

# DÉPENDANCE OU INDÉPENDANCE DES AGENCES DE RÉGULATION BRÉSILIENNES ? UNE CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA LÉGITIMITÉ DES AGENCES DE RÉGULATION

**Tarcila Reis**

**E.N.A. | *Revue française d'administration publique***

**2012/3 - n° 143  
pages 803 à 816**

**ISSN 0152-7401**

Article disponible en ligne à l'adresse:

-----  
<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-3-page-803.htm>  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Reis Tarcila, « Dépendance ou indépendance des agences de régulation brésiliennes ? Une contribution à l'étude de la légitimité des agences de régulation »,  
*Revue française d'administration publique*, 2012/3 n° 143, p. 803-816. DOI : 10.3917/rfap.143.0803  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour E.N.A..

© E.N.A.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# DÉPENDANCE OU INDÉPENDANCE DES AGENCES DE RÉGULATION BRÉSILIENNES ? UNE CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA LÉGITIMITÉ DES AGENCES DE RÉGULATION

Tarcila REIS

*Avocate,  
Doctorante en droit public à Sciences-po Paris*

## Résumé

Le but de ce travail est d'expliquer le contenu et la dynamique des justifications du pouvoir exercé par les agences de régulation au Brésil. L'article suggère que les agences de régulation jouissent d'une double légitimité : l'une dérivée du pouvoir politique et l'autre propre aux agences. À partir d'études de cas, il montre que la prise des décisions au sein des agences peut conduire à la fois à des formes de confrontation et à des formes conformation à l'égard de la volonté exprimée par les autorités politiques. Il constate que la prévalence effective du pouvoir politique au détriment des décisions prises à l'initiative des agences révèle que ces dernières sont, en fait, dépendantes. Enfin, il avance que la double source de légitimité des agences leur fournit la possibilité, lorsque ces deux sources se combinent et trouvent un point d'équilibre, de jouir d'une « super légitimité ».

## Mots-clefs

Agences de régulation, légitimité, indépendance, gouvernement, Brésil

## Abstract

— *Dependence or independence of regulatory agencies in Brazil ? A contribution to the legitimacy study of the regulatory agencies — The goal of this work is to discuss the content and dynamics behind the justification of the exercise of power of regulatory agencies in Brazil. We will demonstrate that regulatory agencies enjoy a double legitimacy, based on the political power of the government and on the own characteristics of the agencies. Following this, by analyzing concrete cases, we will claim that the decision-making of regulatory agencies may imply confrontation and compatibility with the decisions taken by the political authorities. We point out that regulatory agencies may actually lack independence vis-à-vis the political power, given that in some cases the decisions of the government prevail over the decisions taken inside the agencies. Finally, we argue that the so called double legitimacy of the regulatory agencies provides them the opportunity, when both elements are present, to enjoy a “super legitimacy”.*

## Keywords

Regulatory agencies, legitimacy, independence, government, Brazil

La mise en place des agences de régulation<sup>1</sup> au Brésil fait partie d'un projet ambitieux de transformation de l'État, afin d'en faire un « État managérial » adapté à la globalisation économique. La notion d'État managérial a été conçue au Brésil au cours des années 1990 comme une tentative d'innovation institutionnelle destinée à combattre le fonctionnement précaire de la machine bureaucratique. Afin de parvenir à un État plus efficace, il apparaissait nécessaire de redéfinir son périmètre d'action : l'État renonçait à son rôle interventionniste dans les activités économiques pour se contenter de les réguler. De la sorte, l'État devenait l'équivalent d'un décideur stratégique, et abandonnait son rôle de levier du développement économique. Ensuite, en ce qui concerne l'adaptation à la globalisation économique, l'ouverture du marché brésilien apparaissait comme une solution pour compenser la crise économique comme ce fût le cas dans les années 1980<sup>2</sup>. Afin d'attirer davantage les investisseurs internationaux, il fallait assurer un contrôle du marché dans des domaines qui, en raison de leur complexité, étaient hors de la sphère de compétence des responsables politiques. Les agences semblaient alors une solution de compromis pour s'insérer dans la tendance à l'accroissement rapide des échanges mondiaux. Dans cette optique, une structure régulatrice solide est censée assurer le respect des règles et être protégée des éventuelles intempéries politiques.

L'initiative de soustraire certains domaines à la politique et d'adhérer au modèle d'État régulateur est, curieusement<sup>3</sup>, venue du pouvoir exécutif lui-même. Bien que le gouvernement du président Collor de Mello, par le biais du programme national de désétatisation de 1990, avait déjà montré une tendance à suivre le crédo néolibéral, ce fut le gouvernement du président Cardoso qui a promu les transformations juridiques les plus significatives. Afin de rendre la nouvelle organisation institutionnelle juridiquement viable, il dût surmonter la tension entre, d'une part, la Constitution fédérale de 1988, dont la nature interventionniste était issue du régime militaire, et, d'autre part, l'engouement pour la libéralisation économique. Plusieurs amendements à la Constitution ont été votés pour supprimer le monopole étatique dans certains domaines<sup>4</sup> et pour établir des agences de régulation sectorielles<sup>5</sup>. Les privatisations en sont le résultat. La doctrine brésilienne n'a pas manqué de souligner les problèmes soulevés par cette évolution : leur déficit démocratique, l'importation d'un modèle étranger, l'inconstitutionnalité de leur pouvoir normatif et la question de leur légitimité.

1. L'exactitude de l'expression « agences de régulation » – ou *agências reguladoras* en portugais – a été l'objet de nombreux débats. Nous faisons le choix d'utiliser l'expression « agences de régulation », au lieu de celle d'« autorités administratives indépendantes » parce que ces dernières, d'après les résultats qui seront démontrés dans ce travail, ne se révèlent pas toujours indépendantes.

2. À part la Colombie, c'est en effet au cours de cette décennie que les pays d'Amérique latine ont connu une grave crise économique, illustrée par une baisse de 10 % du revenu par habitant, une augmentation des taux d'inflation, une diminution des salaires réels, un effondrement des investissements et des transferts réels vers les pays créanciers nettement positifs. Bresser Pereira (Luiz Carlos), « Une nouvelle interprétation de l'Amérique latine : La crise de l'État », *Cahiers des Amériques Latines*, n°17, 1994, p.25.

