

**Transparency and accountability of regulators : keynote speech**

François Jongen  
Professeur à l'Université Catholique de Louvain  
Avocat spécialiste en droit des médias

Mrs Chairman, Ladies en Gentlemen

Is it because I come from a country where differences of languages sometimes cause problems? I'm facing a problem with the title of this working session, and therefore with the theme of this keynote speech. The French title is « Transparence et responsabilité des régulateurs », but if the French word « transparence » squares to the English concept of « transparency », the word « responsabilité » is on the contrary not an adequate translation of « accountability ». « Responsabilité », in French, means at the same time more, and less: more because it refers altogether to accountability, liability and responsibility, but also less because it doesn't give a proper idea of the very concrete meaning of the word accountability. Accountability should probably be translated in French by something like « reddition de comptes », but such a translation refers to some revolutionary images of men and women marching together to a Royal Palace with the heads of the local representatives of the Sovereign, beforehand separated of the rest of the body by a guillotine, stuck on a long spit. And even if this kind of keynote speech is supposed to be to some extent provocative, that's probably the kind of prospective vision you do not expect for yourself. The ideal would probably be to create a new word, something like « redevabilité », asking the interpretation team to translate it as « accountability ». But why, will you say, try to find an adequate word in French? It would be so simple to carry on in English, as nearly everyone here at the EPRA. Yes, but as I just said, I come from a country where language is a delicate question, and where the balance of two languages has its importance. And for me, in the two related topics of this morning's session – transparency and accountability -, one is more important than the other: transparency has of course its importance, but it's mainly one of the ways to achieve accountability.

On the steps of Emmanuelle Machet in her excellent background document, I would like therefore to stress on the words delivered to your honourable assembly by my estimated colleague Karol Jakubowicz two years ago in Prague, and to quote him when writing that a regulatory body *“needs friends and supporters. If it wants to be independent of politicians, it cannot always count on their good will. There is likely to be friction between the regulatory authority and political bodies. Therefore, it needs to win a good reputation in the industry it regulates and among the general public. If it can do that, it will not be left alone at a time of a conflict with politicians.”* It will be hard to summarize the question of the accountability better than this, but let me try to go further on that question of the friends and supporters of the regulatory authorities.

Une autorité de régulation a-t-elle besoin d'amis et de défenseurs? *A priori*, on pourrait se dire que non. Qu'elle n'est pas là pour plaire. Que ni le juge, ni le gendarme, ni même l'administration - tous rôles que l'on prête tour à tour au régulateur – ne cherchent pas à plaire.

Et pourtant...

Si l'on examine les questionnaires remplis par la plupart d'entre vous, on constate qu'à chaque tradition politique correspond une priorité dans la redevabilité des autorités de régulation. Au risque de schématiser de façon un peu caricaturale, on observera que les pays de tradition libérale privilégieront un système de redevabilité de l'autorité de régulation vis-à-vis de l'industrie dont elle est censée accompagner et encadrer l'activité. Au contraire, les pays de tradition démocratique plus récente chercheront avant tout la redevabilité de l'autorité de régulation à l'égard de ceux qui se considèrent toujours comme ses mandants, c'est-à-dire le monde politique. Enfin, et toujours au risque de simplifier exagérément, on constatera que les Etats de longue tradition démocratique et d'inspiration plutôt social-démocrate accorderont plus d'importance encore à la redevabilité des autorités de régulation à l'égard des « consommateurs finaux » que sont les citoyens.

Faut-il pour autant placer sur un pied d'égalité tous ces degrés de redevabilité ? Je ne le pense pas. La redevabilité à l'égard du grand public me paraît plus importante encore que la redevabilité à l'égard du politique et que la redevabilité à l'égard de l'industrie.

La redevabilité à l'égard du politique semble légitime aussi longtemps que l'on appréhende le politique dans sa fonction de représentant des citoyens (et donc, justement, du grand public) ; mais quand le politique agit non plus en tant que représentant de l'intérêt général mais en tant que représentant de ses propres intérêts politiques et électoraux (et quand bien même on accepterait le postulat que ceux-ci tendraient, *in fine*, vers la satisfaction de l'intérêt général), il faut se méfier des obligations de redevabilité qu'il impose au régulateur, car cette redevabilité-là risque d'être une façon de diminuer d'une main l'indépendance qui a été accordée de l'autre.

