à proposer des émissions diversifiées et de qualité[20].

La recherche de la qualité des débats démocratiques devient ainsi un objectif justifiant les règles encadrant les activités de radiodiffusion[21]. Le fonctionnement de la démocratie délibérative peut requérir des balises destinées à assurer la qualité et l'équilibre des débats. Par exemple, l'utilisation de procédés de dénigrement ou de généralisations haineuses à l'égard de groupes identifiables ne favorise probablement pas le déroulement des processus délibératifs, notamment sur des phénomènes complexes où une pluralité de droits doivent être respectés.

Les fréquences ayant un caractère public, elles doivent être utilisées de façon à accroître la qualité des processus délibératifs inhérents aux institutions démocratiques. Les réglementations doivent promouvoir la recherche de la qualité par les radiodiffuseurs[22]. Dans une société pluraliste, la démocratie délibérative paraît constituer le meilleur rempart contre les dérives totalitaires, les extrémismes, l'exclusion et le fanatisme. Au plan juridique, le paradigme délibératif appelle la mise en place d'institutions ouvertes et fonctionnant de manière à encourager et améliorer les processus délibératifs plutôt qu'à y mettre fin prématurément.

19 A.C. EVANS, *op. cit.* (n. 15), p. 883 et 884.

20 Cass R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993, p. 70 et 71.

21 *Ibid.*, p. 91.

22 Wolfgang HOFFMAN-RIEM, *Regulating Media, The Licensing and Supervision of Broadcasting in Six Countries*, New York - London, Guilford Press, 1996, p. 268.

B. Au Canada

Au Canada, deux facteurs ont motivé le développement du cadre législatif de la radiodiffusion. Premièrement, les réflexions ont été précipitées par une controverse sur le retrait arbitraire d'un permis par le ministre chargé de gérer les fréquences. En second lieu, la Commission chargée de recommander la mise en place d'un cadre législatif pour la radiodiffusion opta pour le modèle inspiré du service britannique dans la tradition de la BBC. Cet aspect de la politique canadienne de radiodiffusion marque une filiation européenne du modèle de réglementation. Mais la structure de l'industrie demeurera toujours marquée par l'influence américaine. Dès 1958, le Parlement institue un système de régulation fondé sur un organisme indépendant de régulation ressemblant au modèle de la FCC.

La politique canadienne de radiodiffusion est largement déterminée par des facteurs prenant naissance aux États-Unis. Pour justifier le contrôle étatique sur la radiodiffusion dans les années 30, lors des premiers épisodes des débats devant marquer le développement de la politique canadienne de radio et plus tard de télévision, Graham Spry s'écriait : « *l'État ou les États-Unis* ». Les nombreuses innovations qui ont marqué l'évolution de la radiodiffusion ont constamment dirigé son régime juridique vers un objectif de protection et d'augmentation quantitative ou qualitative des produits culturels d'origine canadienne face à la concurrence provenant des États-Unis.

Au Canada, la radio et, plus tard, la télévision ont été perçues comme des instruments essentiels de promotion de l'identité nationale. Il y a là un indice que l'influence américaine, notoirement omniprésente, a pu se manifester de façon dialectique sur la législation canadienne, cette dernière se profilant comme une sorte de rempart afin de contenir l'influence américaine. Malgré cela, le développement de la législation sur la radiodiffusion montre un glissement vers un modèle de plus en plus perméable à la réception des catégories importées des États-Unis.

À compter de l'après-guerre, l'influence américaine se manifeste de plus en plus dans les approches réglementaires de même que les formes que prennent les processus de régulation. Entre les premières lois sur la radiodiffusion, fondées sur un modèle britannique caractérisé alors par une nette prédominance du service public et les lois de la fin des années 50, on est passé d'un modèle de législation à un modèle de supervision et de régulation.

Jusqu'en 1958, la législation sur la radiodiffusion reposait sur un modèle d'inspiration britannique basé sur le principe de la prépondérance du service public. Avec la *Loi sur la radiodiffusion* de 1958, on met en place un mécanisme de réglementation qui s'inspire du modèle américain.