3. Aux États-Unis, les « agences » ont été créées par l'initiative du pouvoir législatif par défiance à l'égard du pouvoir exécutif.

4. L'amendement n° 8 du 15 août 1995 a supprimé l'exclusivité étatique dans la prestation des services de télécommunications et a prévu la création d'un organisme régulateur du secteur. L'amendement n° 9 du 9 novembre 1995 a fait la même chose, mais avec des nuances concernant le secteur du pétrole. L'amendement n°5 du 15 août 1995 est relatif au gaz.

5. Parmi d'autres, l'ANATEL (l'Agence nationale des télécommunications) a été créée par la loi n° 9.472, du 16 juillet 1997 et réglementée par le décret n°2.338/1997 (loi LGT, loi générale des télécommunications). L'ANEEL (l'Agence nationale d'énergie électrique) a été créée par la loi 9427 du 26 novembre 1996 et l'ANTAQ (l'Agence Nationale des Transports sur l'eau) a été créée par la loi 10.233 du 5 juin 2001.

La question de la légitimité des agences est habituellement posée selon les termes suivants : est-ce que les agences de régulation sont légitimes, compte tenu de leur indépendance par rapport au pouvoir politique et qu'elles sont, par conséquent, indifférentes à l'égard des préférences de la population manifestées à travers le résultat des élections? La préoccupation centrale est l'inaptitude des théories politiques traditionnelles à justifier ces îlots de technocratie qui, certes, se situent au sein de l'administration, mais échappent au contrôle hiérarchique du président de la république en tant que chef de l'administration d'État. Dans cette optique, leur légitimité est remise en cause puisque leurs pouvoirs et les politiques régulatrices qu'elles mettent en œuvre n'ont fait l'objet d'aucune validation d'origine démocratique. Le problème de ce raisonnement est qu'il considère la légitimité des agences de régulation de manière, à la fois, univoque – car il envisage uniquement la légitimité démocratique – et statique – car il ne prend pas en compte les interactions entre les différentes sources possibles de légitimité.

Le but de ce travail est de mener une réflexion sur les facteurs de légitimation des agences de régulation et, à partir du cas brésilien, d'en dégager les éléments tangibles et objectifs. D'abord, nous démontrerons que les agences de régulation jouissent d'une légitimité double<sup>6</sup> : une légitimité dérivée du pouvoir politique démocratique, qui serait par conséquent subordonnée aux choix de ce dernier, et une légitimité propre aux agences, qui serait fondée sur les critères autres que ceux de la démocratie (critères d'impartialité, de performance et de participation des personnes concernées). Dans un deuxième temps, nous allons étudier la dynamique de la prise des décisions au sein des agences, processus auquel le pouvoir politique participe en utilisant des outils formels et informels pour influencer leur contenu. Cette dynamique peut entraîner aussi bien des attitudes de confrontation que de conformation à l'égard des exigences formulées par les autorités politiques. En troisième lieu, nous allons constater que la prévalence effective du pouvoir politique au détriment des décisions prises à l'initiative des agences brésiliennes place ces dernières dans une situation de dépendance.

## LE CONTENU DE LA DOUBLE LÉGITIMITÉ DES AGENCES

Nous soutenons que les agences de régulation bénéficient d'une double légitimité : une légitimité dérivée et une légitimité propre.

### La légitimité dérivée

Nous définissons la légitimité dérivée comme la légitimité tirée du pouvoir politique, laquelle procède elle-même, dans un cadre démocratique, du résultat des urnes. Il y a deux manières de saisir le contenu de la légitimité dérivée des agences de régulation : à travers son élément structurel, d'une part, et à travers son élément conjoncturel, de l'autre.

L'élément structurel de la légitimité dérivée est l'ensemble des compétences attribuées par la loi aux organes politiques pour qu'ils puissent imprimer leurs préférences sur l'organisation et le fonctionnement des agences.

6. L'expression « légitimité double » a d'abord été utilisée par Pierre Rosanvallon par rapport au régime démocratique : « À côté de la légitimité d'établissement – celle de la consécration par les urnes -, une deuxième appréhension de la légitimité démocratique a ainsi vu le jour : celle d'une identification à la généralité sociale ». Rosanvallon (Pierre), *La légitimité démocratique – impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Le Seuil, 2008, p. 14.

Quant à l'élément conjoncturel, il consiste dans le soutien politique de l'exécutif – dans le cas du Brésil, le président – au contenu des décisions prises par les agences dans une circonstance donnée. Les éléments structurel et conjoncturel de la légitimité dérivée reflètent l'idée selon laquelle, au Brésil, le président est le principal représentant de la volonté populaire, puisqu'il est élu par la population pour impulser une certaine orientation politique dans les activités du gouvernement. Sa légitimité découle de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution brésilienne, lequel consacre la démocratie représentative.

Aussi, lorsque les agences sont organisées et fonctionnent selon les préférences du gouvernement, elles jouissent d'une légitimation démocratique, en se conformant aux choix du pouvoir politique en la matière. Dans un tel cas de figure, la théorie de la démocratie représentative se vérifie puisque les activités de l'ensemble de l'administration suivent la logique du même choix politique. Mais alors que le facteur structurel de légitimation est durable et juridiquement garanti, le facteur conjoncturel de légitimation est, quant à lui, potentiel et précaire. En effet, le caractère pérenne du premier de ces deux types de légitimité n'empêche pas que les agences prennent ponctuellement des décisions contraires à la volonté de l'exécutif.

