THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 01 – Fevereiro de 2013

LA PARTICIPATION ET LA COMPOSITION DE CONFLITS DANS LE CADRE DES AGENCES REGULATRICES INDEPENDANTES: LE CAS BRESILIEN

Alexandre Santos de Aragão
Professeur au Master (Mestrado) de la Faculté de Droit de l'Université Candido Mendes. Professeur au troisième cycle de droit public de l'Université de l'Etat de Rio de Janeiro – UERJ. Conseiller Juridique (Procurador) de l'Etat de Rio de Janeiro et Avocat à Rio de Janeiro.

LES OBJECTIFS DE L'ETUDE

L'objectif de cette étude est d'analyser comment se déroulent la participation et la composition de conflits dans le cadre des agences régulatrices indépendantes brésiliennes. Bien qu'il s'agisse d'éventualités prévues et même incitées par le droit positif, elles n'ont pas acquis une portée pratique à la hauteur.

Initialement, nous aborderons les aspects généraux des agences, en les situant dans le droit positif brésilien, en précisant leurs principales caractéristiques et en traçant certains parallèles avec le droit comparé, avec le droit français en particulier.

Ensuite, dans une seconde partie, nous envisagerons les problèmes liés à leur déficit de légitimité démocratique pour lesquels la composition de conflits et la participation sont les principales réponses choisies par le Législateur pour y suppléer.

I – ASPECTS GENERAUX

I.1 – Origines et caractéristiques

Au Brésil, les agences régulatrices sont considérées comme une institution nouvelle du droit public, apparue seulement à partir des années quatre-vingt-dix. Toutefois, cette affirmation, si elle n'est pas fausse, n'est pas entièrement véridique. Si, d'un côté, la division de l'Administration en plus d'un centre de pouvoir est un phénomène beaucoup plus large que celui du surgissement des récentes agences régulatrices, il ne faut pas pour autant mépriser leur importance, surtout dans le

contexte de désétatisation et de déréglementation dans lequel leur apparition s'inscrit.

Les agences régulatrices sont des institutions qui sont apparues au Brésil pendant le processus de désétatisation mené par le Gouvernement de huit ans qui s'est achevé à la fin de 2002. Initialement circonscrites au secteur des services et des monopoles publics, à l'époque récemment ouvert à l'initiative privée par l'intermédiaire de concessions, permissions et autorisations publiques qui étaient délivrées aux particuliers, elles furent dans un deuxième temps également employées pour réguler certaines activités économiques privées, qui ont été considérées par le Législateur d'une importance spéciale pour la collectivité. C'est ainsi qu'au niveau fédéral nous avons aujourd'hui dans le premier groupe l'Agence Nationale de l'Energie Electrique – ANEEL (loi n° 9.427 de 1996), l'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL (loi n° 9.472 de 1997), l'Agence Nationale du Pétrole – ANP (loi n° 9.478 de 1997), l'Agence Nationale des Eaux – ANA (loi n° 9.433/97), l'Agence Nationale des Transports Terrestres – ANTT (loi n° 10.233 de 2001) et l'Agence Nationale des Transports Aquatiques – ANTAQ (Loi n° 10.233 de 2001) ; et dans le second groupe l'Agence Nationale de Vigilance Sanitaire – ANVISA (loi n° 9782 de 1999), l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire – ANS (loi n ° 9.961 de 2000) et l'Agence Nationale du Cinéma – ANCINE (Décret-loi [Medida Provisória] n.° 2.219 de 2001).

Dans ce nouveau contexte, un certain nombre d'institutions et d'attributions administratives, toujours présents dans le Droit, sont alors soumises à une relecture nécessaire pour les actualiser par rapport aux plus modernes lois de régulation de l'économie, dont l'implantation incombe en grande partie aux agences régulatrices indépendantes qu'elles ont instituées.

Ainsi, un des plus importants motifs à l'origine de la richesse théorique et pratique de l'étude des agences régulatrices indépendantes au Brésil provient du fait qu'il impose, sous l'angle de notre conjoncture actuelle, la reprise de vieilles polémiques, une nouvelle vision d'institutions classiques et la prise de connaissance de phénomènes normatifs en voie de consolidation.

Quant à leur structure administrative, les agences régulatrices indépendantes représentent une nouveauté au Brésil plus par l'effet de l'obstacle jurisprudentiel naguère opposé par le Suprême Tribunal Fédéral – STF que par un supposé rejet du modèle par le Législateur.

En effet, depuis quelques décennies, un certain nombre d'établissements publics[1] à régime spécial a été institué par la voie législative, pour lesquels la loi avait restreint le pouvoir du chef du Pouvoir Exécutif de destituer les dirigeants, en prévoyant l'attribution d'un mandat à leur profit. Toutefois, le Suprême Tribunal Fédéral – STF avait considéré inconstitutionnel ce renfort d'autonomie en violation du pouvoir de direction que détient le Président de la République sur l'Administration. Ce parti pris de la jurisprudence fut consolidé par l'Enoncé n° 25 du Suprême Tribunal Fédéral – STF qui déclare que : *« La nomination à terme n'empêche pas la libre destitution par le Président de la République du détenteur de la fonction de direction d'établissement public »*. Ce n'est que récemment, lors du jugement d'une demande incidente intervenu au cours de l'action de déclaration d'inconstitutionnalité ADIN n° 1949-0, que le Tribunal revint sur son précédent.

De cette façon, nous pouvons observer que, dans le strict domaine de l'organisation administrative, la nouveauté la plus significative que les agences

[1] Institution du droit administratif français la plus proche de celle des *autarquias* du droit administratif brésilien.

régulatrices indépendantes aient apporté à notre droit, après que le Suprême Tribunal Fédéral – STF ait pris cette décision historique, est l'autonomie dont elles jouissent, assurée principalement (et nous suivons ici le droit comparé) par la prohibition de destitution *ad nutum* de leurs dirigeants (**autonomie organique**) et par l'absence d'ingérence hiérarchique de l'Etat (des ministres d'Etat et du propre Président de la République) sur leurs actes à valeur décisionnelle (**autonomie fonctionnelle**). Par exemple, le surnommé « recours hiérarchique impropre » qui permet au Ministre de révoquer ou d'annuler les décisions des établissements publics qui se trouvent sous sa tutelle est, en l'espèce, inapplicable.

