

EVELYNE PISIER

Vous avez dit indépendantes ?
Réflexions sur les AAI

Autorité administrative indépendante : le législateur français utilise pour la première fois cette expression dans la loi du 6 janvier 1978 qui qualifie ainsi la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Par la suite, le législateur ne recourt que rarement à une telle formulation : sont désignées ainsi la Commission pour la transparence et le pluralisme (loi du 23 octobre 1984), la Commission de la concurrence (loi du 30 décembre 1985), toutes deux supprimées en 1986, et la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL, créée par la loi du 30 septembre 1986) remplaçant la Haute Autorité de la communication audio-visuelle, mais sans doute destinée à disparaître elle-même assez rapidement après l'élection de François Mitterrand à la Présidence de la République en 1988.

Le législateur ne semble donc pas porter une grande responsabilité dans la promotion actuelle de cette étrange qualification. Ni le juge constitutionnel, ni le juge administratif ne paraissent eux-mêmes décidés à lui assurer un véritable enracinement jurisprudentiel.

En revanche, les juristes ont rapidement perçu la nouveauté de la « chose » et tenté de signaler l'apparition au sein du schéma administratif classique d'une catégorie spécifique. Dès 1968, Jacques Rigaud, par exemple, voit bien que l'indépendance attribuée à certains nouveaux organismes ne va pas sans poser quelque problème : « A l'époque contemporaine, la belle harmonie de l'administration classique à deux dimensions, celle de la hiérarchie et celle de la tutelle, est fort compromise ; nous avons assisté pour de multiples

causes, à la création de nouveaux organismes qui, sans pouvoir être qualifiés d'autorités décentralisées au sens que notre droit attache à cette expression, ne sont pas pour autant soumis au pouvoir hiérarchique du ministre. Ce sont des organismes qu'on pourrait dire à "compétences propres". Institués par le pouvoir législatif ou réglementaire, ils ont pour objet soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit *de donner aux administrés la garantie de l'indépendance des personnes* qui concourent à la décision. Et ces organismes sont dotés, non d'une fonction consultative, mais bien d'un pouvoir de décision. »¹

Par la suite, la discussion s'organise, la définition fait l'objet de débats, l'expression reçoit la consécration des récents manuels de droit administratif² et l'étudiant, parlant désormais des AAI, sait au moins que leur nature et leur nombre sont en question. Une partie de la doctrine reste sceptique : arguant de l'hétérogénéité des catégories, de l'« impossibilité de cerner une notion unique d'AAI s'appliquant à tous les cas de figure », elle tend à conclure qu'« il n'y a pas de notion nouvelle d'AAI »³. D'autres s'engagent : « Les AAI constituent bien une institution. On trouve en elles les éléments qui fondent l'institution ; éléments sociologiques d'une part, une idée d'œuvre à réaliser à laquelle adhère le groupe social ; éléments juridiques d'autre part, une structure propre élaborant un droit. L'institution des AAI que l'on peut ainsi identifier constitue une innovation. Elle est en effet une réponse récente donnée par les pouvoirs publics à des problèmes nouveaux posés dans certains secteurs. »⁴ Tous, en tout cas conviennent à la fois de la légitimité d'un débat dont la difficulté centrale semble bien porter sur la question de l'indépendance⁵.

De l'indépendance réelle de ces organismes dépend le sort du paysage administratif français qu'elle pourrait bouleverser au point d'annoncer selon certains observateurs « un modèle nouveau de type polycentrique caractérisé par la coexistence de plusieurs centres de décision et de responsabilité »⁶ et donc de révéler « l'avènement progressif d'une vision pluraliste de l'Etat, qui fait craquer la rigi-

1. Concl. sur CE 6 déc. 1968, *RDP*, 1969, 703 (nous soulignons).

2. Cf. notamment : G. Dupuis, M. J. Guedon, A. Colin, 1986.

3. P. Sabourin, *AJDA*, mai 1983, 275.

4. C. Teitgen-Coly, *Les Autorités administratives indépendantes, Histoire d'une institution*, Rapport pour le Colloque CERAP, 11-12 juin 1987.