Les agences de régulation sont constamment conditionnées dans leur travail par le pouvoir politique. Leurs obligations vis-à-vis du gouvernement et les compétences légales dont ce dernier dispose pour intervenir dans leur fonctionnement remettent en cause la thèse selon laquelle les agences seraient complètement déconnectées de la sphère politique. Dans le cas du Brésil, le facteur structurel de la légitimation démocratique des agences est notamment perceptible dans le fait que le président de la république dispose de la compétence pour nommer les membres de leur conseil directeur<sup>7</sup>, lesquels doivent être ensuite approuvés par le sénat fédéral. Les acteurs du jeu politique, dont la légitimité est consacrée par le suffrage, sont ainsi chargés de la composition de l'agence. C'est ici une manifestation de ce que nous désignons comme le facteur structurel de leur légitimité dérivée. Autrement dit, la légitimation démocratique dans sa dimension structurelle.

En deuxième lieu, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont normalement compétents pour élaborer la politique nationale du secteur dans lequel opère l'agence. En effet, si une agence comme l'Agence nationale des télécommunications (ANATEL) dispose de la compétence d'élaborer « le plan général d'objectifs pour l'universalisation des télécommunications », il faut noter que ce plan doit être d'abord approuvé par le pouvoir exécutif. De plus, le président n'est ni lié par le contenu du plan proposé par l'Agence nationale des télécommunications, ni non plus assujéti à son initiative par l'Agence : si cette dernière ne présente pas de plan, le président pourra de toute façon exercer sa compétence et approuver un plan qu'il a lui-même élaboré<sup>8</sup>.

Une autre manifestation de l'élément structurel de légitimation démocratique (ou légitimité dérivée) des agences de régulation découle de leur obligation de rendre compte annuellement au gouvernement de toutes leurs activités. Ce qui est intéressant, dans le cas de l'Agence nationale des télécommunications, est la passation d'un contrat de gestion avec le pouvoir exécutif. Selon l'article 7, paragraphe 1, de la loi 9427/96, le contrat de gestion est l'instrument du contrôle des activités administratives de l'agence pour que le ministère des mines et de l'énergie puisse évaluer sa performance. Cette même agence

7. Par exemple, en ce qui concerne l'Agence nationale des transports sur l'eau (ANTAQ), cette compétence est attribuée dans l'article 88 de la loi 10.233 du 5 juin 2001. Quant à l'ANEEL, cette compétence du président de la république est prévue dans l'art. 5 de la loi 9-427 du 26 novembre 1996.

8. Binenbojm (Gustavo) et Rodrigues Cyrino (André), « Entre Política e Expertise : a Repartição de Competências entre o Governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações », *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n° 16, 2009, p. 1-25.

doit, en outre, montrer en quoi elle accomplit la politique nationale définie dans son secteur. Cet exemple démontre non seulement qu'il existe une obligation légale pour les agences de suivre la politique nationale décidée par le gouvernement, mais également que le pouvoir politique supervise périodiquement le respect de cette obligation.

En quatrième lieu, les agences doivent proposer aux ministères respectifs le plan général d'octroi des services exercés en régime de droit public et le plan général d'objectifs pour l'universalisation des services publics. Par exemple, la loi n° 11-518 de 2007 dispose que l'Agence nationale des transports fluviaux (ANTAQ) est tenue de proposer au ministère des transports le plan général d'octroi de l'exploitation de l'infrastructure fluviale, portuaire et lacustre.

De plus, il existe une exigence de concertation avec le pouvoir politique en ce qui concerne la réglementation interne des agences, ce qui contredit, là aussi, l'idée selon laquelle les agences seraient des institutions isolées de toute interaction avec le pouvoir exécutif. Par exemple, l'article 22, I, de la loi générale des télécommunications établit que le conseil directeur doit soumettre au président de la république les modifications réglementaires régissant l'Agence nationale des télécommunications.

Enfin, toujours en ce qui concerne cette Agence, le président a créé, par décret, le secrétariat des télécommunications au sein du ministère des télécommunications. Ce secrétariat est établi dans le but « d'orienter, de suivre et de fiscaliser les activités de l'Agence nationale des télécommunications »<sup>9</sup>.

La création de ce type de secrétariat est une manifestation claire du renforcement des facteurs structurels de légitimation démocratique de l'Agence nationale des télécommunications. Si les facteurs structurels de légitimation démocratique des pouvoirs d'une agence sont nécessaires, ils restent parfois insuffisants et peuvent être complétés par un facteur qui est, quant à lui, contingent.

Du point de vue du facteur conjoncturel de légitimation, la situation des agences se distingue de celle des ministères.

Dans le cas des ministères : non seulement il n'y a pas de séparation absolument nette entre le travail de la sphère politique et celui de la sphère bureaucratique<sup>10</sup>, mais surtout la concordance entre la position d'un ministre et celle du président est une exigence fondamentale de l'exercice de ses compétences. La légitimité des ministères dépend en effet essentiellement de la conformation de leurs décisions avec le pouvoir politique incarné par le chef de l'État.

Dans le cas des agences : le fait que les directeurs des agences jouissent de mandats non révocables rend ces derniers relativement imperméables aux ingérences politiques : les agences ne sont pas tenues d'accorder leur position avec celle du pouvoir. Aussi lorsque, de manière ponctuelle, les orientations des uns et des autres divergent, leur légitimité démocratique s'en trouve fragilisée car leur désaccord avec les positions du pouvoir politique leur fait perdre la légitimité conjoncturelle.

### La légitimité propre

La légitimité intrinsèque des agences recoupe les motifs mêmes qui ont présidés à leur création. Elles offrent des garanties d'indépendance et d'impartialité, de consultations des parties prenantes, et de performance.

9. Décret n°4.635/03.

10. Après tout, les ministres sont à la fois membre du corps politique et des superviseurs de l'administration fédérale, selon l'article 87, II, de la Constitution.