L'avènement, avec la loi de 1958, du modèle d'instance de régulation à l'américaine marque un changement majeur dans les modèles de régulation. On passe d'un modèle suivant lequel la réglementation est confiée à une instance exécutive à un modèle d'organisme de régulation. Cette tendance est accentuée avec les lois de 1968 et de 1991.

À compter de 1968, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce avec plus de détails les principes sous-tendant la politique canadienne de la radiodiffusion, attribue à un organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), le rôle et les pouvoirs nécessaires afin de surveiller et de réglementer les entreprises de radiodiffusion de façon à mettre en œuvre cette politique de radiodiffusion.

Depuis 1968, la loi se manifeste donc surtout comme un discours sur ce que devrait être l'audiovisuel. Un système audiovisuel canadien fonctionnant dans une sorte de monde idéal, dépouillé des contradictions qui pourtant le caractérisent. La mise en œuvre de cette rhétorique emprunte un processus de régulation assuré par le CRTC, un organisme établi suivant le modèle des autorités américaines de régulation.

L'évolution du régime juridique de la radiodiffusion au Canada est marquée par les tensions résultant de la proximité des diffuseurs américains, pour lesquels le marché canadien n'est qu'un appendice de leur marché domestique, et par la persistance des idéaux élevés sur le rôle que devrait jouer la radiodiffusion en tant que ciment de l'unité canadienne et comme instrument de promotion d'une culture canadienne.

Cette tension entre l'influence américaine et la volonté de la contenir se manifeste tout au long de l'histoire du développement de la politique canadienne. Le régime juridique et réglementaire de la radiodiffusion au Canada se présente comme la résultante de cette tension entre deux pôles. Le premier pôle, identifié au maintien et au renforcement de la réglementation et du secteur public, attribue à la radiodiffusion canadienne des idéaux culturels élevés. En plus de promouvoir la culture canadienne, le système de radiodiffusion devrait viser à desservir tout le territoire et agir comme ciment de l'unité canadienne. Le second pôle, pris en charge par les promoteurs privés, exalte les valeurs de liberté, de choix des téléspectateurs, privilégie l'objectif de rentabilité et réclame une réglementation permettant d'offrir au public ce qu'il demande. Cette tension fondamentale a contribué à façonner certains traits originaux du régime canadien. La coexistence d'un secteur public et d'un secteur privé de radiodiffusion assujettis en principe aux mêmes règles et objectifs, a constitué, jusqu'aux années récentes, le trait caractéristique du système canadien.

II. La mise en œuvre des politiques

Deux grandes voies interreliées sont utilisées pour mettre en œuvre les grands principes énoncés par les législateurs. En plus d'un processus de régulation dirigé par des instances dotées de larges habilitations, le recours à l'autorégulation demeure omniprésent dans l'industrie de l'audiovisuel nord-américaine[23].

A. Les processus de régulation

Tant aux États-Unis qu'au Canada, c'est l'autorité fédérale qui possède la compétence sur le cadre juridique de la radiodiffusion. Les États fédérés ont un rôle limité, notamment par le truchement de leur compétence générale sur le droit commun.

1. Aux États-Unis

Aux États-Unis, en vertu de sa compétence sur le commerce interétatique (*Interstate Commerce*), le législateur fédéral est compétent pour réglementer les entreprises de communication, dans la mesure où l'activité de celles-ci implique nécessairement des mouvements entre l'un ou l'autre des États fédérés. Dans cette logique, la radiodiffusion est essentiellement une activité commerciale « inter-États »

Le Congrès a institué la *Federal Communications Commission* et lui a délégué d'importants pouvoirs de réglementer les entreprises sous sa juridiction. La FCC est composée de cinq commissaires nommés par le Président et confirmés par le Sénat. Un maximum de trois cinquièmes des membres peut faire partie d'un même parti politique. Les commissaires ne doivent détenir aucun intérêt dans une entreprise assujettie à la FCC.

Le *Communication Act* énonce des principes larges, tel que le principe de l'intérêt public, dont le sens et les corollaires sont déterminés par l'activité réglementaire de la FCC. La FCC dispose d'un important pouvoir de réglementer les différents usages des ondes dans l'intérêt public. Cette dévolution de pouvoirs, formulée en termes très larges, visait à doter l'organisme des moyens de réagir efficacement aux situations multiples et imprévisibles suscitées par les médias électroniques[24].