Il faut évidemment nuancer ce jugement selon la forme que prend cette redevabilité : s'agit-il d'une simple communication d'informations, ou d'un dialogue entre l'autorité de régulation et le politique, ou s'agit-il d'une épée de Damoclès tenue par le politique sur l'existence de l'autorité ? Les deux hypothèses n'ont évidemment pas le même sens.

Il faut aussi distinguer les systèmes qui imposent une redevabilité à l'égard du gouvernement de ceux qui organisent la redevabilité à l'égard du parlement : les premiers sont, a priori, plus suspects et plus dangereux que les seconds. Mais un parlement, s'il tire sa légitimité de ce qu'il assure la représentation de toutes les forces politiques et donc de l'ensemble de la nation, est aussi un lieu où, comme son nom l'indique, la majorité est majoritaire et peut donc choisir, contre l'avis de l'opposition, de retirer à l'autorité de régulation une partie de ses pouvoirs, voire de révoquer ses membres. Et même l'opposition parlementaire ne défendra pas nécessairement l'autorité de régulation, soit parce que la question ne sera pas électoralement rentable, soit parce que ses membres penseront très cyniquement qu'ils préfèrent voir le gouvernement conserver un maximum de prérogatives en matière de médias. Toute opposition a vocation à devenir gouvernement à son tour et donc à profiter un jour des mêmes pouvoirs que ceux de la majorité qu'elle critique.

Faut-il le dire encore ? Dans quelque pays que ce soit, et même dans les plus démocratiques, il n'est ni facile ni surtout naturel pour la classe politique d'abandonner à une autorité tierce un pouvoir d'influence aussi significatif et aussi précieux, en termes de retour supposé sur investissement, que le pouvoir de régulation de l'audiovisuel. S'il n'a aucun intérêt à assurer personnellement la régulation des marchés financiers ou la régulation du gaz et de l'électricité, l'*homo politicus* moyen, tous partis et tous pays confondus, reste convaincu

que sa réélection est tributaire de sa notoriété médiatique et que, dès lors, il a tout intérêt à contrôler la régulation de l'audiovisuel quand il ne l'exerce pas lui-même.

J'ai été surpris, en arrivant mercredi, de constater que nos hôtes vous avaient offerts à tous un mouton. La symbolique est pour le moins ambiguë... Les régulateurs sont-ils des moutons quand ils sont dans un lien de redevabilité trop marqué à l'égard de ceux qui les ont nommés ? Cette ambiguïté n'a pas échappé à nos hôtes qui ont immédiatement ajouté, sur la carte accompagnant le mouton, une dédicace : « aux bons bergers ». Etes-vous vraiment des bergers ? Et, surtout, les opérateurs sont-ils vraiment des moutons ? Je les vois plutôt comme des fauves, et vous comme des dompteurs. Et quels que soient les pactes de non-agression, voire même les relations de complicité, qui peuvent s'installer dans un cirque, et le monde des médias en est assurément un, le fauve, même apprivoisé, garde toujours sa nature profonde : il a vocation à mordre la main de celui qui le dompte.

Il faut dès lors se méfier aussi de la redevabilité à l'égard de l'industrie. Sen méfier, mais pas la négliger : elle a évidemment son importance. Le braconnier peut craindre le garde-chasse, éventuellement même aller jusqu'à le respecter. Mais les deux ne doivent pas espérer nouer de véritables liens d'amitié. Si l'on peut éventuellement espérer que les petits chasseurs sont conscients de l'importance du rôle du garde-chasse – et ce n'est même pas tout à fait sûr –, les braconniers puissants, même s'ils invitent le garde-chasse à déjeuner dans de bons restaurants, préféreront toujours qu'il n'y ait pas du tout de garde-chasse, car ils penseront que le vide et même le chaos sont préférables à la régulation. Vous connaissez cette définition du libéralisme : un renard libre dans un poulailler libre.