### L'impartialité

Le premier facteur d'impartialité découle du fait que les agences sont définies par les lois qui les établissent comme des *autarquias*<sup>11</sup> disposant d'un régime spécial : elles jouissent d'une indépendance administrative, exercent une fonction de régulation du secteur et sont liées à leur ministère respectif<sup>12</sup>. L'attribution de la nature d'*autarquia*<sup>13</sup> aux agences ne semble pas poser de difficultés parce que la notion d'*autarquia* n'est pas nouvelle : ses caractéristiques et sa place dans l'ordre juridique brésilien sont connues depuis longtemps, et leur légalité est bien assurée<sup>14</sup>. D'abord, comme l'a bien noté la Cour suprême<sup>15</sup>, l'attribution d'un régime spécial aux agences s'explique par le fait que le législateur a entendu souligner l'importance de leur indépendance, laquelle est constitutive de leur définition<sup>16</sup>. Comme la qualification d'*autarquia* n'implique pas, en elle-même, l'attribution d'un modèle unique d'indépendance pour l'ensemble des *autarquias*, ces dernières peuvent avoir des degrés d'indépendance variables. Les agences, en tant qu'*autarquias* de régime spécial, doivent nécessairement être indépendantes<sup>17</sup> en raison du fait qu'elles marquent la distinction établie entre l'entité qui fournit des services et celle qui les régule. L'État n'est plus le siège des deux activités, mais se place entre les deux types d'acteur en présence, à savoir les opérateurs et les usagers. La caractérisation de régulateur est donc particulière aux agences et ne se trouve pas dans les *autarquias* classiques.

Un autre facteur d'impartialité réside dans le respect, par les agences, des principes du droit administratif brésilien et caractéristiques de l'État de droit. Il s'agit principalement de l'obligation de motiver les décisions, et de les rendre publiques, de l'obligation de fournir des informations claires et accessibles et de rendre compte de leurs activités.

11. Une *autarquia* est une personne juridique de droit public, instituée pour exercer des activités administratives sous un régime de droit public, et créée par la loi, qui détermine le degré de son autonomie face à l'administration directe Justen Filho (Marçal), *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, Brasil, Dialética, 2002, p. 102. Nous pourrions proposer une analogie et affirmer que les *autarquias* correspondent aux établissements publics français. Cependant, faute d'une équivalence exacte, nous faisons le choix de ne pas le traduire.

12. Di Pietro soutient qu'il convient d'établir une distinction entre la tutelle administrative et la révision des actes émis par les agences. Il n'y aurait pas d'incohérence entre l'indépendance hiérarchique et le lien avec le ministère. Elle explique que, tandis que le lien avec le ministère donne lieu à une certaine tutelle ou contrôle administratif, les actes des agences de régulation ne peuvent pas être révisés ou altérés par le pouvoir exécutif. Zanella Di Pietro (Maria Sylvania), « Participação Popular na Administração Pública », *Revista Trimestral de Direito Público*, n° 1, 1993, p. 132.

13. L'article 8 de la loi générale des télécommunications est clair : l'ANATEL est soumise au régime d'*autarquia*. Dans le même sens, l'article 1° de la loi 9427 de 1996 définit l'ANEEL comme une *autarquia*.

14. Certains ont même soutenu que ce régime spécial avait un caractère *sui generis*. Une autre partie de la doctrine a contesté la justesse du caractère *sui generis* des agences de régulation, en considérant l'attribution d'un régime spécial comme un reflet négatif de l'influence de la globalisation et du néolibéralisme. Le porte-drapeau de courant doctrinal est le professeur Eros Grau : Grau (Eros Roberto), « Agências, essas repartições públicas », *Regulação e Desenvolvimento*, 2002, p. 25-28.

15. L'indépendance ne veut pas dire l'absence de contrôle institutionnel. Au contraire, le contrôle existant par les organismes étatiques traduit l'indépendance des agences parce qu'il démontre qu'elles sont, d'une certaine manière, détachées de la structure habituelle de l'État. Dans ce sens, voir la décision de la Cour suprême dans la décision de l'action directe d'inconstitutionnalité (ADIN) n°1668/DF.

16. Azevedo Marques Neto (Floriano), *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*, Brasil, Editeur Forum, 2005, p. 67.

17. Florian de Azevedo Marques Neto observe que l'indépendance concerne différents aspects : (i) l'indépendance par rapport aux agents régulés ; (ii) l'indépendance par rapport aux consommateurs ; (iii) l'indépendance par rapport au pouvoir politique ; (iv) l'indépendance organique ; (v) l'indépendance administrative. Azevedo Marques Neto (Floriano), *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*, Brasil, Editeur Forum, 2005, p. 73.

Par exemple, selon l'article 8 de la LGT, il n'est exigé aucune formalité pour pouvoir accéder aux documents du greffier de l'Agence nationale des télécommunications.

Enfin, les règles de fonctionnement des agences visent à garantir le principe constitutionnel d'égalité. Nous pouvons citer la prohibition temporaire de travailler dans le secteur après avoir été membre de l'organe régulateur. Cette interdiction est connue par le terme *quarentena* et vise à éviter la potentielle asymétrie d'information entre les opérateurs et les usagers. Toute personne ayant déjà été membre du conseil directeur a eu accès à des informations privilégiées et a construit un réseau d'influence. Elle aurait, dès lors, eu connaissance d'éléments, ce qui nuirait à une compétition équitable avec ceux qui n'auraient jamais travaillé à un tel poste. Ainsi, l'article 30 de la loi générale des télécommunications prévoit que, pendant la période d'un an après avoir quitté leurs postes, les anciens membres du conseil ne peuvent représenter aucune personne ni aucun intérêt devant l'Agence nationale des télécommunications.

### *La participation*<sup>18</sup>

La légitimité propre des agences tire son origine dans le fait que ces dernières sont un espace favorable pour promouvoir l'expression et assurer la synthèse de plusieurs intérêts (ceux des opérateurs et des usagers), ou du moins pour décoder ces intérêts. Les agences de régulation suivent une logique de concertation, et non d'imposition. Certes, les agences de régulation se consacrent à la recherche de l'intérêt public<sup>19</sup>, mais elles rompent avec le modèle selon lequel il y aurait un seul intérêt public, ou selon lequel celui-ci serait toujours l'intérêt de la majorité. Par conséquent, il peut y avoir un décalage entre le contenu des normes constitutionnelles ou législatives fédérales et celui des normes ou décisions prises par les agences. Celles-ci finissent par intégrer les intérêts des parties qui participent directement au processus.