---

23 Lili LEVI, « The Four Eras of FCC Public Interest Regulation », (2008) 60 *Administrative Law Review* 813.

24 Daniel L. BRENNER, « Explaining yourself: thirty years after 'a marketplace approach to broadcast regulation' », (2013) 65 *Administrative Law Review* 743.

2. Au Canada

Au Canada, le Parlement fédéral en raison de sa juridiction sur la radiocommunication dispose de la faculté exclusive de faire des lois relatives à l'exploitation d'entreprises de radiodiffusion. La marge de manœuvre des provinces pour infléchir le cours des choses en cette matière est assez mince, sauf par le truchement de mesures générales qui n'ont pas pour effet de paralyser l'exploitation des entreprises de radiodiffusion.

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est constitué d'au plus treize membres à temps plein et six membres à temps partiel. Ceux-ci ne peuvent posséder, directement ou indirectement, des intérêts dans une entreprise assujettie. Depuis 1975, le Parlement a institué un système de régulation unique, dotant le CRTC de l'autorité pour réguler les entreprises de télécommunications selon les principes de la *Loi sur les télécommunications et les entreprises de radiodiffusion* conformément aux énoncés de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Le CRTC a le mandat de surveiller et réglementer afin de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion, dont les principes sont énoncés dans la loi.

La loi investit le CRTC de la mission de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. À cette fin, l'organisme se voit accorder les pouvoirs de faire des règlements, d'énoncer les conditions auxquelles sera soumise chaque personne se voyant accorder une licence afin d'exploiter une entreprise de radio ou de télévision, et des pouvoirs d'enquête, notamment sur des plaintes relativement à toute question relevant de ses pouvoirs. En outre, la loi énonce le statut du service public national de radiodiffusion, dont la responsabilité revient à la Société Radio-Canada.

Les habilitations prévues dans la loi permettent au CRTC et aux autres instances réglementaires d'adopter des règles plus précises régissant la conduite des activités de radiodiffusion. Ce n'est pas la loi mais la réglementation adoptée par le Conseil qui impose des obligations aux acteurs. Pareilles obligations sont définies à partir des notions et concepts qui sont propres aux activités visées. La réglementation n'invente pas les réalités, elle vise à en régir le déroulement. Les réalités sur lesquelles elle porte sont nommées dans le milieu professionnel dans lequel elle a vocation à s'appliquer.

Au Canada, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce les conditions auxquelles il est licite de s'adonner à des activités de radiodiffusion. En dehors des conditions prévues par ces lois, il n'est pas permis de se livrer à de telles activités au Canada. Dans ces deux lois, le Parlement a formulé les politiques nationales pour ces deux champs d'activité et habilité une instance de régulation, le CRTC à prendre les mesures nécessaires afin d'assurer l'accomplissement des objectifs mis en avant.

Le CRTC met ainsi en place des processus au cours desquels sont débattues les différentes positions à l'égard du sens qu'il convient de donner aux politiques mises en avant dans les lois. Une fois obtenus les consensus au sujet de la signification des politiques, le CRTC met en place des stratégies de réglementation qui lui paraissent appropriées.

Aussi bien aux États-Unis qu'au Canada, les législateurs ont choisi de déléguer des pouvoirs étendus aux instances de régulation. Dans les deux pays, les tribunaux ont été appelés à intervenir dans des situations où il était reproché au régulateur d'outrepasser les pouvoirs accordés par la loi. Mais traditionnellement, les tribunaux ont reconnu une grande marge d'appréciation aux régulateurs. Ils tendent à postuler qu'une politique ou une décision ne contrevient pas aux habilitations découlant de la loi dès lors qu'ils jugent qu'elle est raisonnable.

Au Canada, la réglementation de la radiodiffusion est caractérisée par la poursuite de multiples objectifs à caractère social et culturel. Dans la plupart des pays, les activités culturelles et d'information suscitent craintes et anticipations ; il est généralement exclu de les laisser se développer en dehors de tout encadrement étatique. Dans la plupart des démocraties, la réglementation de l'audiovisuel procède de la conviction que l'intervention des pouvoirs publics est nécessaire afin d'assurer l'émergence et le maintien d'une identité culturelle distinctive[25].

