

La Dereglementation des
Nouveaux Medias aux USA

Michael Botein

Do not quote without permission of the author.
c 1986. Columbia Institute for Tele-Information

Columbia Institute for Tele-Information
Graduate School of Business
809 Uris Hall
Columbia University
New York, New York 10027
(212) 854-4222

la déréglementation des nouveaux médias aux usa

Les termes "déréglementation" ou "dérégulation" sont fort à l'honneur lorsque l'on parle de l'administration Reagan. Encore faut-il voir ce qui se passe réellement derrière ces mots à l'allure de slogan.

Michael Botein fait pour nous le point sur cette politique et cette soi-disant libéralisation de la part de la Commission Fédérale américaine des Communications.

Comme beaucoup d'autres organisations fédérales, la Commission Fédérale de la Communication s'est au cours des dernières années engagée dans un triple mouvement de relance, de retrait ou d'abstention en matière de réglementation. Derrière ce phénomène s'exprime un axiome de base: la concurrence rend inutile la réglementation. De fait, la concurrence entre des entreprises maximisant leurs profits de manière rationnelle débouchera sur la satisfaction du consommateur. En retour cette théorie rend impérative une réglementation garantissant ou, au moins, encourageant une concurrence réaliste entre les industries de programmes. Au regard des actions récentes de l'administration américaine, le seul rôle de l'administration est de réunir les conditions suffisantes à la concurrence des entreprises sur leur marché. Rien ne prouve cependant qu'elle peut y parvenir.

La réflexion menée ici passe en revue la politique de la Commission Fédérale de la Communication pour les nouveaux médias dans des domaines d'intervention tels que: **le droit d'entrer sur le marché, les limitations de propriété, les fondements de la compétence, les conditions de préemption fédérale, et la réglementation du contenu.** Ces domaines d'intervention doivent retenir l'attention parce qu'ils ont une forte influence sur la capacité de chaque média à entrer en concurrence avec les autres. Sont ici traités les réseaux hertziens de télévision, les réseaux câblés, les systèmes payants de distribution hertzienne multicanaux multipoints

(MMDS), les télévisions à péage (STV), les télévisions à faible couverture (LPTV), et les satellites directs de télédiffusion (DBS).

Le choix de ces médias exclut manifestement quelques autres systèmes électro-magnétiques de distribution. Les magnétoscopes et les lecteurs de vidéodisques offrent des possibilités de programmation équivalentes ou même identiques à celles que représentent les autres nouveaux médias, surtout quand ils sont payants. Alors que la Commission ne réglemente et ne peut réglementer les appareils de vidéo, sauf pour les empêcher d'interférer sur les fréquences hertziennes, il y a cependant une base de comparaison en termes de réglementation avec les autres médias. Dans le même esprit sont écartés de l'analyse les services de communication alphanumériques ou graphiques, tels que le vidéotexte et les jeux électroniques. Sur l'expérience actuelle, on constate qu'ils commencent à entrer en compétition avec les autres médias.

Finalement, certains systèmes de communication sont trop jeunes pour qu'on les évalue. Par exemple, l'Operational Fixed Service (OFS) peut devenir aussi bien un média privé que de masse, et son développement affectera son statut au regard du droit d'auteur; la CFC ne semble guère éclairée sur la façon dont l'OFS va évoluer.

En gardant ces considérations à l'esprit, il peut être instructif d'analyser la façon dont la CFC a approché les nouveaux médias. A bien des égards, l'important est non pas ce que la CFC a dit, mais ce qu'elle n'a pas dit.

Bien que ce soit peut-être souhaitable sur le plan logique, une réglementation uniforme est le plus souvent politiquement et pratiquement irréalisable. Après tout, la plupart des concurrents potentiels n'ont pas des forces comparables sur le marché. L'objectif réaliste d'une réglementation est d'égaliser les effets de la réglementation sur les concurrents. Il n'est donc guère surprenant que l'attitude de la CFC vis à vis des nouvelles techniques révèle des incohérences.

Les limitations à l'entrée sur le marché

Du fait que la plupart des nouvelles techniques audiovisuelles constituent des industries naissantes, il y a peu d'interdictions absolues à l'entrée sur le marché. Dans l'ensemble des médias concernés ici, la part du spectre réservée aux nouveaux médias est substantielle, même si cela ne suffit pas pour tous les utilisateurs possibles. De plus, il n'existe que quelques exclusions de caractère absolu à l'entrée (sur le marché), telles que l'interdiction de propriété non-américaine ou de propriété par des sociétés constituant des oldings de médias locaux, et la C.F.C. semble décidée à supprimer la majorité d'entre elles.