Les trois formes les plus importantes de participation prévues par les lois constitutives des agences sont les consultations publiques, les audiences publiques et la procédure de dénonciation. Les consultations publiques sont directement liées à la compétence normative du conseil directeur. Avant l'édiction des actes normatifs, il est nécessaire que le conseil directeur octroie un délai minimal de dix jours pour que les administrés puissent donner leur avis. Une fois passé le délai, le conseil directeur doit évaluer les avis apportés par les administrés et motiver soit l'adoption soit le rejet de ces propositions. En outre, les audiences publiques prévues pour le règlement de différends entre agence et usagers ne relèvent pas de la compétence normative des agences. Par exemple, l'article 53 du règlement interne de l'Agence nationale des télécommunications prévoit la possibilité de participation des tiers aux affaires administratives. Enfin, les dénonciations sont une garantie prévue par l'article 3, XI de la loi générale de télécommunication, qui établit la

18. La constitution fédérale de 1998, appelée « constitution citoyenne », a prévu plusieurs instruments juridiques de participation sociale : droit à l'information, « *mandado de injunção* », « *ação popular* », « *habeas data* » et le principe de la publicité. De plus, l'amendement à la constitution n°19 de 1998 a introduit le §3 à l'article 37 pour établir que la loi doit prévoir des formes de participation de l'utilisateur dans l'administration publique.

19. Bacellar Filho affirme que les agences sont « les gardiennes de l'intérêt public ». Bacellar Filho (Romeu Felipe), « O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais : os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira », *Revista de Direito Administrativo*, 230, 2002, p. 161.

possibilité de se plaindre contre certains actes des opérateurs devant l'Agence nationale des télécommunications ou devant les organismes de protection des consommateurs.

Ces diverses formes de participation sont, en outre, de plus en plus utilisées dans la pratique : tandis qu'en 1997 nous comptons 3 participants par consultation, en 2001 la participation s'élevait à 2 736 contributions par consultation<sup>20</sup>. La participation devient donc une condition tangible du processus de prise de décision.

### *La performance*

La performance comprend deux éléments de justification du pouvoir des agences : l'efficacité<sup>21</sup> et l'expertise<sup>22</sup>. L'efficacité n'est pas seulement un souhait, c'est aussi un principe juridique<sup>23</sup> qui est prévu dans l'article 37 de la Constitution. De même, la loi générale des télécommunications mentionne plusieurs fois<sup>24</sup> l'« efficacité », en transformant celle-ci en condition primaire de la méthode de travail. En outre, le modèle d'État managérial en vigueur pousse les agences à promouvoir l'efficacité de leur fonctionnement<sup>25</sup>. Le fait de considérer les usagers comme étant de véritables consommateurs ou clients dont il faut identifier et satisfaire les attentes est devenu un objectif constant des agences de régulation<sup>26</sup>.

Une autre manifestation de la légitimité propre procurée par la recherche d'efficacité se manifeste dans les accords passés entre les agences et d'autres institutions. Par exemple, l'article 5, V, de la loi qui a créé l'Agence nationale des transports fluviaux, établit le besoin de coordination des activités de l'agence avec les ministères des transports, de la défense, de la justice et des villes. Dans la même veine, l'Agence nationale des télécommunications a signé le 4 août 2009 un accord avec le conseil national de justice, l'organisme de défense des consommateurs (PROCON du District Fédéral) et cinq opérateurs de service des télécommunications. Il s'agit d'une coopération technique dont la finalité est de réduire le nombre des recours adressés au pouvoir judiciaire. L'idée est de prévenir les litiges et d'essayer de les résoudre au niveau administratif. Il en résulte que, pendant la période comprise entre mai 2005 et avril 2009, l'Agence nationale des télécommunications a résolu 99,24 % (3,87 millions) des 3,9 millions de réclamations reçues et 72 % (2,83 millions) d'entre elles ont été traitées dans un délai maximal de cinq jours.

20. Todescan Lessa Mattos (Paulo), « Agência Reguladora e Democracia : Participação Publica e Desenvolvimento », in *Regulação e Desenvolvimento*, 2002.

21. Diogo de Figueiredo Moreira Neto souligne que la soumission à la bonne administration (la recherche de l'efficacité) est aussi importante pour l'Administration que la soumission à la légalité (la recherche d'un caractère effectif). Figueiredo Moreira Neto (Diogo), « Uma Nova Administração Publica », *Revista de Direito Administrativo*, 220, 2000, p. 181.

22. Une des raisons pour laquelle les agences de régulation sont les organes les plus adéquats pour recueillir des informations et procéder à des évaluations techniques est fondée sur la source de leur autorité. « Becoming authoritative, and being seen to be authoritative in their field, is an important aim for many. An independent central bank seeks credibility in financial markets ; a finance minister seeks re-election. » Vibert (Frank), *The Rise of the Unelected – Democracy and the New Separation of Powers*, op. cit., p. 43.

23. La classification qui oppose la légitimité par les fondements (« *input legitimacy* ») à la légitimité par les résultats (« *output legitimacy* ») a été créée par Goodin (Robert E.), *Reflexive Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.

24. À ce sujet on peut consulter les articles 46 ; 89, I ; 108, §3 de la loi générale des télécommunications.

25. Vibert (Frank), *The Rise of the Unelected – Democracy and the New Separation of Powers*, op. cit., p. 36.

26. La légitimité par l'efficacité est aussi fondée sur l'art. 6 de la loi n°8.078/90 (code de défense des consommateurs). L'interprétation de cet article indique que les usagers seraient considérés comme des consommateurs et bénéficieraient de la sorte de la protection fournie par le code.

L'expertise est l'autre grande justification des agences de régulation. Les agences ont été créées pour répondre au besoin de dissocier, dans certains domaines, la compétence des experts de celle des responsables politiques. L'indépendance face au pouvoir politique est expliquée par la tentative de protéger le traitement quotidien de certains secteurs de l'instabilité qui caractérise l'arène politique. L'expertise des agences représente un pouvoir présenté comme étant neutre, justifié par leur connaissance dans certains domaines techniques<sup>27</sup>. Les pouvoirs politiques ou judiciaires ne seraient pas préparés pour s'occuper des questions complexes de secteurs très spécialisés, comme par exemple ceux du pétrole ou de l'électricité. Il y a là une question de confiance concernant le savoir-faire des experts pour prendre des décisions techniques.