Dans la mise en œuvre des politiques relatives à la radio et à la télévision, l'on rencontre souvent des règles de type informel, parfois désignées sous le vocable de « *droit mou* » ou *soft law*. Par exemple, le problème des stéréotypes sexistes ne peut être résolu au moyen d'interdictions pures et simples. C'est au phénomène de la répétition des messages sexistes que les mesures cherchent à s'attaquer. Il est alors nécessaire de songer à des techniques de réglementation qui soient propres à rendre compte de ce phénomène. Le « droit mou » se caractérise par la grande discrétion qu'il laisse au débiteur de l'obligation pour atteindre certains niveaux acceptables.

La réglementation, entendue comme l'activité par laquelle sont énoncées les obligations spécifiques des entreprises, est souvent considérée comme une source mineure du droit en raison de son caractère souvent technique et changeant. Elle s'avère une source primaire essentielle en matière de radio et de télévision. C'est la réglementation, qu'il s'agisse des règlements ou des conditions de licence, qui fixe les cadres du déroulement des activités de radio et de télévision. Pour rendre compte de la substance du droit de l'audiovisuel, il faut dégager ce qui ressort des pratiques réglementaires.

---

25 Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 153 et suiv. ; Sydney W. HEAD, *World Broadcasting Systems – A comparative Analysis*, Belmont, Wadsworth, 1985, p. 377 et suiv. ; Donald R. BROWNE, *Comparing Broadcast Systems*, Ames, Iowa State University Press, 1989.

B. Les mécanismes d'autorégulation

La réglementation volontaire des entreprises tient une place significative dans la régulation nord-américaine de l'audiovisuel.

L'autoréglementation suppose un certain consensus et ne saurait comporter d'obligations allant trop directement à l'encontre des intérêts des acteurs. Bien qu'elles laissent une importante marge d'appréciation à ceux qui sont visés, ces normes produisent des effets souvent comparables à des mesures réglementaires qui se révéleraient moins bien adaptées à des activités à l'égard desquelles l'État est limité dans ses possibilités d'intervention.

1. Aux États-Unis

Aux États-Unis, la régulation de la publicité radiodiffusée reflète l'étendue de la protection découlant du Premier Amendement. La publicité fait partie du discours protégé, mais bénéficie d'une protection moindre que le discours politique ou religieux.

Jusqu'aux années 1980, la *National Association of Broadcasters* (NAB) possédait son propre Code d'autoréglementation pour ses membres. Cependant, le Département de la Justice a poursuivi l'association en vertu des lois *anti-trust* en soutenant que d'établir une règle limitant la quantité de publicités qui peuvent être diffusées par heure, il y avait une limite artificielle de l'offre, ce qui augmentait les prix. Suite à ces démarches, l'Association a décidé de suspendre complètement son Code. Dès lors que le Gouvernement n'envisageait plus d'intervenir, il n'y avait plus un grand intérêt de maintenir un tel Code[26].

Les propriétaires de médias et leurs gestionnaires déterminent les publicités qui peuvent être diffusées. Cela peut engendrer certaines différences d'une chaîne de télévision à l'autre. Une recherche a déterminé huit grands facteurs qui ont influencé la procédure d'approbation des publicités pour la radio : le nombre de plaintes, l'importance et le pouvoir du marché de la chaîne, la quantité de produits jamais acceptés, un code publicitaire écrit, l'existence d'un employé réservé à l'approbation, le niveau de référence à l'ancien Code du NAB, la grandeur du marché local, puis le degré de justification requis lors des réponses aux annonceurs[27].

L'autoréglementation de la publicité s'attache principalement aux dimensions économiques de la publicité. Le *National Advertising Division* indique sur son site web qu'il ne constitue pas le forum approprié pour des

26 Patricia BROSTERHOUS, « United States v. National Association of Broadcasters: The Deregulation of Self Regulation », 35 *Fed. Com. L.J.* 312-346.