Ainsi, à partir des éléments du terme utilisé – « agence », « régulatrice » et « indépendante » - nous pouvons affirmer que la différence substantielle de celle-ci par rapport à un certain nombre d'entités qui existent depuis longtemps repose sur son indépendance, mais ressort aussi de l'exercice de compétences régulatrices. Seule la conjugaison de ces deux éléments caractérise une entité comme une « agence régulatrice indépendante ».

Une association qui se fait couramment est celle du modèle structurel des agences régulatrices indépendantes avec un modèle étatique à tendance absentéiste[2]. A notre avis, les agences régulatrices indépendantes constituent un modèle d'organisation qui peut-être utilisé par divers modèles politiques étatiques. De plus, nous ne pouvons ignorer que sa dénomination même dénote une activité régulatrice de l'Etat sur certains secteurs de l'économie – il serait un contresens d'attribuer aux agences régulatrices une fonction qui serait manifestement dérégulatrice.

L'association, que nous estimons erronée, entre « agence régulatrice » et « absentéisme étatique » peut sembler raisonnable, puisqu'en réalité les agences sont apparues au Brésil dans une conjoncture ***(a)*** de transfert à l'initiative privée d'un certain nombre de services publics qui, une fois privatisés, ne pouvaient demeurer sans régulation[3], et ***(b)*** de réglementation de l'exécution de ces services selon un régime juridique jusqu'alors inédit dans notre droit positif, qui s'apparentait, d'une certaine manière, à un régime concurrentiel et, par conséquent, moins fortement régulé.

Il faut aussi remarquer que, lors de la désétatisation, la création des agences régulatrices naquit en grande partie des suggestions, parfois assez contraignantes, des investisseurs étrangers intéressés à la privatisation et des institutions multilatérales qui ont financé le processus respective.[4]

---

[2] Cette attitude qui nous semble plus idéologique que juridique est exprimée notamment par Ricardo L. Camargo, *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

[3] Certains estiment que les agences régulatrices ont été crées pour que les services privatisés ne restassent pas sans régulation. L'affirmation est correcte, mais, en toute rigueur, rien n'empêchait que cette régulation fût exercée aussi bien par des agences indépendantes comme par des organismes ou des entités administratives reliés à la structure hiérarchique du Pouvoir Exécutif.

[4] La Banque Mondiale, dans un rapport sur la privatisation du secteur électrique, pose la condition suivante : *« Une condition pour un prêt quelconque dans le secteur électrique sera un mouvement explicite du pays vers l'établissement d'un cadre juridique et de procédures régulatrices satisfaisantes pour la Banque. A cette fin, en combinaison avec d'autres initiatives dans le domaine économique, la Banque exigera des pays l'établissement de procédures de régulation transparentes qui soient indubitablement indépendantes vis à vis des fournisseurs d'énergie et qui empêchent l'ingérence gouvernementale sur les opérations quotidiennes de l'entreprise*. » (WORLD BANK, *The World Bank's Role in the Electric Power Sector*, Washington, The World Bank, 1993, p. 14 *in* Fernando Herren Aguilar, *O Controle Social dos Serviços Públicos*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 234 et 235). En ce sens, les témoignages des juristes qui ont participé activement à la création des premières

Nous admettons par-là que les agences régulatrices furent, dans un premier temps, adoptées au Brésil en raison de la désétatisation des services publics, ce qui ne signifie nullement qu'elles sont par excellence un instrument de dérégulation ou de désétatisation.

Découlées quelques années après la création des premières agences régulatrices, il ressort que l'emploi de ce modèle d'organisation relève moins du domaine spécifique de la régulation des services publics privatisés que de la régulation d'une manière générale des activités qui sont spécialement importantes pour la collectivité, en particulier celles qui peuvent ébranler facilement l'opinion publique[5] (parmi lesquelles sont inclus les services publics) et dont les intérêts en jeu sont puissants, multiples et contradictoires.

L'apparition des agences régulatrices au Brésil constitue, donc, un phénomène beaucoup plus profond que leur utilisation épisodique pour augmenter ou diminuer l'intervention de l'Etat dans l'économie. D'après l'opinion de LUCIANO PAREJO ALFONSO, exprimée dans une analyse parfaitement applicable à notre réalité, ces entités munies d'une authentique autonomie ne sont pas « *un substitut de la supposée objectivité dégradée de l'Administration classique. Bien au contraire, elles sont une continuation, par d'autres moyens, de la même et unique objectivité administrative, là et seulement là où la progressive complexité de l'actuelle société – dont l'Etat, qualifié dans notre cas d'Etat social, est aujourd'hui le responsable universel de l'aménagement – a conduit le système ordinaire de pouvoirs-sources à un point extrême au-delà duquel il devient incapable de gérer de façon satisfaisante la rationalité juridique nécessaire pour soutenir, avec objectivité, le processus d'accomplissement de l'intérêt général, propre à l'Administration traditionnelle ou classique. On est ainsi face à une manifestation spécifique du point de rupture d'un système général devant l'émergence et le développement, à son intérieur, d'un sous système différencié, dont l'absorption – selon les mots de Garcia Pelayo – serait impossible à partir de la rationalité globale propre au premier système. L'attention et l'incorporation du mentionné sous-système sont impératives pour la récupération de la cohésion du système dans un nouvel équilibre* ».[6]

I.2 – Nature Institutionnelle

---

agences régulatrices brésiliennes sont significatifs. Voir, par exemple, la conférence de Sérgio Nelson Mannheimer, *Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ*, prononcée lors du Symposium sur le Droit de la Régulation réalisé en juillet 2001 sous les auspices du Cabinet des conseillers juridiques de l'Etat de Rio de Janeiro, de l'Institut des Avocats Brésiliens – IAB et de l'Université Candido Mendes. Voir aussi la conférence de Carlos Ari Sundfeld, *Les origines de l'Agence Nationale de Télécommunications – ANATEL*, prononcée lors du Séminaire International de Droit – Droit de la Régulation, réalisé à São Paulo en octobre 2000 sous les auspices de la Fondation Armando Alvares Penteado – FAAP. Un des plus grands soucis des investisseurs concernait la manipulation politique de la valeur des tarifs des services publics privatisés. Voir à propos de cette appréhension qui a existé dans tous les pays qui ont mené des privatisations, G. A. ORTIZ, *Princípios de Derecho Público Económico*, Ed.Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 582 et 583.