## LA DYNAMIQUE DE DOUBLE LÉGITIMITÉ DES AGENCES

Une étude de cas permettra de mettre en lumière la dynamique qui anime la double légitimité des agences de régulation. Deux types d'interaction entre la légitimité dérivée et la légitimité propre seront identifiés : la confrontation et l'adéquation.

### La confrontation

Un phénomène de confrontation peut être constaté entre ces deux types de légitimité lorsqu'on assiste à la prévalence d'un élément de justification du pouvoir des agences au détriment des autres : soit la légitimité dérivée prend le pas sur la légitimité propre et c'est la notion d'indépendance qui est remise en cause ; soit l'inverse se produit et c'est l'insuffisance de légitimation démocratique qui est stigmatisée.

Comme nous l'avons expliqué précédemment, les agences de régulation ont été créées au Brésil sous le gouvernement du président Cardoso (1995-2002), dans le cadre de la réforme de l'État des années 1990. Ainsi, depuis leur création, les agences ne fonctionnaient que sous l'autorité de directeurs qui avaient été nommés par le président de la république alors en exercice. Cependant, lorsque le président Lula da Silva a été élu en octobre 2002, les agences ont dû se soumettre, pour la première fois, à un changement d'orientation politique, le mandat du président de la république ne coïncidant pas avec celui des directeurs des agences déjà en fonction. Aussi, le président Lula a-t-il dû attendre la fin des mandats des actuels directeurs des agences pour pouvoir nommer les suivants.

#### *Le cas de révision des tarifs par l'Agence nationale des télécommunications*

En janvier 2003, le président Lula da Silva nommait un nouveau ministre des télécommunications, M. Miro Teixeira. En juin 2003, des divergences sont apparues avec

27. La capacité technique des agences débouche sur la question de l'étendue et de la possibilité même du contrôle que le juge peut exercer à leur égard. Par exemple, entre les années 1986 et 1987, la cour suprême américaine a approuvé 70 % des décisions des agences. Barbosa Gomes (Joaquim), « Agências Reguladoras : A 'Metamorfose' do Estado e da Democracia - Uma reflexão de Direito Constitucional, in *Agências Reguladoras e Democracia*, 2006, p. 35. En revanche, au Brésil, la possibilité de recourir au pouvoir judiciaire est toujours garantie, étant donné le principe constitutionnel institué par l'article 5, XXXV.

le président de l'Agence nationale des télécommunications, M. Schymura de Oliveira, relatives à la hausse du prix des tarifs. Celui-ci voulait poursuivre la révision planifiée à l'époque du gouvernement Cardoso, tandis que le ministre des télécommunications considérait cette mesure comme étant impopulaire et incompatible avec le projet politique du nouveau gouvernement<sup>28</sup>.

Malgré ces tensions avec le ministère des télécommunications, l'Agence nationale des télécommunications a poursuivi le réajustement prévu par le gouvernement précédent. La presse a qualifié le comportement de l'Agence de « désobéissant<sup>29</sup> » et le ministère des télécommunications a incité les usagers<sup>30</sup> à recourir au pouvoir judiciaire contre la hausse des tarifs. Parallèlement, le parquet de Brasília a introduit un recours pour suspendre la décision de révision des prix. Le juge fédéral de Brasília a donné raison au ministère public et a suspendu la révision tarifaire. Subséquemment, les entreprises de téléphonie ont interjeté un appel auprès de la Cour suprême de justice contre cette décision, en arguant que la révision avait été établie à l'époque de la passation des contrats de concession et que sa suspension violerait le principe de sécurité juridique. En 2004, la Cour suprême de justice a réformé le jugement rendu en première instance et tranché en faveur de modification du tarif<sup>31</sup>.

Dans cet exemple la décision prise par l'Agence a pleinement bénéficié d'une légitimité propre, mais sa légitimité dérivée demeurait, quant à elle, partielle. En effet, le gouvernement n'a pas pu atteindre ses objectifs de suspendre la révision des tarifs ni à travers les outils informels, ni à travers ceux formellement prévus par la loi. Ainsi, ni la pression politique du ministre des télécommunications, ni l'utilisation de la voie juridictionnelle n'ont été capables de suspendre la révision des tarifs, établie par l'Agence nationale des télécommunications.

### *Le cas de l'introduction d'un tarif supplémentaire par l'Agence nationale des transports fluviaux*

En juin 2003, l'Agence nationale des transports fluviaux (ANTAQ), sur la base d'une étude technique, s'est positionnée contre une demande formulée par un prestataire de services portuaires, TECON-Salvador-S/A<sup>32</sup>. Cette entreprise avait demandé l'ajout d'un tarif supplémentaire pour qu'elle puisse effectuer la séparation des containers (THC2) dans le port de l'État fédéré de Bahia. L'Agence nationale des transports maritimes a rejeté la demande au motif que le coût supplémentaire du transport des containers était déjà inclus dans le contrat de prestation de services.

TECON-Salvador-S/A a demandé sans succès que la décision de l'Agence nationale des transports maritimes soit reconsidérée mais le conseil directeur de l'Agence a réaffirmé son opposition au tarif supplémentaire. Celle-ci a ensuite renvoyé le dossier à l'autorité de la concurrence brésilienne, le Conseil administratif de défense de la concurrence, pour qu'il puisse vérifier si l'introduction d'un tel tarif supplémentaire constituerait, ou

28. En revanche, le ministre de l'économie et celui de l'intérieur, qui ont été eux aussi nommés par le président Lula, déclaraient leur soutien au président de l'ANATEL, en arguant le besoin d'une certaine continuité de régulation du secteur stratégique pour que le Brésil soit considéré comme un pays stable à l'égard des investisseurs étrangers.

29. *Correio Braziliense*, Decisão Elogiada, 28/06/2003.