Mais beaucoup d'aspects procéduriers peuvent ralentir l'entrée. De plus les problèmes varient sensiblement d'un média à un autre. Dans une certaine mesure, naturellement, cette situation résulte de différences existant de fait et de droit dans la loi. Par exemple, la télévision par réseaux hertziens, les télévisions hertziennes à faible couverture, les télévisions à péage, et d'autres formes d'émissions télévisuelles doivent tenir compte des orientations réglementaires et administratives qui sont apparues pendant les années

50 et 60, au fur et à mesure que la C.F.C. s'est trouvée impliquée par la croissance de la télévision. De plus, l'influence de ce phénomène historique peut être quelque peu accrue par des inconséquences dans le programme actuel de réglementation de la Commission. En raison d'une double résistance politique et administrative, la Commission a rencontré plus de difficultés dans l'abrogation des règles actuelles que dans la délimitation de nouvelles règles. Dans trois domaines, les règles de procédure de la Commission semblent particulièrement dignes d'attention.

Premièrement, la Commission exige des candidats à un type de services d'accepter d'effectuer plus de démarches que d'autres candidats à d'autres services. Par exemple, la Commission a proposé de supprimer la traditionnelle exigence de détention d'un permis de construction avant délivrance d'une licence, dans le traitement des demandes relatives aux stations M.M.D.S. (multipoints), alors, que, par ailleurs, elle maintenait apparemment l'exigence de garantie du permis de construction avant de délivrer une licence pour des télévisions à réseaux hertziens, à péage ou à faible couverture. Les demandeurs de services de satellites de télédiffusion (DBS) doivent obtenir un permis de construction pour être autorisés à lancer un satellite, et une licence de "couverture".

A coup sûr, des raisons juridiques et historiques expliquent la plupart de ces différences procédurales. L'Acte des Communications exige des télédiffuseurs d'obtenir un permis de construction avant de solliciter une licence de couverture, et la commission a exigé de tels permis pendant 50 ans. De plus, l'installation de satellites de télédiffusion directe implique une coordination avec d'autres services administratifs, qui contrôlent les moyens mis en général en œuvre pour le lancement de satellites aux Etats-Unis.

Une situation similaire peut se produire pour les requêtes pour rejet ou les demandes concurrentes. Conformément à la loi actuelle et à la "doctrine Carroll" les tribunaux ont exigé de la Commission qu'elle autorise un opérateur déjà en activité à faire une requête pour rejet d'une demande de licence dans son "bassin" d'activité en démontrant que l'octroi d'une autre licence rendrait conjointement l'activité de l'ancienne et de la nouvelle station économiquement impossible, au point de priver le public de tout service. Cette théorie est très contestable: elle élimine toute compétition potentielle uniquement à partir d'hypothèses économiques. Néanmoins, tant que les tribunaux ne se démarquent pas de cette théorie, on doit s'attendre à son application aux demandes relatives aux télévisions classiques de réseaux hertziens. Concomitamment, la Commission a indiqué qu'elle ne tiendrait pas compte de cette théorie pour les demandes concernant la télévision à faible couverture et les satellites de télédiffusion directe.

Le raisonnement de la Commission part peut-être du principe que ni la LPTV ni la DBS n'auront d'impact significatif sur la radiotélédiffusion conventionnelle. Mais il est douteux que la Commission édicte une politique générale pour éviter l'adjudication cas par cas. La Cour d'Appel du District de Columbia a confirmé le refus de la CFC d'appliquer cette doctrine Carroll à la concurrence entre la DBS et la radiotélédiffusion conventionnelle. Mais il n'est pas certain que la même chose vaille pour deux systèmes concurrents de DBS.

La Commission a peut-être de bonnes raisons pour ne pas appliquer la doctrine Carroll aux nouvelles techniques. Après tout cette doctrine n'a peut-être jamais été très fondée à cause de ses conséquences anti-concurrentielles, et l'on peut penser qu'elle est encore plus absurde lorsque de nombreuses sources de programmes sont disponibles. La poursuite de l'application de la doctrine Carroll à la radiotélédiffusion mais pas aux nouvelles techniques paraît absurde à moins que la Commission n'exprime par là implicitement son désir de ne plus l'appliquer à la radiotélédiffusion — ce qui est une position juridiquement contestable.

Un troisième décalage s'est manifesté dans la procédure de la Commission quand elle règle la question de demandes concurrentes pour une même fréquence. Normalement, la Commission doit procéder à des audiences comparatives, avec des durées et des coûts dignes de Dickens! Selon un amendement récent à l'Acte des Communications, la Commission peut, de toutes façons, mener à bien le processus des comparaisons en recourant à un tirage au sort. Or, bien qu'elle ait envisagé de le faire pour les demandes de licences pour les télévisions classiques, la Commission n'en a rien fait. Mais, parallèlement, elle a recours au tirage au sort pour les demandes de licences pour les télévisions à faible couverture et propose de le faire aussi pour régler la procédure des comparaisons relatives aux MMDS. Finalement, un demandeur pour une station de télévision hertzienne classique doit supporter des années de litiges et des centaines de milliers de dollars de frais juridiques alors qu'un opérateur potentiel de LPTV (télé à faible couverture) ou de MMDS intervenant dans le même "bassin" bénéficiera en comparaison d'une procédure accélérée et certainement peu coûteuse.