5. Cf. l'ensemble des travaux du colloque précité, à paraître aux PUF, 1988.

6. J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des AAI, Semaine juridique*, 1986, I, 3254.

dité de l'ancien modèle unitaire. »⁷ L'enjeu est donc d'une telle importance que le juriste est désormais requis de cerner le contour de la notion. Certains conservent une conception restrictive : nécessité de cumuler à la fois l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle⁸. Après le coup de force théorique opéré par une étude de la commission du rapport et des études du Conseil d'Etat qui n'hésitait pas à dénombrer 18 autorités administratives indépendantes et à en souhaiter l'extension⁹, d'autres préconisent « la définition la plus large » qui ne risque pas « d'exclure de l'analyse des organismes „à la marge” dont la marginalité peut éclairer sur la spécificité de la catégorie et qui sont d'ailleurs susceptibles de se transformer ». Ceux-là sont amenés à entendre par AAI « des organismes publics dépourvus de la personnalité morale (partie intégrante de l'Etat, car créés par l'initiative publique et alimentés par des fonds publics) qui ne sont ni subordonnés au pouvoir exécutif, ni des prolongements du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire, dotés de pouvoirs leur permettant d'exercer une influence déterminante sur un secteur donné, placés enfin à une distance des pouvoirs qui les garantisse de toute intrusion de ceux-ci dans leur fonctionnement »¹⁰.

Partisans d'une définition restreinte ou élargie, ces observateurs débordent donc la lettre législative, étendant la formule à un certain nombre de secteurs dits sensibles où les libertés publiques peuvent être plus particulièrement menacées. Pourtant, relayés par la presse et par l'opinion publique, les faiseurs de la doctrine juridique sont eux-mêmes largement débordés par la multiplication de commissions aux contours plus flous encore mais que l'on dit commodément « de sages ». On les dit partout, on les voit partout, même lorsque leur degré d'institutionnalisation est minime ou que leur statut est évidemment provisoire, même lorsqu'il ne s'agit aucunement d'autorités administratives indépendantes. Ainsi la « sagesse » serait-elle appelée à s'étendre à des secteurs plus hétérogènes encore : réforme de la Sécurité sociale ou du code de la nationalité, déontologie des sondages, évaluation des universités ou éthique médicale. Au-delà de l'administré ou du consommateur, la conscience du citoyen.

7. J. Chevallier, Les autorités administratives indépendantes, dépassement ou confirmation de la dualité ? Colloque international de la Revue *Politiques et management public*, 15-16 décembre 1986.

8. P. Nicolay, Colloque CERAP, 11-12 juin 1987.

9. F. Gazier, Y. Cannac, *EDCE*, 1983-1984, n° 35.

10. C. Teitgen-Colly, rapport préc.

Quelles que soient les difficultés de sa traduction juridique, cette référence au terme de sagesse pour désigner des catégories si différentes, évoque au moins une même question : c'est qu'en effet sagesse et indépendance entretiennent un étroit rapport pour le « sens commun ». Le sage est d'abord celui dont l'opinion n'est ni soumise, ni dépendante. En ce sens, autorités administratives indépendantes ou simples « conseils de sages » relèvent d'une même « idée d'œuvre », d'un même « titre de légitimité » et l'opinion publique n'a pas tort de suggérer une même « raison d'être ».

Raison d'être ? L'examen en vaut bien quelque détour tant le bilan actuel fait l'objet de polémiques. Car on s'accorde d'autant mieux aujourd'hui à se lamenter sur l'absence d'indépendance de telle ou telle de ces autorités qu'on oublie ou qu'on veut ignorer le pourquoi d'un pareil vœu d'indépendance. Lequel ne va pas de soi au regard, notamment, de la culture et des traditions juridiques et politiques françaises.

Au-delà des efforts de certains auteurs pour établir une périodisation très sophistiquée, on s'accorde pour dater l'émergence des autorités administratives indépendantes de la décennie 1970. Sans doute, à l'écoute de la demande de sagesse, l'historien des idées devrait-il tenir compte des transformations à l'œuvre dans le paysage idéologique français : peut-être serait-il alors tenté d'associer la demande de sagesse à l'essoufflement des prophéties révolutionnaires. Lorsque l'Histoire perd sa majuscule et que le lendemain ne chante plus, les difficultés du présent réclament d'autres sirènes. Question d'époque ? Chacun ne se résigne pas de gaieté de cœur : ainsi datée, ainsi vêtue de réalisme et de pragmatisme, avant même toute discussion relative à son statut, cette sagesse-là est susceptible de nourrir sarcasmes et nostalgies. Jeunes fous, vieux sages : affaire de sensibilités, bien trop sérieuse donc pour qui a jamais prétendu trancher.