30. Par exemple, l'association des consommateurs a allégué l'abus de la révision des tarifs prétendue par l'ANATEL.

31. Décision n° 45.297 – DF (2004/0097935-0).

32. TECON Salvador S/A est un prestataire de services portuaires.

non, une infraction à l'égard de la réglementation économique. Après avoir considéré la question, ce dernier a ratifié la décision de l'Agence nationale des transports maritimes s'opposant au tarif supplémentaire.

Par la suite, TECON-Salvador-S/A s'est alors tourné vers le ministère des transports, auquel l'Agence nationale des transports maritimes est liée, pour lui demander de revenir sur la décision de cette dernière ; ce que le ministère a fait en annulant la décision de l'Agence. Cette dernière a alors soulevé l'objection selon laquelle ses décisions ne sont pas soumises aux recours administratifs<sup>33</sup> : il n'y aurait donc pas selon elle, d'organisme administratif supérieur qui serait compétent pour procéder à la révision de ses décisions.

Afin d'atténuer la tension entre l'Agence nationale des transports maritimes et le ministère des transports, l'*Advocia Geral da União* – qui est l'institution chargée de la représentation juridique du pouvoir exécutif – a été consulté. En janvier 2006, il a tranché en faveur de la possibilité d'introduire, contre les décisions des agences de régulation, un recours hiérarchique dit « impropre »<sup>34</sup>, au motif que l'autonomie des agences se limite à leurs compétences spécifiques et ne peut pas aller à l'encontre de la politique de régulation élaborée par le gouvernement. Selon l'*Advocia Geral da União*, les ministères auxquels les agences sont liées peuvent réviser les décisions de ces dernières, quand bien même elles disposent d'une personnalité morale distincte de celle des ministères, jouissent de l'autonomie prévue par la loi et font partie de l'administration indirecte. Cette prérogative serait fondée sur le pouvoir de supervision ministérielle<sup>35</sup>, le droit de pétition<sup>36</sup> et l'impossibilité des agences de s'écarter de l'orientation des politiques publiques de l'administration centrale<sup>37</sup>. Ainsi, l'autonomie des agences serait limitée par la nécessité d'établir une logique d'ensemble avec les actions du gouvernement.

De plus, l'avis de l'*Advocia Geral da União* a reçu l'approbation par le président Lula en juin 2006, ce qui a eu pour conséquence d'obliger l'administration fédérale et ses organismes à obéir à son contenu<sup>38</sup>, en application de l'article 40, §1 de la loi complémentaire n° 73/93. Ainsi, l'avis en question est désormais un acte normatif de portée générale s'appliquant à toutes les questions qui concernent les rapports entre les agences de régulation et les ministères « superviseurs ».

### La compatibilité

La combinaison de la légitimité dérivée et de la légitimité propre est le troisième type d'effet possible de la dynamique qui se noue entre ces deux composantes de la légitimité des agences de régulation. La compatibilité est constatée quand les agences

33. La structure judiciaire brésilienne est composée d'une juridiction unique. Il n'y a pas de juridiction administrative, contrairement à ce qui existe en France.

34. Le « recours hiérarchique impropre » est ainsi appelé parce qu'il attribue le pouvoir de révision d'une décision administrative à un organisme qui n'est pas hiérarchiquement supérieur à celui qui a pris la décision. En conséquence, il n'y a pas de lien hiérarchique entre l'organisme qui révisé la décision et celui qui la prend. C'est un recours qui découle d'une construction de la doctrine brésilienne et comporte une certaine analogie avec le « recours hiérarchique » classique expressément prévu par la loi.

35. Le pouvoir de supervision ministérielle est prévu dans l'art. 87, paragraphe unique, I de la constitution.

36. Ce droit de pétition est prévu dans l'article 5° XXXIV de la constitution fédérale.

37. Cf. L'article 5° XXXIV de la constitution et le décret-loi n° 200/67.

38. En portugais, « O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento », art. 40, § 1°. Loi Complémentaire n° 73/1993.

jouissent à la fois de la légitimité dérivée et de la légitimité propre. Quand la légitimité propre ne met pas à mal la coordination avec le pouvoir politique, et que la légitimité dérivée ne menace pas l'autonomie inhérente au fonctionnement de l'agence, l'État, bien que polycentrique, retrouve sa logique d'ensemble. Il faut noter, pourtant, qu'il existe deux types de compatibilité. Premièrement, il peut exister une concordance non concertée entre les orientations prises par les agences et celles du pouvoir politique. Dans ce cas, la dynamique de convergence de ces deux formes de légitimité aboutit à une sorte de « super légitimité ». Deuxièmement, la compatibilité peut résulter d'une concertation et de la négociation d'une position de compromis entre l'agence et le pouvoir politique afin d'harmoniser leurs points de vue. Nous verrons notamment que le dialogue politique, l'intervention du juge et du législateur fonctionnent comme des outils pour atteindre l'équilibre entre les deux types de légitimité.

### *Le cas de révision de tarifs par l'Agence nationale d'énergie électrique*

En janvier 2003, la polémique sur le réajustement des tarifs concernait également le secteur de l'énergie électrique. Le président de l'Agence nationale d'énergie électrique (ANEEL) prétendait, là aussi, poursuivre le plan de régulation initié par le gouvernement antérieur, alors que le gouvernement du président Lula n'était pas d'accord avec les termes d'un tel réajustement des tarifs.