Rien ne justifie cette situation étrange. Malgré sa philosophie de déréglementation, la Commission trouve peut-être difficile de s'écarter de près de 40 ans d'expérience quoiqu'elle soit plutôt insatisfaisante, à propos des audiences comparatives faites pour autorisation des stations hertziennes. De plus, trouver le "bon" attributaire d'une licence présente peut-être un intérêt moindre pour les LPTV et les MMDS dans la mesure où ces services sont au départ d'un usage limité par le public. (Cette forme de rationalité n'interviendrait manifestement pas si de tels services, et surtout le MMDS, devenaient l'équivalent des systèmes de "câble sans fil"). Enfin, la Commission peut être la victime d'un décalage inhérent à une réglementation ne comportant que des règles traditionnelles là où il faudrait en instituer de nouvelles.

L'analyse qui précède ne concerne pas les télévisions par câble puisque la Commission ne leur délivre pas de licence ou d'autorisation. En effet, un opérateur de câble doit seulement remplir une "déclaration pour enregistrement" auprès de la Commission quand il s'engage effectivement dans son activité. (Les opérateurs de câble doivent obtenir des licences pour constituer des stations de retransmission de petites ondes, qui sont fondamentales pour un réseau câblé ayant une certaine importance). Au moins, en théorie, un opérateur de câble peut déclencher son activité beaucoup plus vite qu'un nouveau média audiovisuel par fréquence hertzienne. En fait, la plupart des opérateurs de réseaux multiples ont dû supporter la charge onéreuse des "guerres de franchise" afin d'obtenir des collectivités locales une autorisation d'activité! Ainsi la ville de New York a délivré des franchises pour Man-

hattan, en 1970, mais pour les quatre autres quartiers pas avant 1983. En fonction des options d'un conseil municipal, un opérateur de câble peut en arriver à supporter des procédures d'une durée aussi et même plus longue que celle pratiquée pour les autres nouveaux supports audiovisuels.

Les nouveaux médias audiovisuels dépendent ainsi de la diversité des régimes juridiques. Les différences se traduisent en termes de temps et d'argent. Par exemple, si un opérateur potentiel de télévision à péage doit se soumettre à une audience comparative traînant en longueur, alors qu'un opérateur potentiel de télévision à faible couverture (LPTV) y échappe, le second sera probablement opérationnel avant le premier. Si un marché ne peut intégrer qu'une seule activité de télévision payante hertzienne, un groupe d'opérateurs de télévisions à faible couverture pourrait réellement en interdire l'accès à un opérateur de télévision à péage.

Restrictions à l'organisation et à la propriété

Une restriction quant à la possession d'un média peut, non seulement exclure une société d'un marché, mais aussi rendre difficile à d'autres la réunion de fonds de capital-risque et d'autres moyens du même type. Par exemple, l'abolition par le Congrès en 1974 de l'exclusion de toute possibilité d'appropriation d'un système de télévision par câble par des étrangers aux Etats-Unis, apportait une masse conséquente et cruellement nécessaire de capitaux canadiens à l'industrie américaine du câble. Les restrictions à la propriété ont, par comparaison, peu d'influence sur l'acquisition des programmes qui, de fait, constitue une opération économique distincte. Bien qu'il ne puissent posséder plus de 25 % d'une station de radiotélédiffusion US, les programmeurs français et britanniques sont très actifs sur le marché américain.

En général, la Commission impose relativement peu de restrictions à la propriété dans les nouveaux supports audiovisuels et essaie de passer outre celles qui existent. C'est peut-être en raison des problèmes liés à l'histoire et au retard de la réglementation qu'en fait, les décisions actuelles de la Commission à propos de la propriété ne sont pas conséquentes.

La CFC maintient son exclusion de principe de toute propriété croisée d'une station de radio, d'un journal ou d'un système câblé par une station de télédiffusion sur le même marché! (On qualifie une telle situation de participation croisée parce qu'elle concerne différents types de médias; le contrôle de plus d'un service dans le même type de média est qualifié de propriété multiple ou collective). Mais elle n'a pas imposé de contraintes analogues à la propriété croisée par des opérateurs de diffusion hertzienne omnidirectionnelle, de télédiffusion directe par satellite ou de télévision à faible couverture. Au regard des conséquences de la propriété croisée dans les nouveaux supports audiovisuels, la Commission ne fait que reconduire sa logique: les interdictions de propriété croisée s'avèrent inutiles dès lors qu'il existe une multiplicité de sources audiovisuelles. Le contraste entre cette approche et les exclusions traditionnelles de propriété semble un peu anormal. D'une part une station de télévision hertzienne ne peut acquérir une station de radio sur le même marché sans une tolérance de la Commission; d'autre part, elle est parfaitement libre de prendre possession d'une ou plu-

sieurs activités de MMDS, DBS et LPTV desservant le même bassin, même alors que les trois services en question sont capables de réunir une part d'audience plus importante qu'une radio.