Moins sérieusement alors, on devrait repérer une multiplicité de facteurs qui tous font signe vers une certaine « crise de l'État » précédant puis s'épanouissant en « crise de l'État-Providence ». Mondialisation de l'économie, internationalisation du commerce, sophistication des techniques dans les secteurs les plus variés, complexification des réseaux sociaux, autant de défis nouveaux pour un « art politique » dit en « retrait » voire en « déroute ». Un art politique dont les choix doivent répondre à la fois des urgences du présent et des effets pervers du long terme. Pondération du temps, affaire de sagesse ?

Dans le secteur purement administratif, la crise n'est pas nou-

velle : la France, on le sait, souffre, de maladministration chronique. Rigidité, impersonnalité, non-publicité, bureaucratie : le temps est à la transparence et à la communication¹¹. Institué par la loi du 3 janvier 1973, renforcé dans ses attributions par celle du 24 décembre 1976, le Médiateur, ce *Solon*, « indépendant de tous, homme lige de l'équité et d'elle seule » ou plus modestement « intercesseur gracieux entre le citoyen et l'administration » constitue en tout cas une solution nouvelle. Telle est bien l'intention du législateur qui, le libérant du contrôle hiérarchique de ses décisions ou du contrôle financier de ses crédits, prétend « tenter la greffe d'un organe nouveau » « d'une institution juridique originale dans notre droit public », « d'une institution pragmatique et évolutive, un peu à la manière anglo-saxonne » qui n'hésite pas à en appeler au « caractère public » de ses recommandations, à « la pression de l'opinion publique et parlementaire qu'elles susciteront » pour garantir son autorité et en faire « un pouvoir de redressement et de régulation »¹². Solutions nouvelles aussi dans le secteur administratif que la CNIL et la CADA : bien que dotées de compétences différentes par les lois des 6 janvier et 17 juillet 1978, elles sont toutes deux chargées de missions telles que l'on n'en conçoit l'impartialité et la neutralité qu'à distance de l'Administration et du Politique. Manière pour le Pouvoir de s'avouer en difficulté ? On perçoit déjà les contours d'une polémique à double extrême : de la réalité de l'indépendance accordée, on conclura soit à la démission, soit à la manipulation des gouvernants.

Dans d'autres secteurs, ceux de l'économie ou des médias par exemple, la raison d'être d'organismes indépendants suggère des débats idéologiques plus tendus. L'émergence de tels organismes accompagne une volonté affirmée de « désengagement » de l'Etat dans ces domaines. A gauche comme à droite, un certain néo-libéralisme aurait marqué des points, mettant en question le principe et les modalités de l'interventionnisme étatique. Dans ces secteurs, la liberté, qu'elle soit de l'épargnant, de l'actionnaire, de l'entrepreneur, du lecteur, du spectateur en tous genres et finalement du citoyen, ne se conjugue désormais qu'avec le pluralisme. A l'affrontement classique Etat/Individu se substitue une diversification plus complexe des rapports sociaux dont on cherche à assurer, c'est le maître-mot, la régulation. Commission des opérations de bourse, commission puis Conseil de la concurrence, Commission des clauses

11. Cf. Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir, Bernard Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987.