[5] Par exemple, il ne faut pas oublier que l'Agence Nationale de Vigilance Sanitaire – ANVISA fut instituée à la suite du scandale provoqué par la vente de médicaments falsifiés. De même, l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire – ANS fut instituée à la suite des nombreuses protestations parues dans la presse et de l'insatisfaction générale exprimée par l'opinion publique à l'égard des agissements des entreprises gestionnaires d'assurances maladies.

[6] L. P. Alfonso, préface à l'œuvre de Andrés Betancour Rodriguez, *Las Administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 17.

On parle actuellement beaucoup du cas de « l'agence » comme un instrument au service de la modernisation de l'Administration. Toutefois, le terme en lui-même est vide de contenu et la simple dénomination d'un organe ou d'une institution comme telle, sans qu'elle soit accompagnée du régime juridique qui lui assure une autonomie effective, ne témoigne pas à lui seul de son originalité.

On pourrait dire que la qualification d'un organe comme une « agence », en raison même de son origine étymologique (du mot latin *agentia* qui signifie direction, conduction, incitation) signale la particularité de ses fonctions et/ou son indépendance fonctionnelle. Nous ne nous opposons pas à cette opinion, mais nous estimons que les normes qui établissent les fonctions spécifiques et/ou l'autonomie de l'organe sont plus importantes que sa seule dénomination.

MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO[7] estime, sur un ton critique, que « *le vocable 'agence' est l'une des vogues introduites dans le droit brésilien par l'effet du mouvement de globalisation. Il fut importé du droit nord-américain, où il possède une signification plus large qui embrasse toute autorité du Gouvernement des Etats-Unis, à l'exclusion du Congrès et des Tribunaux, qu'elle soit soumise ou non au contrôle d'une autre agence* ».

Dans le droit français, on relève également le vide existant dans le concept d'agence, qui cherche simplement à mettre en relief la nécessité d'accroître l'efficience par le fléchissement des contrôles hiérarchiques. JEAN RIVERO[8], par exemple, affirme qu' « *après 1919 apparaît la préoccupation d'assouplir, par la personnalisation, les méthodes administratives : les établissements crées à ce moment prennent le nom d'office qui n'a d'ailleurs aucune signification juridique, pas plus que celui d'agence, en vogue depuis quelques années* ».

De la sorte, ce que manifeste l'idée d'«agence » est la nécessité de parvenir à de plus grands pouvoirs et à une plus grande efficience par l'adoption de mécanismes de gestion administrative non hiérarchisée.

Dans le notre droit, toutes les agences régulatrices ont été qualifiées de manière institutionnelle par leur respective loi d'origine comme des « établissements publics spéciaux ».[9]

Mais, il faut avoir à l'esprit que dès lors que ces agences exercent des fonctions coercitives (fiscalisation, application de pénalités, imposition de normes restrictives aux activités des particuliers etc.) – relevant du *jus imperii* – et compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral – STF[10], elles

[7] M. S. Z. Di Pietro, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 11e édition, 1999, p. 385.
[8] J. Rivero, D*roit administratif*, Dalloz, 13 e édition, 1990, p. 594.
[9] L'Agence Nationale de l'Energie Electrique – ANEEL (art. 1er de la loi n° 9.247 de 1996), l'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL (art. 8 de la loi n° 9.247 de 1997), l'Agence Nationale de Vigilance Sanitaire – ANVISA (art. 3 de la loi n° 9.782 de 1999), l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire – ANS (art. 1er de la loi n° 9.961 de 2000), l'Agence Nationale des Eaux – ANA (art. 3 de la loi n° 9.984 de 2000), l'Agence Nationale des Transports Terrestres – ANTT et l'Agence Nationale des Transports Aquatiques – ANTAQ (art. 21 de la loi n° 10.233 de 2001), et l'Agence Nationale du Cinéma – ANCINE (art. 5 du Décret-loi [Medida Provisória] n° 2.219 de 2001). Au niveau des Etats fédérés, les lois qui ont institué des agences régulatrices ont adopté la même dénomination.
[10] Il s'agit d'un jugement provisoire intervenu au cours de l'ADI n° 1.717-6 qui a considéré inconstitutionnelle la transformation en personnes morales de droit privé des Ordres Professionnels qui détiennent un pouvoir disciplinaire à l'égard des membres de leurs respectives professions. Le déroulement du procès est actuellement bloqué par le soulèvement de plusieurs incidents (in www.stf.gov.br). Une analyse intéressante de cette question peut être retrouvée dans les décisions prononcées par la Cour des Comptes de l'Union et par le Supérieur Tribunal de Justice publiées respectivement à la Revue de Droit Administratif n° 214, p. 301, et n° 216, p. 211. Cependant, aucun d'eux n'a tranché la question de manière péremptoire.

ne pourraient prendre que la forme d'établissement public – personne morale de droit public – pour revêtir la personnalité morale.

Néanmoins, la simple création d'un établissement public ou d'une autre espèce quelconque d'entité de l'Administration décentralisée, qui ne possèderait pas un degré raisonnable d'autonomie pour accomplir ses attributions, ne rendrait pas sa performance plus agile, ni plus efficiente et, par conséquent, ne les caractériserait pas comme des entités décentralisées, dans un sens matériel, c'est à dire, effectif et véritable, mais, tout au contraire, ferait d'elles seulement des entités formellement décentralisées.

D'après ALBERTO VENANCIO FILHO, « *le fonctionnement des établissements publics, en particulier de ceux à caractère économique, confirme, néanmoins, un processus d'atrophie en ce qu'ils perdent, progressivement, les caractéristiques d'autonomie qu'ils possédaient pour être ensuite absorbés par un régime similaire à la administration en régie. (…) La défiguration de cette caractérisation est à l'origine du phénomène que l'on appela pertinemment de '**désautarquisation des autarchies**' (des établissements publics)* ».[11]

De même, EURICO DE ANDRADE AZEVEDO a observé que "*le contrôle des finalités des établissements publics (contrôle des résultats) a été remplacé par le contrôle de ses moyens d'action (admission des fonctionnaires, politique salariale, appels d'offres etc.) ce qui a abouti à l'engourdissement de ses activités de sorte qu'ils se distinguaient à peine d'une régie de l'Etat*".[12]

Ce sont là les facteurs qui constituent les raisons pour lesquelles toutes les agences régulatrices furent légalement qualifiées d' "*établissements publics à régime spécial*".[13]

Cette expression fut employée pour la première fois par le Législateur dans la loi n° 5.540 de 1968 relative aux universités publiques. En général, cette nomenclature "établissement public spécial" indique une plus grande autonomie de l'établissement public qui parfois peut-être garantie par l'impossibilité de destitution *ad nutum* de ses dirigeants.