Dans la même perspective, la CFC a traditionnellement limité le nombre de stations de radio-télévision qu'un propriétaire unique peut acquérir. Là encore, la Commission a décidé de ne pas imposer d'exclusions à la propriété multiple ou collective des systèmes de diffusion hertzienne omnidirectionnelle (MMDS), des télévisions à faible couverture (LPTV), des satellites de télédiffusion directe (DBS) ou du câble. En l'absence d'exclusion à la propriété croisée ou collective, un groupe pourrait, en théorie, posséder tous les MMDS, DBS et systèmes de câble du pays. Cette hypothèse paraît peu probable, au moins tant que ATT ne manifeste pas d'intérêt pour elle. En effet, la propriété de nouveaux médias audiovisuels prendra probablement la forme d'oligopoles. Cependant, les positions "libérales" de la Commission, s'en remettant ainsi à la façon dont les nouveaux médias audiovisuels se développent, à la fois sur la propriété collective et sur la propriété croisée ont des effets importants sur l'avenir.

Comme il a été dit, le contraste évident entre les contraintes appliquées par la Commission à la radio classique ou aux stations de télévision et, à l'opposé, son laisser-faire à l'égard des nouveaux médias audiovisuels semble être pour l'essentiel un effet de l'histoire. Après tout, la Commission s'est engagée actuellement dans une entreprise de révocation des multiples restrictions concernant la radio et la télévision, en partie pour tenir compte de l'argument avancé selon lequel l'émergence des nouveaux médias audiovisuels rend inutile une réglementation stricte de la propriété multiple.

Avec la propriété étrangère, la Commission doit affronter un problème quelque peu plus complexe. La section 310 (a) de l'Acte interdit à une société étrangère de posséder plus de 25% des actions d'une station américaine de radiodiffusion ou d'un service de télécommunications. Cependant, selon les amendements de 1974, la section 310 (a) s'applique seulement à la radiotélédiffusion et à la télécommunication. Selon ces termes, le statut ne régit pas les MMDS, et les DBS ou le câble. (Si l'un de ces médias choisit de développer le service sous forme de radiotélédiffusion ou de télécommunications, la section 310 (a) devrait normalement s'appliquer).

Si le but de la section 310 (a) est de restreindre le contrôle des mass media par des étrangers, l'exemption actuelle du câble, du MMDS et du DBS semble déjouer le dispositif législatif. Plus encore, la couverture plutôt asymétrique du régime actuel crée des situations anormales. Par exemple, la propriété par un étranger d'un service de MMDS (système de diffusion hertzienne omnidirectionnelle) utilisant des canaux à petites ondes concédés à des fins éducatives serait sans doute admissible puisque ces services ne sont ni radiotélédiffuseurs, ni des services de télécommunications. Mais, la même entreprise étrangère ne pourrait acheter plus de 25% d'un service classique de diffusion à un seul canal — qui pourrait faire partie d'un système de diffusion hertzienne omnidirectionnelle — parce que techniquement, le service de diffusion à un seul canal s'analyse comme un service de télécommunications. Or, puisque la plupart des systèmes MMDS associeront des canaux concédés ITFS (Instructional Television Fixed Service) et des stations de diffusion à un seul canal, la situation actuelle apparaît un peu compliquée. La

Commission pourrait éliminer ces anomalies tout bonnement en définissant des restrictions à la propriété étrangère en forme de liberté — ce qu'elle a proposé autrefois de faire pour la télévision par câble — mais n'a manifesté aucune intention d'agir dans ce sens.

Finalement, la Commission a traditionnellement réservé des fréquences radio et télévision pour des usages éducatifs en non-commerciaux. Elle a cependant renoncé à le faire pour le DBS ou le câble. (Les services MMDS mettront probablement en location des canaux à petites ondes ITFS, intégrant ainsi une composante éducative; et étant donné que nombre de canaux de télédiffusion sont déjà réservés à des usages non-commerciaux, l'actuelle réserve de fréquences pour des usages non-commerciaux se fait concrètement dans des services de télévision à faible couverture). Le raisonnement de la Commission semble être que les stations de télévision publiques existantes fournissent une programmation éducative suffisante. Bien que cette rationalité n'intègre pas le fait que de nombreuses stations publiques ont de faibles moyens de transmission et des bassins de couverture réduits, elle comporte une certaine part de vrai en théorie. Malheureusement, elle ignore la réalité présente que les ressources de la télévision publique diminuent constamment.