12. Cf. Débats Ass. nat. et Sénat, 14 et 19 décembre 1972.

abusives, Commission de la sécurité des consommateurs, Commission des sondages, Commission pour la transparence et le pluralisme en matière de presse, Haute Autorité de la communication audiovisuelle puis CNCL, ces organismes, qualifiés ou non d'AAI, prennent naissance au sein d'une législation marquée de l'esprit de pluralisme et de régulation. A la source, certes, on perçoit le paradoxe qui fragilise le processus de leur légitimation : depuis les années 1970, ces organismes sont tout autant le symbole du « désengagement » de l'Etat que son correctif. En France dérégulation et régulation sont quelque temps synonymes. Peu importe aux moins rigoureux puisque l'essentiel réside dans les garanties de l'indépendance offerte à ces missionnaires de la régulation. La cohérence repose en effet sur le double objectif de garantir l'indépendance par l'indépendance... Autrement dit, le stade de l'autoréforme administrative semble largement dépassé. L'ensemble de la société fait vœu de transparence et c'est dans le secteur le plus traditionnellement placé sous haute surveillance étatique que le Conseil constitutionnel érige le pluralisme en objectif à valeur constitutionnelle¹³. Le pouvoir politique apparaît dans une telle configuration à la fois inapte et suspect : inapte puisque la mission de régulation ne lui est pas directement confiée, suspect puisqu'elle est confiée à d'autres dont la légitimité tiendrait précisément à leur indépendance. On s'aperçoit que le recours aux sages devient le symptôme d'une crise plus grave que celle que l'on disait de l'Etat, de sa représentation ou de sa providence l'art même de gouverner est en question.

Des mots inusités scandent le vocabulaire de la nouvelle sagesse : magistrature d'influence, magistère moral, déontologie, conscience sociale, équité, médiation afin de convaincre, de persuader, de recommander, de négocier, d'arbitrer, de communiquer... Science, éthique, prudence font la panoplie du sage. A condition de leur restituer, malgré les références à Solon ou aux Grecques, un sens délibérément moderne. Moins celui d'Aristote que celui de Montesquieu¹⁴, comme le plaide remarquablement B. Manin. Le démocrate peut craindre la sagesse d'un Aristote dont le pragmatisme servirait encore à mieux aménager une science universelle ou à enfermer la vertu dans l'horizon du juste milieu. Et si le terme même de sagesse irrite, c'est qu'on lui prête un sens qui scelle l'alliance du libéralisme et du conservatisme. Mais au sens de Montesquieu la sagesse moderne

13. Cf. P. Bouretz, *Pluralisme et médias : à la recherche d'un critère juridique*, *Esprit*, janvier 1988.

14. B. Manin, *Montesquieu et la politique moderne*, *Cahiers de philosophie politique*, Ousia, 1985.

tient dans la vertu de modération qui prend acte à la fois du primat de la loi et de la liberté humaine¹⁵. En ce sens, la sagesse moderne peut faire signe moins vers un libéralisme « de la règle » ou du « marché » que vers un pluralisme des pouvoirs et contre-pouvoirs¹⁶. En ce sens encore, le démocrate craint le sage qui lui paraît dessaisir à la fois et le juge (de quel « code » deviendrait-il la bouche ?), et le fonctionnaire (s'il n'est plus l'incarnation de l'expertise impartiale ?) et le législateur (dont l'efficacité normative a déjà été autrement mise en cause avec le constat de son impuissance « délibérative »). Bref on multiplie les commissions de sages, on nomme jusqu'à 18 autorités administratives indépendantes, on souligne l'urgence de leur mission de régulation, on les déclare indispensables à la cohésion sociale, on les prétend conformes aux nouveaux consensus et propices aux nouvelles chances de la démocratie politique mais la résistance s'organise. Au nom de la démocratie.

L'indépendance figure au cœur de cette résistance. Résistance intellectuelle : comment penser l'indépendance, jusqu'où, c'est-à-dire comment refuser de la penser pour n'en penser que la limite. Résistance politique : comment assurer l'indépendance de l'organisme et de ses membres de manière à préserver la légitimité de la mission sans prendre le risque de l'autonomie de l'institution.