27 Avery M. ABERNETHY, « Advertising Clearance Practices of Radio Stations: A Model of Advertising Self-Regulation », (1993) 22 *Journal of Advertising*, 15, 17.

préoccupations relatives au « bon goût » des publicités ou aux questions morales ou politiques que peuvent soulever certains messages. Par contre, la *Children's Advertising Review Unit* (CARU) qui surveille l'autoréglementation des publicités visant les enfants, possède un Code qui aborde la question des stéréotypes.

Certaines agences de publicité ou d'autres acteurs dans le monde du marketing ont parfois des codes d'éthique, mais ceux-ci ne prévoient pas vraiment de procédures ou de sanctions.

2. Au Canada

Le CRTC a eu recours à cette technique afin de mettre en œuvre certains éléments de la politique canadienne de radiodiffusion[28].

Au cours des dernières années du XX[e] siècle, la régulation canadienne de la radio-télévision a suivi la tendance de favoriser le recours aux mécanismes d'autoréglementation. La *Loi sur la radiodiffusion* énonce des principes généraux et attribue à un organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), les pouvoirs nécessaires à la surveillance des entreprises de radiodiffusion de façon à mettre en œuvre la politique énoncée dans la Loi.

À compter de la décennie 1980, le CRTC a fait souvent renvoi à des normes autoréglementaires dans ses décisions énonçant les conditions de licence des entreprises. Il a mis au point des lignes directrices pour guider l'élaboration des normes gérées par l'industrie. Il se fonde sur ces directives lorsqu'il demande à un secteur de l'industrie de la radiodiffusion d'élaborer une norme de l'industrie ou lorsqu'une entreprise ou un groupe propose une norme et en demande l'approbation au Conseil. En 1988, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) a institué le Conseil canadien des normes de la radiodiffusion (CCNRT)[29] pour administrer certaines normes volontaires. Il s'agit du Code de déontologie de l'ACR, celui concernant la violence à la télévision et ceux concernant les stéréotypes sexuels à la radio et à la télévision.

Le CCNRT a mis au point des mécanismes pour examiner les plaintes formulées par le public et qui sont fondées sur les codes qu'il administre. Toute plainte reçue par le CCNRT est transmise au diffuseur concerné. Ce dernier doit s'efforcer de régler la plainte formulée. S'il ne peut disposer de la plainte à la satisfaction du plaignant, le diffuseur doit informer ce dernier de

---

28 Voir : CRTC, Avis public 1987-205, 15 septembre 1987, *Une démarche à l'égard des normes gérées par l'industrie : un Comité de la radiodiffusion* ; CRTC, Avis public 1987-9, 9 janvier 1987, *Lignes directrices applicables à l'élaboration de normes de l'industrie* ; CRTC, Avis public 1988-159, 22 septembre 1988, *Le Conseil canadien des normes de la radio-télévision*.

29 Conseil canadien des normes de la radiodiffusion (CCNRT) <http://www.cbsc.ca/francais/home.htm>.

la façon de procéder afin de saisir le CCNRT. La plainte est alors étudiée par le Conseil régional de la région d'où provient la plainte. Si le Conseil décide en faveur du plaignant, le diffuseur doit diffuser la décision sur ses ondes. Un diffuseur membre qui refuse de se plier à la décision du Conseil régional peut se voir expulser du CCNRT pour une période d'au moins un an. Le CCNRT a l'obligation de communiquer toutes ses décisions aux médias de la région. Si un plaignant demeure insatisfait, on doit lui rappeler qu'il a le droit de s'en référer au CRTC.

L'autoréglementation pratiquée dans l'industrie canadienne de la radiodiffusion se révèle comme une technique venant s'ajouter à celle dont dispose l'instance étatique de régulation pour amener les entreprises à adopter des pratiques compatibles avec les exigences de la loi.

III. Débats et enjeux actuels de la régulation audiovisuelle

Depuis le début du siècle, la régulation nord-américaine paraît marquée par la dissolution du champ de la régulation de l'audiovisuel. Les journaux, émissions de télévision, films, appels téléphoniques, données informatiques, services commerciaux, comme l'achat de biens ou les services bancaires, et toutes les autres formes d'information et de communication peuvent désormais s'effectuer en un seul format – les bits numériques. Internet est l'incarnation de la convergence des environnements médiatiques. L'idée de convergence fait écho au rapprochement entre les industries de la radiodiffusion, de la presse, des télécommunications et de l'informatique.