En outre, le refus par la Commission de réserver des licences non-commerciales répartit inégalement la charge des circuits de télévision non-commerciale. La politique de la Commission réduit le nombre de canaux commerciaux ouverts aux opérateurs conventionnels, de LPTV ou de SPTV, et augmente le nombre ouvert à la DBS et au câble. Puisque cela ne réduit pas le nombre actuel de stations publiques, il peut n'y avoir ni avantages ni inconvénients à libérer la DBS et les câbles de l'obligation de fournir des canaux non-commerciaux. Mais certains radiotélédiffuseurs privés potentiels pourraient souffrir de ne pouvoir utiliser des canaux conventionnels, STV ou LPTV pour des programmes publicitaires ou à péage.

Ainsi, la CFC n'a pas été très conséquente dans l'élaboration de sa politique sur la propriété des nouveaux supports audiovisuels. Comme on devait s'y attendre, les raisons tiennent en partie aux problèmes de statut juridique et, en partie, à l'héritage historique. Si la Commission avait au moins à apporter quelques changements — ainsi en matière de propriété — elle devrait rechercher des amendements à l'Acte.

Fondements de la compétence

D'après l'acte, la CFC dispose au moins de cinq titres différents pour exercer son autorité réglementaire.

Premièrement, d'après le titre II de l'Acte, la Commission régit tout service de télécommunications ("common carrier") — un terme dont on peut circonscrire le sens par service de télécommunications pour location pour les communications entre états ou avec l'étranger... Le fondement théorique du service de télécommunications est relativement simple, s'appliquant à une entreprise qui détermine elle-même une offre commerciale ou qui doit selon la loi fournir des services de transmission à tout usager qualifié. Les types les plus courants de service de télécommunications sont naturellement les sociétés de téléphone.

Deuxièmement, la Commission a autorité, d'après le titre III de l'Acte, sur l'utilisation de "tout équipement de transmission d'énergie, de communications ou de signaux par radiotélédiffuseurs telles que les obligations du temps de réponse tenant compte de la doctrine de l'équité et l'identification des sponsors de programmes. De surcroît une licence est nécessaire selon le titre III pour tout usage du spectre hertzien par un service de télécommunications relevant du titre II. Au surplus, le titre III confie à l'administration de la Commission les utilisations de bandes hertziennes qui ne constituent ni de la télédiffusion, ni de la télécommunication. On range généralement ces utilisations dans une nomenclature générique intitulée "radiodiffusion privée". Finalement, les services qui ne rentrent pas clairement dans le champ d'application du titre II ou du titre III sont régis par la Commission incidemment ou résiduellement de façon très vague. L'administration de la télévision par câble en fonction de ce qui est "raisonnablement dérivé" en donne le meilleur exemple. Bien que la portée de cette politique reste incertaine, elle apparaît totalement indépendante — bien qu'elle soit développée par elle aussi — des autres politiques de la Commission. L'impact de la nouvelle législation sur le câble sur la compétence résiduelle de la CFC n'est pas encore défini.

Le choix par la Commission d'un régime administratif a un effet important sur le statut juridique d'un média. Si un média est classé dans la catégorie radiotélédiffusion, il est l'objet d'une très grande variété de contraintes réglementaires, allant de la doctrine de "l'équité" à l'équivalence du temps d'intervention pour les hommes politiques et à l'identification du parrainage. Par ailleurs, la classification dans la catégorie "télécommunication" oblige un opérateur à déposer des tarifs et au moins potentiellement le soumet à la réglementation du taux d'intéressement. Au total, la réglementation appliquée aux services de radiodiffusion privée est attractive pour tout média, puisqu'elle soustrait un média tant aux obligations de télécommunication que de télédiffusion.

Les distinctions entre services de télécommunications, radiotélédiffusion et services de radiodiffusion privés étaient traditionnellement clarifiées par la pratique. Au fond, tant la radiotélédiffusion (sous forme de radiodiffusion à modulation d'amplitude) que la télécommunication (sous forme du téléphone et du télégraphe) existaient depuis des décennies quand l'Acte a été établi. Lorsque la Commission s'est lancée dans la réglementation de la télévision par câble au milieu des années 60, elle a affronté un problème nettement plus difficile. Manifestement, le câble ne cadrait pas avec le titre II ou le titre III puisqu'il ne se commercialisait pas pour lui-même au public et n'utilisait pas le spectre électromagnétique. Néanmoins, la Commission pouvait contourner la difficulté en considérant le câble comme un "hybride".