Résistance intellectuelle. Il va de soi que la dépendance avérée des sages acérédite la thèse de la manipulation politique, de l'appareil idéologique d'Etat, de l'attrape-consensus ou du camouflage déshonorant. Il va de soi que l'indépendance affirmée de l'institution accrédite celle du « gouvernement des sages », de la démission du pouvoir politique, de la lâcheté parlementaire et de la perversion insensible de la démocratie. Au-delà d'inquiétudes dont l'expression prend un tour inévitablement polémique, d'excellents débats de doctrine témoignent des sérieuses difficultés à insérer ces institutions nouvelles dans le système politico-administratif français. Ces difficultés tiennent notamment à l'idée de séparation des pouvoirs, et en conséquence à celle de séparation des autorités administrative et juridictionnelle. Les débats qui ne cessent de s'amplifier depuis la création du Médiateur en sont un exemple significatif et la discussion porte sur ses liens avec chacun des trois pouvoirs. Après tout la mission même du Médiateur ne devrait-elle pas relever d'une commission parlementaire instituée *ad hoc*, le Médiateur n'au-

15. B. Manin, *ibid.*

16. B. Manin, Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs, *Intervention*, 1984, n° 9.

rait-il pas dû être un « délégué parlementaire à la liberté »¹⁷ ? Le Médiateur actuel, Paul Legatte, n'a pas hésité à s'impliquer dans le débat qui porte sur la nature de son institution : à juste titre, il défend l'idée que de sa qualification dépendent ses rapports avec les trois pouvoirs et donc la réalité de son indépendance. La décision Retail du 10 juillet 1981¹⁸ qui le qualifie d'autorité administrative indépendante le consterne¹⁹ : elle compromet son autorité aux yeux des citoyens qui le suspecteront d'avoir partie liée avec l'administration et gêne sa coopération avec les parlementaires qui, au lieu de l'interroger directement, posent des questions écrites auxquelles le Premier ministre ne peut répondre sans s'immiscer dans l'exercice de sa mission. Aussi souhaite-t-il qu'un revirement de jurisprudence ou une loi nouvelle lui redonne son identité qui serait celle d'une « autorité de l'Etat indépendante ». Sans vouloir ici rentrer dans le détail de la discussion juridique, retenons que ce débat est significatif des difficultés rencontrées par les conseils de sages dès qu'ils sont institutionnalisés comme autorités administratives et que chacun d'entre eux peut rester attentif à l'avertissement de Paul Legatte : « En effet, dans la vie courante la tentation sera de plus en plus forte de considérer qu' "autorité administrative" signifie "service administratif". »²⁰ Le débat porte aussi sur les rapports de ces autorités avec le pouvoir judiciaire : dans la recherche d'une indépendance plus complète, certains vont jusqu'à soutenir que leurs décisions doivent être soustraites à tout contrôle juridictionnel, d'autres, à juste titre, font valoir que le prestige de ces institutions n'aurait rien à gagner de voir ainsi accroître la catégorie des « actes de gouvernement »²¹. Le débat rebondit alors avec la question de savoir quel juge est compétent : la loi peut-elle, sous certaines conditions, confier au juge judiciaire le contentieux des actes des autorités administratives indépendantes ? Arguant de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, certains concèdent comme un possible aménagement « à la marge » du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, d'autres profitent de cette décision pour rappeler que le Conseil de la concurrence n'a pas le « caractère d'autorité administrative

17. Proposition de loi Chandernagor en 1972.

18. CE. Ass. plén., concl. M. Franc. *RDP*, 1981, p. 1441.

19. Cf. *Rapport annuel*, 1986 et le médiateur de la République, *Rev. adm.*, 1986, p. 431.

20. P. Legatte, *Le médiateur est-il une autorité administrative indépendante ? Rapport au Colloque CERAP*, préc.

21. Cf. notamment Jean Paul-Costa, *Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? AJDA*, 87, p. 341.

au sens strict »²². Sans vouloir entrer ici dans le détail du conflit d'intérêt entre professionnels du droit, on notera qu'au-delà du cas du Conseil de la concurrence, la compétence très large reconnue au juge administratif, juge mais administratif, suscite des inquiétudes : l'indépendance des AAI n'est-elle pas subtilement menacée dès lors que le juge administratif est appelé à jouer le rôle d'une « instance intégrative de substitution » ?