Examinant cette évolution, DIOGO DE FIGUEIREIDO MOREIRA NETO relève de manière perspicace que *« la décentralisation par la création d'établissements publics, après un certain déclin, fut restaurée et réapparut comme la meilleure solution possible pour concilier l'action typique de l'Etat, dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives impératives de régulation et de contrôle qui requièrent la personnalité morale de droit public, avec la flexibilité commerciale que l'élargissement de l'autonomie administrative et financière, l'écartement de la bureaucratie propre à l'Etat et, surtout, comme nous l'exposerons par la suite, l'isolement relatif de ses activités administratives vis à vis de l'arène politico-partidaire ont rendu possible.* »[14]

Il nous est possible d'observer ici une différence de perspective par rapport au droit français, dans lequel le concept d'autorité administrative indépendante, approximativement équivalent au concept brésilien d'agence régulatrice indépendante, présuppose précisément l'inexistence de la personnalité morale dont

[11] A. Venancio Filho, *A intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 414.
[12] E. de Andrade de Azevedo, *Agências Reguladoras*, Revista de Direito Administrativo, n° 213.
[13] M. A. Fagundes, *Os novos Rumos do Direito da Eletricidade*, Revista de Direito Administrativo, n° 224, p. 20.
[14] D. F. Moreira Neto, *Agências Reguladoras (Descentralização e Deslegalização), Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 147.

sont dotées les personnes publiques spécialisées, ce qui entraînerait, par conséquent, l'emprise de la tutelle administrative. En revanche, au Brésil, à l'instar de l'Espagne et de l'Italie, c'est précisément la personnalité morale, accompagnée d'une tutelle mitigée (absence de la subordination hiérarchique qui existe seulement à l'égard des simples organes administratifs), qui attribue l' « indépendance » (autonomie renforcée en comparaison avec celle de la plupart des autres établissements publics) à ces entités.

I.3 – Concept

Tout concept est toujours un essai d'appréhension d'une réalité - toujours fluide et imprécise. En conséquence, bien que l'élaboration de concepts soit d'une grande importance pour la systématisation de la science du Droit[15], nous ne pouvons ignorer leurs traces inévitables d'imprécision.

Une fois rappelées les difficultés naturelles à l'activité d'élaboration de concepts et compte tenu des données que nous avons déjà exposées, nous pouvons conceptualiser les agences régulatrices indépendantes brésiliennes comme des **établissements publics à régime spécial, dotés d'une autonomie considérable vis à vis de l'Etat, qui sont chargés de l'exercice de fonctions de régulation et dirigés par un collège dont les membres sont nommés par le Président de la République, après l'approbation préalable de leur nomination par le Sénat Fédéral, pour une durée déterminée pendant laquelle leur destitution *ad nutum* est interdite.**

II – LE DEFICIT DEMOCRATIQUE A SUPPLEER

Le point juridico-politique le plus épineux concernant les pouvoirs étendus des agences régulatrices, en particulier ceux de nature normative, est leur déficit démocratique occasionné, d'une part, par des raisons générales découlant de l'*administratisation* du Droit Public et, d'autre part, par des raisons spécifiques issues de la «stabilité temporelle » dont profitent leurs dirigeants, qui ne peuvent être destitués *ad nutum* par les agents – spécialement le Président de la République - démocratiquement légitimés par les élections.

En effet, il est envisageable que le Président de la République détienne des opinions distinctes de celles de la majorité du collège d'une agence régulatrice indépendante quelconque et, le cas échéant, les décisions des dirigeants prévaudraient, tant que la loi sur les agences régulatrices demeure inchangée, sur la volonté du Président de la République et de son programme de gouvernement approuvé par le peuple.

Ces raisons ont poussé le Législateur, la doctrine et la jurisprudence à engendrer des mécanismes et des paradigmes afin de légitimer l'action des agences régulatrices indépendantes.[16]

---

[15] Naturellement, nous n'adoptons pas la surannée et dépassée « jurisprudence des concepts » du XIX^{e} siècle qui réduisait, en quelque sorte, l'activité intellectuelle du juriste à échelonner, systématiser, associer et différentier les concepts juridiques. Quant à la « jurisprudence des concepts », voir surtout K. Larenz, *Metodologia da Ciencia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego, 1997, 3^{e} édition, p. 21-44.

[16] A part les deux principaux mécanismes de légitimation que nous verrons à la suite, les auteurs mentionnent aussi les lois qui instituent les agences régulatrices indépendantes et la théorie des pouvoirs neutres d'origine allemande. Voir à propos A. S. Aragão, *Agências reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 433-434 et 441-446. Nous ne faisons pas proprement

II.1. La composition des Intérêts Impliqués

Il est possible de constater dans la législation régissant les agences régulatrices que celles-ci doivent entreprendre la réalisation d'intérêts multiples et disparates tels que l'universalisation des services sous leur régulation, la protection des consommateurs, le développement technologique national, l'attraction d'investissements étrangers, l'ampliation de la concurrence, l'assurance de l'équilibre économique et financier de la gestion des services (en ce qui concerne les agences régulatrices d'un service public), etc.

Par exemple, l'art. 5.° de la loi n.° 9.472 de 1997 prévoit que *« sur l'ensemble des règles régissant les relations économiques dans le secteur des télécommunications, les principes de la souveraineté nationale, de la fonction sociale de la propriété, de la liberté d'entreprendre, de la libre concurrence, de la défense de la concurrence, de la réduction des inégalités régionales et sociales, de la répression des abus du pouvoir économique et de la continuité du service fourni en régime publique devront être spécialement observés.* »

Comme l'observe MASSIMO SEVERO GIANNINI[17], les organes et les entités publics protègent des intérêts primaires qui constituent l'objet principal de leur action, sans toutefois négliger les intérêts secondaires qui leur sont associés. Il existe certains organes et entités qui ne possèdent qu'un intérêt primaire (par exemple, les organes de défense des consommateurs), alors qu'à d'autres sont confiés l'accomplissement de plusieurs intérêts primaires, parfois contradictoires, qui doivent être pondérés (ensemble) et conformés l'un à l'autre (par exemple, les organes d'urbanisation qui sont censés protéger les plus divers intérêts humains existants dans leur domaine de régulation).