La Cour d'Appel de Circuit du District de Columbia a récemment paru limiter la liberté de la CFC dans le choix de ses compétences en matière de nouveaux médias. Dans l'affaire *National Association of Broadcasters (NAB) vs CFC* la Cour a estimé que la Commission ne pouvait refuser de réglementer les opérateurs de DBS et leurs clients radiotélédiffuseurs — les soumettant ainsi à tout l'attirail de l'équité, du temps d'antenne et autres règles traditionnelles. La Cour a raisonné ainsi: "puisque les systèmes DBS transmettent des signaux directement vers les foyers, avec l'intention que ces signaux soient recus par le public, ces transmissions correspondent à la défi-

dition de la radiotélédiffusion..." D'autre part, elle relevait que "la DBS ne donne pas un chèque en blanc à la Commission pour qu'elle réglemente la DBS à sa guise". En même temps, la Cour rejetait la réglementation par analogies de la MDS comme service de télécommunication, suggérant par là que la classification initiale de la MDS par la Commission était peut-être erronée. En fait, l'arrêt NAB jette un doute considérable sur le traitement par la CFC non seulement de la DBS mais aussi de la MMDS et des autres nouveaux médias.

Avant l'arrêt NAB, la Commission avait fait main basse sur les nouveaux médias autres que le câble, les traitant pour la plupart comme des services de radio privés. Il est très vraisemblable que la Commission ait ainsi réagi aux problèmes qu'elle s'était créés dans le passé en choisissant à la hâte un régime réglementaire pour la MDS et la STV avant que leur évolution soit très claire.

Cependant, précisément en raison de ses décisions antérieures, la Commission a établi différents cadres réglementaires pour chacun des nouveaux médias audiovisuels. Puisque la Cour Suprême ne la considère pas comme service de télécommunications, la télévision par câble conserve son statut hybride. Par ailleurs, un système de diffusion hertzienne à un seul canal est un service de télécommunications chichement réglementé; bien qu'il doive déposer ses tarifs, il n'est pas soumis à la réglementation du taux d'intéressement aux ressources. Le raisonnement sous-jacent à la classification du MDS comme service de télécommunications n'est pas très clair, mais semble avoir été fondé exclusivement sur le fait que les fréquences MDS avaient été antérieurement affectées à des objectifs de télécommunications. A la différence du MDS, la télévision à péage (STV) et la télévision à faible couverture (LPTV) sont des télédiffuseurs, bien que la LPTV ne soit soumise qu'à une minorité des règles classiques de la télédiffusion, ne soit pas obligée de fournir un service d'intérêt général et puisse échapper aux doctrines de l'équité et de l'égalité des moyens disponibles. Depuis que toutes les stations STV et la plupart des stations LPTV fournissent des programmations payantes quasiment identiques à celles du MDS et ce à partir des mêmes catalogues, le fondement de la distinction semble s'évanouir. Comme pour la MMDS la décision de la CFC est sans doute motivée par le fait que la STV et la LPTV utilisent des fréquences antérieurement attribuées aux stations de TV conventionnelles.

Dans le contexte de services tout-à-fait nouveaux comme le satellite de télédiffusion directe (DBS) et les systèmes de diffusion hertzienne multicanaux (MMDS), cependant, la Commission n'était pas forcée de s'en tenir à ses décisions antérieures, et n'a imposé aucune classification réglementaire. Selon la nature de leurs activités, les opérateurs de DBS peuvent ainsi être régis en tant que télédiffuseurs ou en tant que services de télécommunications. De même, les opérateurs de MMDS seraient probablement nomencaturés comme fournisseurs de services de radiodiffusion privée, alors qu'ils ont pu être régis en tant que télédiffuseurs ou services de télécommunications s'ils opéraient en tant que tels, par exemple en fournissant une capacité de transmission de données. Bien que le statut de radiodiffuseur privé puisse être tout à fait approprié pour le MMDS dans les années de gestation, il peut impliquer pour les opérateurs de MMDS un double assujettissement à la réglementation de la radiodiffusion privée et de la télécommunica-

tion. Un MDS à un seul canal conserve son statut traditionnel de service de télécommunications, et la plupart des opérateurs de MMDS sont susceptibles d'assembler un MDS à un seul canal existant, des canaux de MMDS nouvellement autorisés, et des canaux ITFS (Instructional Television Fixed Service) loués.

Finalement, de récents amendements à l'Acte des Communications permettent d'exiger un statut de service de télécommunications pour au moins certains des services des nouveaux supports audiovisuels. La section 331 (c) (1) de l'Acte range au titre de radiocommunication avec les mobiles (et de services de télécommunications) tout "service fourni par radiodiffusion mobile spécialisée, systèmes à autorisations multiples de transmission de radiodiffusion (multiple licensed radio dispatch-systems) et tous autres systèmes de transmission de radiodiffusion. Une nouvelle définition du "service mobile" vise "tous services de communications par radiodiffusion transmis entre des stations mobiles ou des récepteurs et des stations terrestres... et... les services de radiodiffusion à une voie ou à deux voies". Comme la Commission le reconnaît, le langage légal devrait intégrer un service paginant ou autre proposé en sous-distribution par une télévision, un DBS, un MMDS, une LPTV ou une station STV (La nouvelle disposition n'a probablement aucun rapport avec la télévision par câble, puisqu'un système en circuit fermé ne peut naturellement pas offrir ces services).