L'ensemble de ces débats reste révélateur des résistances de la tradition juridico-politique française attachée à une conception restrictive de la pensée de Montesquieu : le postulat tripartite laisse peu de place à l'indépendance des contre-pouvoirs. Malgré l'effort de certains auteurs pour critiquer le caractère « hexagonal » de réflexions qui freinent « l'acclimatation en notre pays » d'institutions originales et le contresens que l'on commet « à vouloir en rendre compte à partir des catégories préexistantes de notre droit public »²³, cette résistance conserve de solides ancrages et fragilise pour longtemps encore le processus de légitimation de telles institutions. Faut-il en conclure avec Jean-Denis Bredin que presque deux siècles après Napoléon, « l'indépendance n'est toujours pas une spécialité française » même si « volontiers nous fabriquons l'apparence des contre-pouvoirs, car nous aimons les symboles »²⁴ ?

Il n'est certes pas indifférent que nous aimions ce symbole et que le développement croissant des comités de sages en témoigne aujourd'hui. Il n'est pas indifférent qu'un certain nombre de ces autorités, à défaut d'une légitimité acquise d'emblée, aient réussi à se constituer, par leur pratique, une position originale face aux autres pouvoirs et à s'attacher progressivement les faveurs de l'opinion publique. Il n'est pas indifférent que certaines d'entre elles, jouant de la diversité de leurs modes d'action et d'intervention, aient parfois permis d'accréditer l'idée que l'édiction et l'application des normes ne sont pas le seul art de gouverner possible. Il n'est pas indifférent enfin que certaines d'entre elles soient parfois parvenues à développer en leur sein une « logique de consensus » qui favorise un processus d'autonomisation²⁵. Il n'est pas certain, tou-

22. Sur cette question, cf. notamment P. Nicolay, rapport au Colloque CERAP préc. et J. Chevallier, Note sous la décision du Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, *AJDA*, mai 1987.

23. Y. Gaudemet, le Médiateur est-il une autorité administrative ? *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117-130.

24. J. D. Bredin, Insupportable indépendance, *Le Monde*, 20 novembre 1987.

25. Cf. S. Hubac, E. Pisier, *Les AAI face aux pouvoirs*, Rapport au Colloque CERAP, préc.

tefois, que ces quelques signes autorisent un diagnostic optimiste. La résistance reste fondamentalement politique.

L'indépendance du « contre-pouvoir » devient l'enjeu de politiques contradictoires mais dont la cohérence est malheureusement perceptible : dans un premier temps, l'indépendance de l'institution est inversement proportionnelle à son pouvoir de décision ; on s'inquiète toutefois que le simple « magistère moral » ne se laisse pas enfermer dans la seule fonction de consultation dès que l'appel à l'opinion publique, par le jeu des médias, s'institutionnalise tant soit peu ; le pari facile d'un organisme indépendant parce que sans autorité ne suffit plus ; reste le pari inverse, et autrement plus subtil de l'institution sans indépendance parce que accablée d'autorité... Il est sans doute trop tôt pour prédire un tel avenir au Comité d'éthique, il est peut-être trop tard pour prévenir celui de la CNCL...

Le cas de la CNCL est exemplaire. L'indépendance fait l'axe des débats et polémiques qui ont assuré la triste célébrité de cette « autorité administrative indépendante » à laquelle la loi du 30 septembre 1986 donne un pouvoir de décision et des moyens d'action bien supérieurs à ceux que la loi du 29 juillet 1982 accordait à la Haute Autorité. Accroître les pouvoirs pour renforcer l'indépendance, tel est l'objectif officiel. Mais, on s'en aperçoit rapidement, l'indépendance n'advient pas...

Premier problème : la CNCL souffre d'un péché originel. La suppression de la Haute Autorité, accablée du grief de politisation, n'allait pas de soi dès lors que l'on se déclarait attaché au symbole du contre-pouvoir installé au cœur du paysage audio-visuel français et que le consensus semblait acquis sur le bien-fondé de son existence²⁶. Mais la loi est la loi et ce qu'elle peut faire elle peut le défaire, aussi le Conseil constitutionnel a-t-il admis qu'il soit mis fin au mandat de la Haute Autorité en lui substituant un nouvel organisme. Mécanisme bien révélateur : en matière d'audio-visuel, aucun Gouvernement, aucune majorité n'aurait la naïveté de créditer l'adversaire de la moindre intention de loyauté. L'examen des débats parlementaires indique que le soupçon va de soi²⁷. Aussi le Gouvernement de 1986 est-il d'emblée suspect de vouloir simplement remodeler la composition de la nouvelle autorité aux couleurs de la nouvelle majorité. Le mal vient moins de ce qu'il en soit effectivement ainsi que de ce que personne, dans la classe politique, voire dans l'opinion

26. Seuls les parlementaires communistes le dénonçaient comme « le bras séculier du pouvoir en place » et « l'instrument accompli de sa tutelle ».