Les agences régulatrices font partie de la seconde espèce d'organes ou d'entités, c'est à dire, elles sont des entités qui doivent protéger une pluralité d'intérêts primaires, tantôt publics ou privés.

Les décisions des agences régulatrices doivent encadrer l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire par des critères pondérés beaucoup plus complexes que celui d'une dépassée « suprématie de l'intérêt public » : il existe désormais plusieurs intérêts publics, quelques-uns contradictoires ; il existe des intérêts de plusieurs catégories de consommateurs ; les intérêts des entreprises régulées peuvent être antinomiques etc.

Face à cela, les agences régulatrices doivent entreprendre, dans le cadre de leur mandat d'optimisation, **la plus grande conciliation possible entre ces intérêts et, le cas échéant, d'atteindre, en un point idéal, le consensus.**

Naturellement, les agences régulatrices - et l'Administration en général – disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la conservation et la poursuite de ces finalités.

De ce fait, par delà la faible densité sémantique avec laquelle la loi exprime ces intérêts et finalités, ceux-ci se montrent contradictoires dans plusieurs situations concrètes.

---

référence à la doctrine du pouvoir neutre élaborée par Benjamin Constant dans le cadre des conflits politiques intervenus lors de la Restauration française, mais plus exactement au travail doctrinaire que Carl Schmitt développa ultérieurement dans son ouvrage *Der Höter der Verfassung*, à partir des idées de Constant.

[17] M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, 3e édition, Milan, 1993, p. 48 et 49.

Ceci amène, d'après les éclaircissements apportés en la matière par MASSIMO SEVERO GIANNINI[18], à envisager l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'Administration – et *a fortiori* par les agences régulatrices – comme l'exercice d'une activité fructueuse de pondération des divers intérêts publics et privés impliqués, qui cherche, par une méthodologie propre, à accomplir le degré le plus élevé possible d'effectivité de tous ces intérêts (les « mandats d'optimisation ») et à atteindre, si possible, le consensus, d'autant plus que parmi les compétences des agences régulatrices on retrouve celle de régler les différends.[19]

Par ailleurs, comme CARLOS ARI SUNDFELD l'a averti, « *il nous est difficile de comprendre – et d'accepter – que le Judiciaire ne soit plus le seul espace de médiation et de solution de conflits*[20]*. Voilà que nous sommes étonnés de constater que ce rôle est aussi exercé par une entité administrative, l'agence régulatrice. Or, notre compréhension profonde du Droit a encore une résistance à accepter que la production du Droit élaborée au niveau de l'Administration puisse être socialement aussi importante que celle faite par le Pouvoir Judiciaire, d'où la difficulté à accepter l'existence d'autres espaces de solution des conflits qui ne relèvent pas d'un Judiciaire élargi.* »[21]

En ce qui concerne les agences régulatrices de services publics, la compétence pour trancher administrativement les différends entre les délégataires, le Pouvoir Concédant, l'agence elle-même et les usagers découle de la loi n.° 8.987 de 1995 (par exemple, arts. 7.° et 23, XV). Mais, de toute façon, leur loi d'origine prévoit aussi leur compétence pour réaliser des jugements (par exemple, l'art. 3.°, al. V, de la loi n.° 9.427 de 1996). De la même façon, les lois qui instituent les autres agences régulatrices prévoient leur compétence pour régler des différends (par exemple, l'art. 18 de la loi n.° 9.478 de 1997).

Ce qui mérite d'être mis en exergue c'est que la fonction décisionnelle des agences régulatrices, contrairement à celle exercée par le Pouvoir Judiciaire, n'est pas tournée vers le passé. Au contraire, elle a un caractère prospectif notable qui consiste à mettre en oeuvre les politiques publiques prises en charge par les agences. Par conséquent, la fonction décisionnelle des agences régulatrices vise surtout, en plus de régler le différend inter-parties de l'espèce, à solutionner les conflits *inter-soussectoriels* latents (par exemple, entre certaines catégories de consommateurs, entre consommateurs et concessionnaires, entre ces derniers et l'Etat etc.).

---

[18] M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo,* Volume Secondo, Ed. Giuffrè, 3e édition, Milan, 1993, p. 45-50.

[19] Odete Medauar reprend l'opinion de Nigro, selon qui « *l'exercice du pouvoir administratif pour satisfaire à l'intérêt public doit se tenir, s'il ne veut pas être arbitraire, d'une part, à l'identification de l'ensemble des intérêts publics ou privés qui sont connexes à l'attribution d'autorité et, d 'autre part, à la représentation complète et exacte des faits par rapport auxquels le pouvoir est exercé. La liberté-lien qui se surnomme discrétion comprend le pouvoir-devoir de représenter de manière fidèle et intégrale tous les faits et de prendre en compte tous les intérêts impliqués :* ***prendre en compte ne signifie pas seulement considérer, mais attribuer à chacun son poids***. » Nigro *in* O. Medauar, *Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 187 (les caractères en gras ne figurent pas sur l'originel).

[20] Au Brésil, il n'existe pas une juridiction administrative, le modèle juridictionnel actuellement en vigueur ne comprend qu'une seule juridiction exercée par le Pouvoir Judiciaire. L'Administration est susceptible de régler des différends, mais ses décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée et le dernier mot en l'affaire revient toujours au Pouvoir Judiciaire.

[21] C. A. Sundfeld, *Agências Reguladoras e os Novos Valores e Conflitos,* Annales de la XVIIe Conférence Nationale des Avocats, édition en cd-rom.

II.2. – La légitimation du processus de prise de décision

L'un des mécanismes de légitimation de l'Administration brésilienne que le droit positif a dernièrement largement adopté est celui de la participation des titulaires et des défenseurs d'intérêts individuels, collectifs et diffus[22] aux processus de prise des décisions les concernant.