Les motifs de la diversité de traitement des médias sont donc en fait historiques et législatifs. Si la Commission doit admettre la qualité de télédiffuseurs pour la STV et la LPTV et leur reconnaît en plus une situation réglementaire équivalente au DBS et au MMDS, elle devra envisager l'abandon de certaines dispositions de l'Acte. Mais la Commission sera probablement incapable d'assurer des transformations légales majeures dans un proche avenir. Comme le montre son application restrictive de la doctrine de l'équité à la LPTV, la Commission n'appliquera probablement pas ces dispositions réglementaires de manière très rigoureuse. Il reste à voir, à la lumière de l'arrêt NAB, si ce genre de pouvoir législatif est bien de la compétence de la Commission.

Niveau du privilège fédéral

La finalité du système réglementaire est liée à la question du niveau auquel une administration, fédérale, étatique ou locale devrait régir le corpus réglementaire. Selon le niveau l'administration titulaire peut être à l'origine d'autant d'incohérences dans les structures réglementaires en passant d'une zone à une autre que d'un alourdissement de la réglementation. Après tout, 6000 villes et 50 états sont considérablement plus à même de tester des politiques de réglementation — et sont beaucoup plus difficiles à contrôler — qu'une unique agence fédérale. Dans un contexte fédéral de déréglementation, l'absence de réglementation étatique ou locale se traduit en pratique par une absence totale de quelconque réglementation — phénomène qui a manifestement échappé à l'industrie du câble.

Avec l'exception de la télévision par câble, les nouveaux médias audiovisuels sont soumis presque exclusivement à la réglementation fédérale. Puisque les STV, MMDS, LPTV et DBS passent par transmissions hertziennes [= célestes ≠ terrestres (n.d.t.)] et sont interétatiques par nature, la

Commission dispose d'un important droit légal de préemption et peut annuler toute réglementation étatique ou locale. Pour s'en assurer, la Commission pourrait probablement autoriser des collectivités étatiques ou locales à exercer des formes particulières d'administration. Mais elle a renoncé à agir dans ce sens, ce qui est surprenant, compte tenu de la préférence marquée par les industriels pour la réglementation fédérale.

L'exception majeure, et sans doute momentanée, à cette tendance est la télévision par câble. Des administrations locales ont traditionnellement utilisé simultanément de leurs pouvoirs de police et de leur propriété des rues pour exiger des opérateurs de câble qu'ils s'assurent une franchise ou une autre autorisation locale avant de construire leurs systèmes. A peu près une douzaine d'états ont invoqué leurs pouvoirs de police pour réglementer le câble, parfois en coopérant avec les villes et parfois en les écartant. L'industrie du câble ne s'est pas opposée, jusqu'à une période récente, à la réglementation étatique ou locale, apparemment parce qu'elle craignait plus une réglementation fédérale extensive que les efforts, en comparaison légers, des administrations locales. Une déréglementation fédérale massive est un facteur d'incitation à la préemption fédérale — et ainsi à la renonciation à toute réglementation réelle.

En octobre 1984, le Congrès a voté le Cable Communications Policy Act, qui reflète un compromis entre la National Cable Television Association et la National League of Cities. La loi limite les redevances de franchise à 5% des recettes brutes d'un réseau, assure largement le renouvellement des franchises, limite le nombre de canaux d'accès exigés par les autorités locales, et permet aux opérateurs de câble de résilier unilatéralement des clauses de franchises trop lourdes.

La réglementation du câble tend inévitablement vers une exclusivité fédérale fondée sur la loi ou sur l'action de la Commission. Sans se soucier de l'efficacité comparée de la réglementation fédérale, étatique ou locale, les opérateurs de câble ont acquis une dimension nationale et ont besoin d'un traitement juridique uniforme. Alors que le retrait de la réglementation étatique ou locale devrait placer le câble dans une situation d'égalité avec les autres nouveaux médias audiovisuels, il devrait laisser intacte une différence importante entre le câble et les autres médias, à savoir que tous les médias, sauf le câble seraient soumis à autorisation fédérale. Même dans un contexte de déréglementation, le système d'autorisation constitue une fonction essentielle qui permet à une administration spécialisée d'orienter l'activité d'une industrie et d'éviter tout abus.

Contrôle du contenu des programmes

La Commission n'a traditionnellement réglementé la programmation que pour les services de radiotélédiffusion, suivant le principe que, par définition, un service de télécommunications ne peut contrôler — et ne peut donc être tenu pour responsable du contenu des messages qu'il transmet. En retour, la réglementation du contenu des programmes de radiotélédiffusion a pris deux formes: premièrement, les interdictions rejetant certains genres de sujets choquants (tels que l'obscénité, l'indécence, les pratiques publicitaires iniques, et les loteries) et, deuxièmement, les obligations de consacrer un temps d'antenne permettant de respecter les doctrines d'équité et des moyens équivalents.