27. Sur tous ces points, cf. notamment J. Chevallier, Le nouveau statut de liberté de communication, *AJDA*, février 1987, p. 59.

publique avertie, ne doute que l'intention inverse ne relève du masochisme et de l'incompétence politiques. En 1988, les socialistes semblent convaincus de la nécessité d'assurer la permanence de l'institution au lieu de la « condamner à mort » à chaque changement politique. Sans doute est-il désormais pensable de constitutionnaliser le principe de cette institution pour garantir sa pérennité. Mais on ne voit pas que cela garantisse l'indépendance de ses membres ni l'impartialité de ses décisions.

Aussi bien le remodelage de la composition est-il de nouveau à l'ordre du jour. En général et pour chacune des AAI, c'est autour de la composition de l'institution et du statut de ses membres que le débat sur l'indépendance paraît le plus passionné. *A fortiori* dans le cas de l'audio-visuel. Les règles relatives à la composition de la CNCL sont aujourd'hui en discussion : du fameux cocktail destiné à associer les représentants des différents courants de pensée politique mais aussi des grandes juridictions et de la profession devait surgir l'expression de la sagesse et la garantie de l'impartialité. La pratique semble au moins avoir démontré que l'élection des membres de juridictions par leurs corps avait politisé ces derniers et que la désignation de ces magistrats ne s'était pas effectuée sans arrière-pensées politiques. Les déclarations de P. Nicolay en témoignent de manière accablante : « Je crains que les modifications récemment apportées au système de désignation des membres de l'autorité administrative n'aillent à l'encontre du propos affiché de rechercher l'indépendance. *On a critiqué le mode de désignation du Conseil constitutionnel, que l'on a jugé trop politique, et on a voulu le corriger pour la CNCL en faisant appel au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation, à la Cour des comptes et à l'Académie française...* Mais je ne crois que l'on ait ainsi éloigné la politique. Tout au contraire, et parce que l'on a choisi l'élection par les corps sollicités pour désigner une personnalité, on a introduit la politique dans ces corps... Le système imposé d'une candidature et d'une campagne électorale a fait disparaître tout frein à l'introduction de la politique. J'ai longtemps nié vivement que le Conseil d'Etat fasse de la politique. Je dois avouer aujourd'hui qu'il en a fait une fois, et c'était pour l'élection du membre de la CNCL. »²⁸ A quoi il faut ajouter que l'idée d'une cooptation de personnalités ne s'est pas révélée meilleure : devenant un enjeu majeur au sein de l'institution, elle ne pouvait que donner lieu aux divisions à caractère aussi « politique ». Enfin n'est pas meilleure l'idée de laisser à l'institution une autonomie totale dans

28. P. Nicolay, Rapport CERAP, préc.

le choix de son président car elle contribue aussi à consacrer les divisions politiques au sein de l'institution. La question du mandat se révèle de même source de sérieuses difficultés : le mandat non renouvelable constitue-t-il une véritable garantie d'indépendance alors que la perspective du non-renouvellement incite à moins de rigueur ? Quant au mandat de neuf ans qui garantit comme une sorte de « détachement » à l'égard des intérêts que l'on est censé représenter, il aboutit à tenir en dehors de l'institution des personnalités « dans la force de l'âge »... Or si l'on a pu croire longtemps que l'âge des « vieux sages » assurerait à la fois l'expérience et l'impartialité, on s'aperçoit aujourd'hui que la technicité des problèmes posés au nouvel « art de gouverner » requiert parfois plus d'énergique jeunesse... Chacun s'interroge mais pour l'instant on propose de calquer la composition de la CNCL sur celle du Conseil constitutionnel, ce qui ne prouve pas forcément que l'imagination est au pouvoir. Peu importe, puisque la CNCL s'est « totalement discréditée » : l'attachement au symbole de l'indépendance peut d'autant mieux s'affirmer que la critique de la dépendance est aisée. En ce domaine chacun reconnaît que la CNCL, et particulièrement certains de ses membres, y auront mis du leur et que « même aux yeux des téléspectateurs, le bilan n'est pas facile à défendre »²⁹. La liste des erreurs et des fautes est si longue qu'elle paraît rendre la tâche des réformateurs plus aisée et leur intention moins suspecte. Puisqu'en outre ils peuvent fustiger une dépendance non seulement politique mais « commerciale ». Le soupçon de corruption d'une part, et plus grave encore, la menace d'un véritable « cauchemar commercial » dans lequel la CNCL aurait entraîné la télévision française³⁰ réveille la phobie française du *lobby*.