Dans ce contexte, la redevabilité à l'égard du grand public est la seule qui puisse apporter à l'autorité de régulation un véritable soutien dépourvu d'arrière-pensées. Et en cela, la redevabilité est le passage indispensable pour obtenir la légitimité. Certes, si vous êtes ici aujourd'hui, c'est parce que vous disposez déjà d'une légitimité qui vous a été conférée par le politique. Mais soyez prudents, pas pour vous en tant que personnes mais pour l'intérêt général dont vous êtes les garants : tant que vous êtes là, doublez votre légitimité politique d'une légitimité populaire. La première peut vous être enlevée, la seconde ne le peut pas. Ce n'est que si elle trouve dans la société une large assise que l'autorité de régulation sera protégée contre d'éventuelles menaces, qu'elles émanent du politique ou de l'industrie. En termes boursiers, on dirait que l'autorité de régulation a besoin d'un large capital de

légitimité, mais elle sera mieux protégée contre les OPA, surtout inamicales, si ce capital est réparti entre un grand nombre de petits porteurs anonymes que s'il est seulement aux mains de l'Etat ou de quelques grands groupes industriels.

Certes, si l'autorité est créée par la loi, et c'est le cas dans la plupart des cas, on pourrait penser que son existence et sa persistance sont garanties. Mais est-elle pour autant tout à fait à l'abri de tout aléa ? Une loi peut être modifiée, ou abrogée, et c'est d'ailleurs en cela que les autorités de régulation dont l'existence est inscrite dans la Constitution, texte en principe plus stable et plus durable qu'une simple loi, sont mieux protégées.

Mais, sans même aller jusqu'à l'hypothèse de la disparition pure et simple de l'autorité de régulation, il est quantité de cas de figure où son bon fonctionnement peut être remis en cause par le pouvoir législatif, voire même par le seul pouvoir exécutif. Le retrait de certaines compétences – compétence d'autorisation ou compétence de nomination pour ne citer que quelques exemples récents -, le refus d'accorder les moyens financiers nécessaires au bon accomplissement de ses missions, la tentative de reprendre en main l'autorité de régulation en en modifiant la composition, que ce soit à l'occasion du renouvellement normal des mandats, à la faveur d'une opération de fusion avec un autre régulateur ou carrément par un vote de révocation de l'ensemble des membres pour un motif plus ou moins sérieux, sont autant de risques dont l'autorité de régulation se prémunira plus facilement si elle dispose d'amis et de défenseurs. Une autorité de régulation dont le grand public ignore l'existence et l'action sera toujours plus vulnérable.

Certains diront peut-être que cette vulnérabilité est là le lot de tout régulateur. Je ne le pense pas. A la différence de la régulation des marchés financiers ou de la régulation de l'énergie, la régulation des médias est loin d'être ressentie, dans la société, comme un besoin social impérieux. Tout au contraire, elle est perçue par certains comme une nuisance, d'autant qu'elle est potentiellement liberticide. Car il est vrai que, toujours à la différence des régulateurs des secteurs précités, les régulateurs de l'audiovisuel sont susceptibles de restreindre, par leur activité quotidienne, l'exercice d'une liberté constitutionnelle, d'un droit de l'homme, et parmi les plus sacrés : la liberté d'expression. Trouver et conserver une légitimité y est donc encore plus essentiel qu'ailleurs.

Le pouvoir judiciaire aussi, feront observer certains, a vocation à limiter des libertés constitutionnelles. C'est exact, mais le pouvoir judiciaire bénéficie généralement de garanties d'inamovibilité qu'on ne reconnaît pas, à ce jour, aux membres des autorités de régulation de l'audiovisuel. Ce n'est pas par hasard que Karol Jakubowicz recommandait, dans son texte déjà cité de Prague, de ne nommer membres des autorités de régulation que des personnes se trouvant à cinq ans de la retraite.