Les arguments liés aux évolutions techniques, de même qu'aux mutations qu'elles induisent à l'égard des usages et pratiques, sont parmi les plus souvent mentionnés au soutien des appels pour de nouvelles façons d'envisager la réglementation.

Devant la multiplication de l'offre d'émissions, les instances de régulation sont placées devant des revendications afin de réglementer les contenus jugés offensants au regard des valeurs qui prévalent dans un contexte sociétal spécifique[30].

Des analyses tendant à illustrer les dysfonctions du marché sont invoquées afin de justifier les règles à l'encontre de la concentration de la propriété, de même que celles visant à assurer le pluralisme, promouvoir la diversité des sources d'information. Plusieurs revendiquent des mesures afin de remédier

30 Michael BOTEIN et Dariusz ADAMSKI, « The FCC's New Indecency Enforcement Policy and its European Counterparts: A Cautionary Tale », (2005) 15 *Media L. & Pol'y* 7-56.

à l'uniformité, promouvoir la diversité des contenus et protéger les cultures minoritaires.

On cherche aussi à éviter qu'un petit nombre d'entités exercent un contrôle sur la formation de l'opinion publique. D'autres mesures ont pour objectif avoué de protéger la radiodiffusion publique[31].

Certains acteurs de l'univers audiovisuel mettent l'accent sur la nécessité de préserver la neutralité du réseau[32], notamment dans la recherche de mesures visant à prévenir des maux dont le caractère préjudiciable paraît indiscutable, tel que la pornographie juvénile, les pratiques attentatoires à la vie privée[33] ou les menaces contre les enfants[34].

Les arguments liés aux évolutions techniques, de même qu'aux mutations qu'elles induisent à l'égard des usages et pratiques, sont parmi les plus souvent mentionnés au soutien de nouvelles façons d'envisager la réglementation.

L'influence de la numérisation se manifeste au niveau des représentations à partir desquelles se conçoit la régulation des médias. Ce que la numérisation permet ou facilite contribue à modifier les façons de voir. Au plan du droit, ces mutations dans les façons d'envisager les médias emportent des conséquences sur les raisons – les rationalités – sous-tendant la réglementation dont ils sont l'objet. La numérisation emporte également des remises en question des approches, stratégies, moyens et méthodes de conception, d'expression et d'application de la réglementation.

Le phénomène de numérisation est fréquemment présenté comme concomitant avec un plus haut niveau de convergence entre les médias.

Avec la numérisation, émerge un nouveau groupe d'intermédiaires[35] : les passeurs[36], aussi appelés les infomédiaires[37]. En conséquence, « *Les diffuseurs*

---

31 Council of Europe's Advisory Panel to the Steering Committee on the Mass Media, cité dans Ad VAN LOON, « The End of the bRoadcasting Era: What Constitutes Broadcasting and Why Does it Need to be Regulated », *Communications Law*, vol. 9, n° 5, 2004, p. 183.

32 Mark A. LEMLEY et Lawrence LESSIG, « The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the broadband era », (2001) 48 *UCLA L. Rev.* 925 ; Michael A. GEIST, *Telecommunications Policy Review Submission*, Mémoire présenté au Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications, août 2005, <http://www.teletude.ca/epic/internet/intprpgecrt.nsf/vwapj/Geist_Michael.pdf/$FILE/Geist_ Michael.pdf>.

33 OECD Report, *The Implications of Convergence For Regulation of Electronic Communications*, Dsti/Iccp/ Tisp(2003)5/Final. Voir aussi : *FCC's Regulation of Consumer Proprietary Network Information* (section 222).

34 Jens WALTERMANN et Marcel MACHILL (eds.), *Protecting our Children on the Internet*, Gütersloh, Bertelsmann Foundation Publishers, 2000.