Cauchemar commercial ? Qui observe aujourd'hui l'ainsi nommé PAF sait à quel point l'expression est juste et comme elle approche une réalité. Elle risque cependant, quelles que soient les meilleures intentions, de servir d'ultime argument aux faux défenseurs de l'indépendance des contre-pouvoirs. En ce cas, le cauchemar commercial sera le prix à payer pour l'impuissance à penser le service public, ses finalités et ses moyens, ses limites et ses rapports avec le marché. Il s'agit d'une question essentielle et urgente que les erreurs et les maladroites de la CNCL ont contribué à rendre plus essentielle et plus urgente. Mais elle ne devrait pas servir d'alibi à

29. Roger Bouzinac, Entretien, *Le Monde*, 12 avril 1988.

30. Cf. C. Ockrent, Tâchons de ne pas faire un cauchemar commercial, *Le Monde*, 9 mars 1988.

ceux qui n'acceptent les contre-pouvoirs qu'à condition qu'ils « ne gênent pas le pouvoir » et qui ne stigmatisent la dépendance des autres qu'à condition de lui substituer celle des leurs.

Dans le cas de la CNCL, l'indépendance de l'institution est un vrai problème. Mais tel qu'il est posé, il contribue à masquer un constat dont on commence à peine à prendre conscience : ses ailes de géant l'empêchent de voler librement³¹. A examiner la loi qui l'a créée et les décrets qui encadrent sa mission, à constater sans parti pris l'ampleur et la diversité des tâches qu'elle a cru devoir assumer, à mesurer les aspects contradictoires des contraintes budgétaires, à s'effarer de cette course de sauts d'obstacles qu'impose un agenda annuel et le peu de temps laissé à la réflexion de sages finalement comparée à celui que l'urgence laisse aux gouvernants, on reste sans espoir : décidément l'indépendance n'est pas une spécialité française. Pour ne pas faire de la CNCL un contre-pouvoir, on en a fait un ministère de plus, dont la fonction gestionnaire l'emporte sur toute ambition de régulation³². Loi et décrets fixent un calendrier et un mode d'emploi *a priori* tels que l'objectif d'une codification lente et progressive de règles déontologiques sagement mûries se vide de tout contenu. L'enjeu ne vaut même plus la peine de la discussion... Aussi bien est-il peut-être plus « sage » d'y renoncer.

Mais autant renoncer aussi au double langage : à quoi bon discourir de l'indépendance du « sage » si on la sait à la fois impossible et indésirable ? A moins qu'on ne la souhaite qu'aussi — mais pas plus — ambiguë que celle d'un fonctionnaire français : un paradoxe très libéral vante aujourd'hui son indépendance en lui rappelant son devoir d'obéissance. Ce n'est pas la pire solution, elle n'a simplement rien à voir avec l'idée de contre-pouvoir et n'entretient aucune illusion de pluralisme.

31. Cf. l'excellent rapport de Dana Hastier, à paraître à la *Documentation française*.

32. Cf. les analyses comparatives de B. Guillon, J. G. Padioleau (in *La régulation de la télévision*, la Documentation française, 1988), qui semblent conclure à une sorte de pathologie de la régulation « à la française » versant à la fois dans l'opportunisme et le dogmatisme.

RÉSUMÉ. — *Pour leur assurer une indépendance dont on craint les effets autant qu'on en déplore les limites, on institutionnalise le recours « aux sages » : alors le souci de la gestion risque de l'emporter sur l'ambition de la régulation et le pluralisme de rester une illusion.*