Comme nous l'avons vu à la section précédente, si l'exercice du pouvoir discrétionnaire[23] se fait par la pondération des divers intérêts génériques présents dans le cas d'espèce[24], rien ne semblerait plus juste et naturel que leurs titulaires et défenseurs puissent faire entendre leurs opinions auprès de l'Administration[25] et, par-là, contribuer au contrôle de la légalité et de l'effectivité des ses actes, puisqu'ils pourront apporter des éléments et des opinions, lors de leur participation à la procédure administrative, qui permettront à celle-ci d'aboutir à des décisions plus équitables et efficientes.[26]

LUCIANO PAREJO ALFONSO constate que « ***l'importance de la fonction participative au niveau de la procédure tend à croître de paire avec, d'une part, l'extension, l'intensité et la complexité des charges publiques et de l'intervention administrative et, d'autre part, [avec] la généralisation du phénomène de livraison ou de remise par le Législateur à l'Administration de prises de décisions*** ».[27]

Comme l'observe VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, « *la participation des particuliers à la procédure, en permettant la pondération par les établissements publics des intérêts qu'ils soulèvent, ne se traduit pas seulement par*

[22] L'art. 9 de la Loi de la Procédure Administrative Fédérale – Loi n° 9.784 de 1999 – reconnaît de manière très large la qualité des entités de défense d'intérêts collectifs ou diffus pour agir dans les procédures administratives.

[23] « ***Dès lors que plusieurs solutions sont envisageables ou 'défensables', et ceci est typique des situations réelles de l'administration, la procédure en soi-même acquiert une importance réelle*** » (N. Luhmann, *A legitimação pelo procedimento*, Ed. UNB, 1980, trad. M. C. Côrte-Real, révision T. Sampaio Ferraz Jr., p. 165).

[24] Charles Albert Morand donne l'exemple d'un arrêt prononcé par le Tribunal Fédéral suisse : « *l'idée de compenser le manque de densité normative par la participation n'est pas non plus absente de la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a ainsi, par exemple, considéré qu'en raison d'une très faible densité normative de la réglementation relative à la protection des catastrophes, l'administration devait instaurer un dialogue avec les entreprises afin de déterminer en commun les mesures à prendre* » (C. A. Morand, *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, 1999, p. 103).

[25] « ***La Participation ne comprend pas seulement l'institut du contradictoire, mais aussi la 'pondération d'intérêts' , son principal objectif renferme 'la composition matérielle des intérêts*** » (V. M. P. D. Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, Ed. Almedina, 1996, p. 406 – les caractères en gras ne figurent pas sur l'originel).

[26] Pour une analyse en profondeur des fondements politiques et constitutionnels à l'origine de la participation publique aux procédures administratives, nous indiquons D. F. Moreira Neto, « Audiências Públicas », *Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 199-219 ; G. H. J. Oliveira, *As Audiências Públicas e o Processo Administrativo*, Revista Trimestral de Direito Publico, p. 161-172 ; A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Ed. Fundacion de Derecho Administrativo, 4e édition, Buenos Aires, 2000, p. XI-1 et XI-19 ; et J. P. Solé, *Deber de Buena Administración y el Derecho al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 45-208. Voir O. Medauar, *Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 219-221, qui fait référence, sans les soutenir, aux divers arguments contraires à la participation aux procédures administratives, tels que la complexité de la procédure, le blocage de l'action de l'appareil administratif et l'accusation d'être une utopie.

[27] L. P. Alfonso, « La Actividad Unilateral y Formalizada de la Administración : el Procedimiento y los Actos Administrativos », L. P. Alfonso, B. Jiménez, A. Ortega, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1ère édition, 1990, p. 353 – les caractères en gras ne figurent pas sur l'originel. En effet, l'effritement des contours originels du Principe de la Légalité a conduit la légitimité, jusqu'alors confondue avec la simple légalité, à chercher des nouvelles valeurs et procédures de légitimation.

une amélioration de la qualité des décisions administratives, grâce à une perception plus correcte des problèmes et des différentes perspectives envisageables pour leur résolution, mais rend aussi les décisions administratives plus facilement acceptables par leurs destinataires ».[28]

En parlant des agences régulatrices, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[29], lors d'une Conférence réalisée à l'Universidad Complutense de Madrid, a mis en relief que « *au-delà de la spécialisation, du fléxibilité, de l'indépendance et de la célérité, ces entités se caractérisent, surtout, par la* ***proximité et l'ouverture sociale de leur action*** *par rapport aux administrés concernés, la* ***possibilité de promouvoir des négociations au niveau des procédures participatives*** *et, d'une façon non moins importante, par la possibilité d'agir, dans certains cas, avec des pouvoirs 'para-juridictionnels' afin d'éviter les conflits interminables entre l'administré et l'Etat. En théorie, le* ***principe de la participation*** *possède une* ***pleine application*** *sous divers aspects qui se portent à l'analyse, pourtant son importance ressort principalement de la création d'une* ***connexion administrative immédiate*** *et dépolitisée, parfois assez interactive, entre l'****agence*** *et l'****administré concerné*** ».

En ce qui concerne spécifiquement les agences régulatrices, les mécanismes de participation populaire sont remarquables[30], puisque la plupart des lois qui les ont instituées prévoient la nécessité pour les agences régulatrices de réaliser des audiences publiques préalables à la prise de décision, y compris à la prise d'une décision normative (par exemple, l'art. 18 de la loi n.° 9.478 de 1997 – la Loi de Pétrole)[31]. L'art. 4.°, § 3.°, de la loi n.° 9.427 de 1996 a établi que toutes les décisions de l'Agence Nationale d'Energie Electrique – ANEEL qui puissent atteindre les droits des agents économiques du secteur électrique ou ceux des consommateurs doivent être précédées obligatoirement d'une audience publique. D'autre part, la loi n.° 9.472 de 1997 a établi que l'Agence Nationale des

[28] V. M. P. D. Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, Ed. Almedina, Coimbra, 1996, p. 402.

[29] D. F. Moreira Neto, *Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España*, Revista da Administração Pública – RAP, n° 152, mi-août 2000, p. 79 – les caractères en gras figurent sur l'originel.

[30] André de Laubadère considère même que « *la rénovation des procédures juridiques employées par le pouvoir public dans son action économique comme une des plus marquantes caractéristiques du droit administratif économique* » (A. de Laubadère, *Direito Público Econômico*, Ed. Almedina, Coimbra,1985, trad. Maria Teresa Costa, p. 108).