35 Guy PESSACH, « Media, Markets and Democracy: Revisiting an Eternal Triangle », (2004) 17 *Can. J. L. & Jurisprudence* 217.

36 Jonathan ZITTRAIN, « A History of Online Gatekeeping », (2006) 19 *Harvard Journal of Law and technology*, <http://jolt.law.harvard.edu/>.

37 Guy PESSACH, « Media, Markets and Democracy: Revisiting an Eternal Triangle », (2004) 17 *Can. J. L. & Jurisprudence* 223 ; reviewing Edwin BAKER, *Media, Markets, and Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2002, p. 285-307.

privés et publics perdent leur position dominante par rapport aux concepteurs de programmes et aux annonceurs, qui étaient jadis les seuls 'passeurs' vers le consommateur »[38]. Par ailleurs, cette desintermédiation qui accompagne la numérisation peut être une source de déstabilisation[39].

La numérisation et la convergence facilitent également la concentration des droits de propriété des médias[40] à cause des interrelations croissantes et la complémentarité[41] entre les secteurs de télécommunication, la publication, la radiodiffusion et l'informatique où les mêmes joueurs économiques entreprennent plusieurs activités dans ces secteurs. Il existe une concentration horizontale et une intégration verticale[42] ou une convergence économique[43].

Observant la tendance lourde vers le basculement sur Internet de l'écoute des médias de radio et de télévision, les instances de régulation nord-américaines ne semblent pas prêtes à transposer dans le réseau les approches de régulation qui ont jusqu'à maintenant prévalu. La radio et la télévision sur Internet sont perçues comme des services qui seraient par nature insusceptibles des cadres de réglementation associés aux environnements hertziens ou câblés. D'où les débats autour des nouveaux paradigmes de la régulation de l'audiovisuel[44].

Dans le modèle nord-américain de régulation, on relève que les changements dans les technologies génèrent des pressions pour des changements au cadre réglementaire existant. Mais la vitesse de ces changements nécessite une flexibilité dans la nouvelle approche à adopter. Des auteurs mettent en garde contre la tentation d'enchâsser des solutions[45] ou de créer des solutions

38 Christian S. NISSEN, *Les médias de service public dans la société de l'information*, Rapport préparé pour le compte du Groupe de spécialistes sur le service public de radiodiffusion dans la société de l'information, février 2006, <http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/1_Cooperation_intergouvernementale/MC-S-PSB/H-Inf(2006)003_fr.pdf>.

39 Voir Yochai BENKLER, « Net Regulation: Taking Stock and Looking Forward », (2000) 71 *U. Colo. L. Rev.* 1203.

40 Yale M. BRAUNSTEIN, « Ownership Issues in the Digital Divide », (2001-2002) 24 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 558.

41 *Ibid.*

42 Christopher S. YOO, « Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy », (2002) 19 *Yale Journal on Regulation* 171.

43 Jan VAN CUILENBURG et Pascal VERHOEST, « Free and Equal Access – in Search of Policy Models for Converging Communication Systems », (1998) 22(3) *Telecommunications Policy* 171-181, 171.

44 Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « L'impact d'Internet sur les paradigmes de la régulation de l'audiovisuel », [2011] 9 *Canadian Journal of Law and Technology*, 51.

45 Richard S. WHITT, « A Horizontal Leap Forward: Formulating a New Communications Public Policy Framework Based on the Network Layers Model », (2003-2004) 56 *Fed. Comm. L.J.* 587, 619.

où il n'existait pas encore de problèmes[46]. Cette nécessité de flexibilité a été souvent invoquée pour réclamer une approche d'abstention réglementaire[47].

L'efficacité de la réglementation comme celle des quotas domestiques basée sur le nombre limité des chaînes nationales est mise en doute. On invoque les possibilités accrues de contourner facilement ces exigences « *en liant le système au satellite d'un pays étranger, opérant selon des règles plus libérales. La diffusion des contenus par Internet a également renforcé l'ouverture de ce marché, désormais plus international et échappant au contrôle des pouvoirs publics* »[48].

Aussi, la compréhension du cadre juridique de l'audiovisuel ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable[49].