Le gouvernement du président Lula a proposé trois mesures pour empêcher le réajustement de tarifs : (1) imposer un plafond de 30 % pour l'augmentation des tarifs ; (2) ralentir la réduction de subsides dont bénéficiait le secteur industriel et (3) décaler d'un an le report du coût de la dévalorisation monétaire de l'énergie fournie par Itaipu<sup>39</sup> sur les tarifs<sup>40</sup>. Contrairement à la position prise par l'Agence nationale des télécommunications (qui souhaitait maintenir le projet de révision des tarifs envisagé par le gouvernement antérieur), l'Agence nationale d'énergie électrique a composé avec le gouvernement et a conclu un accord mettant en place un réajustement tarifaire inférieur à celui prévu par le gouvernement précédent, en prenant en considération les propositions du gouvernement en place. La décision de l'Agence nationale d'énergie électrique a été présentée par la presse selon deux perspectives différentes : comme une ingérence gouvernementale au sein des prérogatives de l'Agence et comme une coordination entre de la politique mise en œuvre par l'agence et celle menée par le pouvoir politique. Dans cette affaire, il n'y a pas eu de recours au pouvoir judiciaire, comme ce fut le cas pour la modification des tarifs de télécommunications. Par conséquent, la révision des tarifs de l'Agence nationale d'énergie électrique a été décidée uniquement au niveau politique.

L'Agence nationale d'énergie électrique n'a ni suivi le plan de révision du gouvernement précédent, ni cédé face aux propositions du gouvernement actuel. Les concessions faites par les agences ne signifient pas nécessairement que celles-ci soient soumises aux ordres du pouvoir politique, mais révèlent la perspective pragmatique des choix effectués par leurs directeurs. Cette prise de décision est ainsi effectuée en prenant en compte le fait que, d'une part, la technicité est une variable indispensable pour définir le réajustement des tarifs, et que, d'autre part, une décision technique qui ne prend pas en compte

39. « Itaipu Binational » est la plus grande usine hydroélectrique du monde, située sur la rivière « Paraná » et dirigée en commun par les gouvernements du Paraguay et du Brésil.

40. Mota Prado (Mariana), « Accountability Mismatch : As Agências Reguladoras Independentes e o Governo Lula », in *Agências Reguladoras e Democracia*, 2006, p. 242.

la volonté politique risque de produire des résultats concrets inefficaces par manque de soutien, ce qui compromettrait également la légitimité des agences.

*La réforme législative de 2004 ou la mise au pas des agences*

À la suite des tensions entre le gouvernement et les agences, le président Lula a soumis au congrès national le projet de loi n°3.337/2004<sup>41</sup> qui propose des modifications importantes du régime juridique appliqué aux agences. Afin de justifier un tel projet, le gouvernement a soutenu que les agences jouissent de prérogatives trop importantes, et sont soumises à un contrôle insuffisant.

Premièrement, le projet établit la consultation publique comme phase obligatoire de la procédure de prise de décision relative aux actes normatifs des agences, et encourage les audiences publiques et d'autres formes de participation<sup>42</sup>. De plus, les agences seront désormais obligées de fournir un compte-rendu annuel de leurs activités, en mettant en évidence leur contribution à la mise en œuvre de la politique élaborée par les pouvoirs exécutif et législatif<sup>43</sup>. En troisième lieu, les agences devront passer un « contrat de gestion »<sup>44</sup> avec les ministères auxquels elles sont liées. Ces contrats de gestion devront permettre d'« accroître la surveillance de la performance des agences, ce qui promeut plus de transparence et de contrôle social » ; ils visent à « améliorer les relations de coopération entre l'agence de régulation et les pouvoirs publics, en particulier en ce qui concerne l'accomplissement des politiques publiques définies par la loi ». En outre, chaque agence bénéficiera dorénavant de la présence d'un médiateur (*ombudsman*) qui sera désigné par le président de la république pour veiller à la qualité de la prestation des services. Enfin, le projet transfère deux compétences des agences aux ministères, afin d'établir une démarcation plus nette entre l'élaboration des politiques publiques et la régulation économique. Depuis leur création, les agences étaient compétentes pour l'octroi de services publics du secteur ainsi que pour établir les conditions du contrat de concession, ce qui révélait leur rôle stratégique dans l'élaboration et la mise en place de politiques publiques dans le secteur des infrastructures. À travers cette redistribution des compétences au bénéfice des ministères, le projet de loi transmet le message selon lequel il est nécessaire de limiter la participation des agences à la définition des directives pour chaque secteur spécifique<sup>45</sup>.

\*

\* \*

Ce travail avait comme point de départ la critique de l'insuffisance de la théorie démocratique représentative et de la perspective à la fois univoque et statique de la notion de légitimité qui la sous-tend si on souhaite comprendre la nouvelle configuration fragmentaire de l'État. Nous avons proposé, à travers une étude de cas, une approche plurielle

41. <http://www.legiscenter.com.br>.

42. Le chapitre 1 du projet de loi se concentre sur la prise de décisions des agences.

43. Article 8° du projet de loi.

44. La section 2 du projet de loi est relative au contenu, aux objectifs et aux conditions de passation du contrat de gestion.

45. Pereira Neto (Caio Mario S.) et Correa (Paulo), « Delegação de funções para agências reguladoras independentes : mudanças propostas pelo Projeto de Lei n. 3.337/04 », in *Agências Reguladoras e Democracia*, 2006, p. 204.

et dynamique pour saisir les éléments qui justifient l'exercice du pouvoir des agences : celles-ci jouissent d'une double légitimité, et non de deux légitimités alternatives.

D'une part, la justification de l'exercice du pouvoir des agences peut se fonder soit sur le pouvoir politique qui est démocratique (légitimité dérivée), soit sur leurs caractéristiques intrinsèques (légitimité propre). D'autre part, les décisions des agences peuvent dans certains cas de figure jouir en même temps des deux types de légitimité, ce qui les rend « super légitimes », mais il est, pour cela, nécessaire que les différents facteurs de légitimité trouvent un point d'équilibre. Si cet équilibre n'est pas atteint, deux situations peuvent alors se présenter : ou bien la légitimité dérivée prend le pas sur la légitimité propre ou bien c'est l'inverse. Dans le premier cas, nous constatons que les agences de régulation sont des autorités administratives qui ne sont pas toujours indépendantes. Dans le second cas, le risque est d'avoir des organes qui, en prétendant agir en fonction d'impératifs techniques, ne font rien d'autre que d'user d'un pouvoir discrétionnaire sur des questions éminemment politiques. Cependant, il n'y a pas de critères définitifs pour obtenir cet équilibre parce que, de fait, cette légitimité n'est jamais acquise de manière définitive.