La Commission a indiqué qu'elle n'appliquera ces interdictions et ces obligations de programmation aux nouveaux supports audiovisuels que dans la mesure où ceux-ci agissent comme des radiotélédiffuseurs. En effet, la CFC semble un peu répugner à s'engager dans un contrôle quelconque du contenu des programmes au-delà de ce pourquoi elle y est habilitée par la loi. En fin de compte, aux dispositions du titre III, le droit fédéral ajoute des sanctions pénales pour la transmission de sujets de genre spécifique tels que notamment l'obscénité, l'indécence, la publicité mensongère et les loteries. Ces dispositions devraient s'appliquer à tous les nouveaux médias audiovisuels, sauf au câble, puisque celui-ci ne recourt pas à des transmissions hertziennes (célestes). (La loi s'applique à tout "moyen de communication par transmissions hertziennes" plutôt qu'à la seule radiotélédiffusion (radio-communication broadcasting). Le seul type de contraintes qu'impose le Code Pénal sont les poursuites pénales qui sont, cependant, du ressort des procureurs régionaux américains. Bien que la Commission ait compétence pour mettre en œuvre les dispositions du Code Pénal, selon des règles appropriées, elle n'est pas obligée de le faire.

L'envergure du contrôle du contenu des programmes de chaque nouveau média dépend, néanmoins, essentiellement de sa qualité d'utilisateur du spectre hertzien ou de radiotélédiffuseur. Bien que la télévision par câble n'ait pas cette qualité, la Commission impose de longue date l'éventail traditionnel des réglementations positives et négatives de la radiodiffusion sur la "provenance" des sujets. Bien que cette expression manque de clarté, elle se rapporte apparemment uniquement à la programmation produite directement par un opérateur de câble, plutôt qu'à la programmation reçue des réseaux par satellites ou d'autres. En tout cas, la question est sans doute à débattre. La Commission n'a jamais imposé ces règles.

Par ailleurs, la STV et la LPTV sont probablement soumises à toutes les réglementations de télédiffusion de la Commission puisque les deux sont des utilisations de télédiffusion. Comme il est indiqué plus haut, la Commission a cependant annoncé déjà qu'elle n'appliquerait pas la doctrine de l'équité et sans doute aussi d'autres règles à l'encontre des stations de LPTV aussi rigoureusement qu'à l'encontre des stations classiques de radiotélédiffusion. DBS et MMDS ne seraient apparemment soumis à aucune réglementation autre que celle du Code Pénal, à moins que l'arrêt NAB ne remette en cause leur statut de radiodiffuseurs privés.

En fin de compte, la CFC ne paraît soumettre aucun des nouveaux médias audiovisuels aux obligations "d'accès" que certains commentateurs ont suggérées, ainsi la mise à disposition gratuite des canaux câblés aux groupes publics, d'éducation et d'administration. Un opérateur DBS devrait être soumis aux obligations de télécommunications du titre II, si naturellement il choisit d'intervenir comme service de télécommunications, mais le titre II considère ce qui est commercial comme opposé à ce qui est d'accès public libre. Les opérateurs de MDS à un seul canal constituent théoriquement des services de télécommunications et doivent commercialiser du temps sur une base non-discriminatoire; pourtant, en pratique, la plupart des opérateurs de MDS prennent le gros de leurs programmations de réseaux de télévision payante constitués. En fin de compte, la CFC manque manifestement de la compétence nécessaire pour imposer des obligations

pour l'accès aux canaux des systèmes de télévision par câble, alors que les administrations étatiques et locales le font couramment; cette situation risque d'évoluer si le Congrès ou la Commission écartent la réglementation locale. En outre la loi sur le câble crée un droit limité d'accès commercial ou "en location".

Conclusion

Bien que la Commission ait pour mission la création d'un terrain approprié aux entreprises de nouveaux services de communication audiovisuelle, elle a laissé des douzaines de nids de poule derrière elle. En effet, sur pratiquement tous les points examinés ci-dessus des inégalités significatives et des incohérences apparaissent entre les nouveaux médias audiovisuels. Point aussi important, la CFC a renoncé ou refusé de traiter une foule de problèmes.

A l'heure actuelle, il est difficile, sinon impossible, d'estimer l'impact de ces problèmes sur les nouveaux médias. Il est audacieux, voire irraisonnable d'évaluer le coût de telle ou telle réglementation, lorsque deux des industries en question — DBS et MMDS — n'existent même pas. Néanmoins, ces incohérences peuvent influencer sur l'évolution des nouveaux médias.

Le régime légal américain n'a pas créé les incohérences délibérément. Dans presque chaque cas, la Commission a été influencée par des accidents historiques, des lacunes législatives et un vide réglementaire subséquent. On peut toutefois reprocher à la CFC de ne pas avoir réfléchi à ces problèmes à l'avance.

(traduction par Hervé PASGRIMAUD)