[31] Au-delà de la réalisation de consultations et d'audiences publiques, la législation prévoit quelques autres mécanismes de participation mais qui n'ont pas une importance effective et influente sur le processus de prise de décision des entités de régulation (voir à propos F. H. Aguillar, *Controle Social de Serviços Publicos*, Ed. Max Limonad, 1999, p. 248-255). Par exemple, la loi n° 8.987 de 1995 prévoit que la fiscalisation des services publics délégués sera confiée à une commission composée par des représentants de l'autorité publique, des usagers et de l'autorité déléguante (art. 30, paragraphe unique). Elle prévoit aussi l'obligation à la charge de l'autorité concédante d'inciter la formation d'associations d'usagers pour la défense de leurs intérêts (art. 29, al. XII). L'art. 13 de la loi n° 8.631/93 a institué les Conseils Consultatifs des Consommateurs d'Energie Electrique, qui sont également mentionnés par l'art. 17, § 6°, des statuts de l'Agence Nationale d'Energie Electrique – ANEEL. L'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL possède un Conseil Consultatif : « organe de participation institutionnelle de la société au sein de l'agence » (art. 33 de la loi n° 9.472 de 1997). La Commission des Services Publics de l'Energie de l'Etat de São Paulo – CSPE (Loi complémentaire de l'Etat de São Paulo n° 833 de 1997), l'Agence de Régulation des Services Publics Délégués de l'Etat de Rio Grande do Sul – AGERGS (Loi de l'Etat de Rio Grande do Sul n° 10.931 de 1997) et l'Agence de Santa Catarina de Régulation et de Contrôle – SC/ARCO (Loi de l'Etat de Santa Catarina n° 11.355 du 18 janvier 2000) prévoient la participation de représentants de la société, des usagers et des concessionnaires au sein même de leur collège directeur. Cette participation constitue d'une certaine manière (pas très significative, puisque les agences demeurent à être entités relèvent de l'Etat) une modalité d'autorégulation (voir M. J. V. Souto, *Desestatização*, Ed. Lumen Juris, 2001, 4e édition, Rio de Janeiro, p. 480, 481, 483 et 484).

Télécommunications – ANATEL a l'obligation de réaliser des consultations publiques préalablement à la prise de tout acte significatif, y compris expressément ceux de nature normative (arts. 19, III ; 39 ; 42 ; 89, al. II ; 195). L'art. 68 de la loi n.° 10.233 de 2001, qui a institué l'Agence Nationale des Transports Terrestres – ANTT et l'Agence Nationale des Transports Aquatiques – ANTAQ, a prescrit, à son tour, que « les initiatives de projet de loi, la modification des normes administratives et les décisions du Collège Directeur concernant la résolution des questions qui portent atteinte aux droits des agents économiques ou des usagers des services de transport seront précédées d'une audience publique. » L'art. 32 du décret n.° 3.029 de 1999 pris en application de la loi n.° 9.961 de 2000 pose l'obligation de l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire – ANS de procéder à une audience publique préalable à la formulation de tout avant-projet de loi. De même, le décret n.° 3.029 de 1999 relatif à l'Agence Nationale de Vigilance Sanitaire – ANVISA.

Nous avons seulement jusqu'à présent évoqué les dispositions qui rendent obligatoire la réalisation d'audiences ou de consultations publiques. Mais, il existe toute une série de dispositions (normalement statutaires), concernant maintenant toutes les agences sans aucune exception, qui énoncent des normes détaillées ouvrant la possibilité de réaliser des audiences. Il convient d'observer en particulier que la loi de la Procédure Administrative Fédérale – Loi n.° 9.784 de 1999, naturellement applicable aux agences régulatrices fédérales (*ex vi* art. 1.°, Lei n. 9.784 de 1999), a prévu la possibilité de réalisation d'une consultation publique au cours des procédures qui, tout en étant individuelles, touchent à une « question d'intérêt général » (l'art. 31 de la loi n.° 9.748 de 1999).

Nous estimons que même dans l'hypothèse où les audiences ou les consultations publiques n'ont pas été prescrites impérativement par la loi et sont par conséquent facultatives, si un agent économique ou une entité concernée sollicite sa réalisation, le refus de la part de l'Administration[32] devra être, le cas échéant, dûment justifié face aux principes et valeurs constitutionnels qui privilégient la participation des intéressés à la prise de décisions administratives (les art. 1.°, *caput* e inciso I ; 5°, XXXIII et XXXIV ; 37, *caput* e § 3.° ; et 175, al. II, de la Constitution Fédérale).[33]

Il est nécessaire de distinguer les audiences des consultations publiques, car, bien qu'elles aient le même esprit, elles ne sont pas équivalentes : *« dans la consultation publique, l'Administration souhaite connaître l'opinion publique telle qu'exprimée dans des documents formels, dûment remplis, qui seront aussitôt joints au dossier de l'instance administrative. L'audience publique est, en vérité, une modalité de consultation, qui présente la particularité de prendre la forme*

[32] L'art. 48 de la loi n° 9.784 de 1999 prescrit : *« L'Administration a l'obligation de prononcer explicitement une décision dans les procédures administratives et à propos des sollicitations et des réclamations qui relèvent d'un domaine de sa compétence.* »

[33] Après que la doctrine se soit mise d'accord, (par exemple, M. S. Z. Di Pietro, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 11e édition, São Paulo, 1999, p. 194-195), la jurisprudence tend aussi à considérer que les actes liés aussi bien que les actes discrétionnaires de l'Administration doivent être motivés. Par exemple, le Supérieur Tribunal de Justice a estimé que : « *La réglementation qui régit la saisine du Conseil de Justification confère expressément au Ministre Militaire une certaine marge de liberté pour accepter ou refuser la résolution prise et pour prendre la mesure appropriée au cas d'espèce ; cette compétence s'inscrit dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, néanmoins elle impose l'exposition des motifs de sa décision en cas de rejet des conclusions de la délibération* » (MS 4.162/DF, in www.stj.gov.br). L'obligation de motivation fut aussi expressément prévue par les articles 2 et 50 de la Loi de la Procédure Administrative Fédérale – Loi n° 9.784 de 1999 – pour tout acte administratif qui « *nie, limite ou atteint des droits* ***ou*** *des intérêts* » (art. 50, al. I).

essentiellement de débats oraux se déroulant pendant une session préalablement annoncée pour cette finalité. »[34]

Nous pouvons déduire du fait que les lois des agences régulatrices imposent l'adoption de mécanismes modernes de participation procédurale, la nécessité de suppléer au déficit démocratique propre à toutes les agences régulatrices qui, au-delà de posséder des pouvoirs normatifs étendus, ont leurs dirigeants mis à l'abri du pouvoir de libre destitution que détiennent les titulaires du pouvoir politique démocratiquement élus.