Enfin, dernière spécificité mais elle n'est pas des moindres, les régulateurs des médias, de par l'objet même qu'ils sont censés réguler, ne peuvent compter sur le soutien du grand public que dans le cadre d'une relation directe avec lui. Alors que les médias se font souvent le relais des demandes des citoyens dans leurs rapports avec l'administration et le politique, et critiquent la classe politique quand elle tente de politiser l'administration, le risque existe que certains médias, justement parce qu'ils se méfient de l'autorité chargée de leur régulation, ne donnent pas le même écho à un éventuel mouvement de soutien populaire à cette autorité, ou ne manifestent pas le même zèle critique à l'égard du gouvernement qui tenterait de porter atteinte à son indépendance.

Compte tenu de tous ces éléments, la redevabilité à l'égard du grand public me paraît dès lors être un objectif prioritaire que doivent se fixer toutes les autorités de régulation, même si leur statut législatif ne le leur impose pas. Evidemment, le grand public est, par définition, nombreux, imprévisible et éventuellement irrationnel, et s'engager dans un processus de dialogue avec lui n'est pas chose facile. Il est plus aisé d'ignorer les courriers, plaintes et récriminations que d'y répondre systématiquement, surtout quand un opérateur mécontent d'une décision du régulateur utilise sa force d'audience pour inciter ses auditeurs/télespectateurs à se plaindre directement auprès dudit régulateur. On pourrait même trouver déraisonnable que des instances souvent sous-financées et manquant parfois de personnel consacrent un temps précieux à répondre à des citoyens devant lesquels elles ne sont pas, à tout le moins d'un point de vue légal, responsables. Mais je pense sincèrement qu'un tel dialogue peut s'avérer fructueux non seulement pour la survie, sinon à court terme, à tout le moins à moyen et long terme, des autorités de régulation, mais aussi pour tous les objectifs démocratiques dont elles sont les garantes.

La régulation des médias n'est pas une évidence pour tous, d'autant que ceux qui pourraient en expliquer les tenants et aboutissants au grand public sont parfois mus par

d'autres logiques. Vous devez donc sans cesse expliquer, justifier, se justifier, faire comprendre ce que vous faites. Même si ce n'est pas écrit dans vos lois ou vos statuts, cette dimension pédagogique fait partie du rôle social qui sous-tend l'existence de toute autorité de régulation de l'audiovisuel. Ne pourrait-on espérer que, dans un terme pas trop éloigné, chacune de vos autorités se fixe des objectifs de transparence, de motivation de toutes ses décisions et d'information proactive, même quand elle n'a pas l'obligation de le faire? Et, plus concrètement encore, attendre de chacun d'entre vous que vous vous imposiez, avant même que le législateur ne le fasse peut-être, de répondre à toute demande qui vous est adressée, quelle que soit son origine, sa pertinence ou ses éventuelles arrière-pensées? Et, pour revenir sur les conclusions d'un des groupes de travail d'hier, de collaborer entre vous efficacement pour répondre utilement à ces demandes, pour éviter de renvoyer des plaignants déboussolés à un autre régulateur peut-être compétent, à les renvoyer au diable ou, pire encore – je plaisante, quoique... -, à les renvoyer à la Commission européenne? Au risque de paraître idéaliste, ou trop peu pragmatique, je le pense....

Ladies and gentlemen, Mrs. Chairman, being here in Tallinn, I wanted to quote Jaan Kross, the late great Estonian writer, many times nominee for the Nobel Prize of literature but who unfortunately left this world in December 2007. He didn't write a lot about accountability and transparency of regulatory authorities, and even about regulatory authorities. However, in his wonderful novel « Professor Martens' Departure », the story of a famous Estonian jurist of the 19th century dealing with international law for the Russian Tsar, Kross, quoting an imaginary book written by his character, writes « The place that a State occupies from a juridical and moral point of view isn't determined by the perfection of its military parades, by the outreach of its canons nor by the thickness of the armor of its battleships. The only relevant criteria to measure how a State is reliable and can be taken seriously lays in the reality, the extent and the intangibility of the possibilities given to the human being to realize himself. »

I really think that regulatory authorities of the media have an important part to play in this fight for the human being, and accountability towards those human beings, not as consumers of the media but as citizens, is therefore of the highest importance.