On fait état d'un recul des valeurs de service public et on s'interroge sur l'avenir de la réglementation d'intérêt public à l'heure de la numérisation ou de la convergence. Le phénomène se traduit par la réduction de l'importance des parlements et des gouvernements dans l'énonciation des politiques et dans leur application.

Plusieurs s'interrogent sur l'avenir de la réglementation fondée sur des impératifs dits d'intérêt public[50].

Amplifiée par la perception d'un usager en plein contrôle de ce qu'il choisit de regarder et d'écouter, la perspective de l'étiolement de la réglementation ayant pour dessein la protection de l'intérêt public souligne la difficulté d'appliquer des règles dans des environnements qui semblent tous sous la maîtrise des usagers.

---

46 Michael K. POWELL, « The Digital Migration: Toward a New Telecom Act », (2005) 4 *J. Telecomm. & High Tech. L.* 5 : « *you should not have a solution until you have a problem. Before the government opens up a regime, you ought to have good evidence of how that problem presents itself and that there is actually a problem* ».

47 OECD, Working Party on the Information Economy, *Digital Broadband Content: The Online Computer and Video Game Industry*, Paris, OECD, 2005.

48 OECD, Working Party on the Information Economy, *Digital Broadband Content: Digital Content Strategies and Policies*, DSTI/ICCP/IE(2005)3/FINAL, <www.oecd.org/sti/digitalcontent>. C. S. NISSEN, *op. cit.* (n. 38).

49 Voir : Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle' », (1986) 28(1) *Sociologie et sociétés* 47 ; Roderick A. MACDONALD, « L'intervention réglementaire par la réglementation », *in* Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER (dir.), *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Études de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, nº 48, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 89-179 ; Gérard TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, p. 39.

50 Daniel Patrick GRAHAM, « Public interest regulation in the digital age », (2003) 11 *Comm. Law Conspectus* 97 ; Mike FEINTUCK, « Regulating the media revolution: In search of the public interest », (1997) 3 *J. Info. L. & T.* ; Justin BROWN, « Digital Must-carry and the Case for Public Television », (2005) 15 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* 73.

C'est possiblement ce qui explique pourquoi, en dépit de la multiplication des canaux de communication, les organismes de réglementation nord-américains continuent à appliquer une réglementation plus stricte à l'égard des médias perçus comme moins tributaires des décisions des usagers comme la télévision généraliste qui demeure encore sujette à de lourdes pénalités si elle contrevient aux règles encore très strictes en matière d'indécence[51].

Devant ces mutations, on ne peut s'empêcher de considérer l'hypothèse d'un changement radical de paradigme : les idées qui constituent le fondement même de la régulation de l'audiovisuel connaissent d'importantes mutations. Prendre acte de telles mutations et en tirer les conséquences est une condition de la capacité de maintenir une activité régulatrice efficace, qui saura livrer les équilibres qui continuent d'être pertinents.

Les arguments liés aux évolutions techniques de même qu'aux mutations qu'elles induisent à l'égard des usages et pratiques sont parmi les plus souvent mentionnés au soutien de nouvelles façons d'envisager la réglementation. Un auteur remarque à cet égard que « *communications policy inevitably will become a mere subset of Internet policy* »[52]. L'ensemble des acteurs et régulateurs s'inscrivent désormais dans un environnement où il leur incombe de gérer au mieux les risques associés à leurs activités ou au mandat qu'ils sont chargés d'accomplir[53].

51 Michael BOTEIN et Dariusz ADAMSKI, « The FCC's New Indecency Enforcement Policy and its European Counterparts: A Cautionary Tale », (2005) 15 *Media L. & Pol'y* 7-56 ; Robert CORN-REVERE, « Can Broadcast Indecency Regulations Be Extended to Cable Television and Satellite Radio ? », (2006) 30 *Southern Illinois University Law Journal* 243.

52 Kevin WERBACH, « A Layered Model for Internet Policy », (2002)1 *J. on Telecomm. & High Tech.* L. 37.

53 Pierre TRUDEL, « La régulation de l'audiovisuel sur Internet : une logique de gestion de risques », *in* Pierre-François DOCQUIR et Muriel HANOT (dir.), *Nouveaux écrans, nouvelle régulation ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 209-221.