Il convient d'observer que ces exigences procédurales, loin d'être des simples formalités, constituent une condition de validité des actes et des normes. « *En supposant même que le pouvoir réglementaire possède inévitablement des aspects discrétionnaires, avec un noyau d'opportunité au sein duquel plusieurs solutions possibles sont également justes, sans qu'il soit possible à la décision judiciaire de se substituer à la décision administrative, il demeure que la participation du citoyen est essentielle dans cette 'zone de pure opportunité' de sorte que l'omission de l'accomplissement de cette procédure doit être considérée comme une cause d'invalidité de l'acte normatif adopté* » .[35]

En outre, non seulement la réalisation d'une audience ou d'une consultation s'impose, mais, par ailleurs, il découle respectivement des principes de publicité et de motivation (art. 37, *caput*, de la Constitution Fédérale) la nécessité d'une préalable divulgation de sa réalisation et la nécessité d'apprécier et, le cas échéant, de motiver le rejet, de toutes les critiques et suggestions formulées – doctrine du *hard look*.[36]

En effet, comme l'a déclaré LELIA CUELLAR dans un ouvrage consacré aux agences régulatrices, « *l'adoption d'un règlement doit toujours être justifiée par la présentation d'une motivation publique de fait et de droit, concomitante à son adoption. Même quand il est général et abstrait, le règlement est un acte administratif – et comme tel doit être adopté* ».[37]

Cette « *procéduralisation vise moins à garantir des positions juridiques subjectives ou des prestations sociales et davantage à assurer ou à établir les conditions de possibilité de ces prestations et garanties* » incitant, de la sorte, « *la transformation du contexte social de liberté légale en un système de justification du nouveau concept d'idées et d'intérêts* ».[38]

Il est pourtant nécessaire d'avertir que la participation publique à la procédure régulatrice (*decision-making process*) relève essentiellement de sa phase préparatoire et, par conséquent, elle n'enlève pas à l'Administration son dernier

---

[34] J. S. Carvalho Santos, *Processo Administrativo Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 186.

[35] D. C. Vela, *Administración Económica y Discrecionalidad*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 87-100. A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 4e édition, Buenos Aires, 2000, p. XI-8 et XI-9, affirme expressément la nullité des décisions concrètes ou normatives prises par l'Administration qui n'ont pas été précédées d'une audience ou d'une consultation publique alors que la loi l'exigeait.

[36] J. J. L. Rubira, *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 142-146.

[37] L. Cuéllar, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Ed. Dialética, São Paulo, 2001, p. 126. A l'instar de ce que se passe au niveau de l'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL (art. 40 de la loi n° 9.472 de 1997), les actes des agences régulatrices doivent être nécessairement motivés indépendamment d'une prescription expresse de la loi.

[38] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 3 e édition, p. 1294.

mot[39], à condition qu'elle l'exprime de façon motivée et dans les limites établies par la loi.

II.3 – Bilan pratique

Nous pouvons constater que le législateur, en s'appuyant sur une solide base doctrinaire, cherche à faire des agences régulatrices indépendantes brésiliennes des espaces publics de participation des citoyens et de composition extra judiciaire d'intérêts.

Toutefois, cela n'a pas été suivi en pratique, puisque les premiers sondages réalisés sur ce sujet auprès des consommateurs et des citoyens ordinaires ont montré que ceux-ci voient les agences plutôt comme des adversaires que comme des arbitres prompts et impartiaux en leurs jugements et préfèrent alors la plupart du temps accéder directement au Judiciaire, principalement par l'intermédiaire des juridictions spécialisées en petites affaires (« juizados especiais de pequenas causas ») qui comprennent une procédure plus rapide et informelle.

En effet, il est notable qu'un sondage réalisé par le Centre Brésilien d'Analyse et de Planification – CEBRAP[40] ait révélé, au niveau de l'Agence Nationale des Télécommunications – ANATEL, l'agence régulatrice indépendante brésilienne la mieux structurée et, du point de vue de la législation, la plus ouverte à la participation, que, malgré une hausse considérable de la participation au cours de la période 1997-2001[41], les consultations publiques ont été formulées principalement par les entreprises, les personnes physiques ou les associations qui les représentent, sans qu'il y ait eu, hélas, une seule participation des consommateurs, des organes ou des associations de défense de leurs intérêts, en contraste avec l'intense participation de ces derniers au niveau du Pouvoir Judiciaire et des organes administratifs de l'Etat spécifiquement institués pour la défense des intérêts des consommateurs (les surnommés PROCONs) qui sont toutefois hiérarchiquement subordonnés au chef du Pouvoir Exécutif et ne disposent d'aucune autonomie.

Ces données sont certainement une alerte adressée aux agences régulatrices qui doivent, en pratique, dans leurs actions quotidiennes, chercher à se légitimer comme un espace public de discussion et de résolution des conflits d'intérêts, ce qui constitue précisément la justification du maintien de leur actuel modèle institutionnel innovateur.

[39] L. S. C. de Moncada observe que « *la coordination des décisions administratives a modifié leur processus de formation, néanmoins elle n'a pas atteint sa structure de décision unilatérale. De la sorte, le modèle traditionnel (unilatéral) de l'action administrative s'est maintenue presque toujours inaltéré, malgré que leur dynamique se soit modifiée radicalement* » (L. S. C. de Moncada, *Direito Económico*, Coimbra Ed., 2 e édition, 1988, p. 43).

[40] Le sondage a été réalisé par Paulo Todescan Lessa Mattos qui l'a minutieusement décrit et analysé dans son article « Agências Reguladoras e Democracia : participação pública e desenvolvimento », *Regulação e Desenvolvimento*, Calixto Salomão Filho (Dir.), Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 182-230.

[41] En 1997, il a eu 3 participations par consultation publique réalisée (7 au total) ; en 2000, on a atteint la moyenne maximale qui s'éleva à 4640 participations par consultation (73 au total).

THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comite' d'Evaluation avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Evaluation Committee with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br