

## ST 15: L'Etat régulateur en question : perspectives comparées

Pierre-Louis Mayaux, CERI, Sciences-Po Paris, [pierrelouis.mayaux@sciences-po.org](mailto:pierrelouis.mayaux@sciences-po.org)

Séance 2 : Un concept à vocation mondiale ? Comparaisons internationales

### Le dilemme du contrôle : politiciens et régulateurs économiques au Brésil

#### Introduction : l'énigme du niveau d'autonomie des agences brésiliennes

Peu après son accession à la présidence du Brésil, en 2003, Lula Ignacio da Silva se répandait dans la presse : « J'apprends l'augmentation des prix de l'essence par les journaux. Le Brésil s'est externalisé, ce sont les agences qui commandent ce pays : les décisions qui affectent la population ne passent plus par le gouvernement<sup>1</sup> ». Son vice-président, José Alencar, renchérisait peu après : « Nous, nous avons été élus, et ces gens ont plus de pouvoir que nous : comment est-ce possible ?<sup>2</sup> ». D'un bord politique opposé, l'ancien ministre en charge de la réforme de l'Etat, Luiz Carlos Bresser-Pereira, exprimait lui aussi son malaise, en notant qu'il n'était selon lui « ni raisonnable, ni démocratique [...], qu'un président élu et devant rendre des comptes ait moins de pouvoir qu'un directeur nommé pour cinq ans et ne pouvant être destitué<sup>3</sup> ».

De fait, et à en juger par la fréquence des critiques relayées par les médias, il semble bien que l'indépendance des dix agences de régulation brésiliennes, mises en place pour la plupart entre 1996 et 2001 par le prédécesseur de Lula da Silva, Fernando Henrique Cardoso, fasse toujours l'objet de vives controverses parmi la classe politique brésilienne [Nunes et al., 2005]<sup>4</sup>. Au début de l'année 2011, le ministre des relations avec le Parlement, Luiz Sérgio, se fendait encore d'une sèche mise au point en rappelant que « trop souvent, les agences confondent leur rôle de surveillance avec celui de formulation des politiques publiques. Cette fonction de planification est du ressort de l'Exécutif<sup>5</sup> ».

---

<sup>1</sup> Folha de São Paulo, "Lula critica agências e diz que fará mudanças", 20/02/2003, p. A4.

<sup>2</sup> Cité dans: HAAG, Carlos [2007]. ¿Quién vigila a los vigilantes? Pesquisa FAPESP, Edição n°139, Septiembre.

<sup>3</sup> Cité dans l'Estado de Sao Paulo", 22/03/2011, p. A5.

<sup>4</sup> Les auteurs ont passé en revue, entre Le 01/12/2002 et Le 30/11/2004, 3325 éditions de presse, comprenant les cinq principaux journaux du pays, dont quatre de diffusion nationale. Ils ont ainsi repéré 517 articles traitant des agences de régulation, de manière soit directe soit indirecte. Ces articles traitent du fonctionnement des agences, des décisions concernant les entreprises concessionnaires, des débats impliquant d'autres institutions gouvernementales, ainsi que des critiques formulées à l'encontre de ces organismes indépendants.

<sup>5</sup> Folha de Sao Paulo, 23/03/2011.

Pourtant, tandis que les acteurs politiques vitupéraient l'irresponsabilité des agences, les acteurs économiques se plaignaient au contraire des ingérences politiques permanentes auxquelles elles se voyaient selon eux confrontées. Le principal quotidien économique du pays, Valor Econômico, notait par exemple que « tous les professeurs et économistes interrogés sont unanimes pour affirmer que le gouvernement fédéral nuit au bon fonctionnement des agences<sup>6</sup> ». Dans un article intitulé « le pétisme détruit les agences de régulation », l'éditorialiste d'un grand journal écrivait de son côté que « des agences protégées des intérêts politiques du gouvernement sont incompatibles avec la politique pétiste de monopolisation de l'Etat ». Avant de conclure avec emphase : « si Dilma [Rousseff] est élue, la sentence de mort des agences sera exécutée<sup>7</sup> ». Pour la presse liée aux milieux d'affaire, en particulier, la cause semble donc entendue : la crédibilité du cadre réglementaire brésilien serait constamment menacée par les interférences systématiques des acteurs politiques (Exécutif et Congrès) dans le fonctionnement et la prise de décisions des agences.

Faut-il dès lors considérer, en prenant au sérieux les plaintes des acteurs politiques fédéraux, que l'Etat brésilien contemporain serait un Etat de plus en plus « externalisé » et technocratique, dans lequel les élus auraient cédé une part essentielle de leur capacité d'action à des experts et à des organisations non majoritaires ? Ou bien convient-il d'estimer, avec les milieux d'affaire, que l'indépendance des agences ne serait qu'une façade, dissimulant la capacité des acteurs politiques à manipuler stratégiquement les décisions des régulateurs ?

Sur le plan théorique, la question de la capacité des acteurs politiques élus, et tout particulièrement de l'exécutif (cabinets ministériels et présidence) à contrôler l'action des agences reconduit une interrogation classique de la sociologie politique. Depuis les réflexions séminales de Max Weber, les chercheurs ont toujours été interpellés par la possibilité que les bureaucrates, bénéficiant d'une expertise unique et d'un contrôle sur la mise en oeuvre des décisions, ne soient amenés à usurper le rôle des élus dans la formulation des politiques publiques [Weber, 1921]. Toutefois, la diffusion internationale, durant les années 1990, des agences de régulation indépendantes (ARI), dans les secteurs des infrastructures comme dans ceux des politiques sanitaires ou environnementales, a profondément modifié les termes de ces préoccupations traditionnelles. Ces organismes affichent en effet deux caractéristiques essentielles qui en rendent le contrôle politique par définition problématique [Thatcher, 2005] : elles disposent de pouvoirs en propre (recommandation, décision, réglementation, sanction) délégués par les pouvoirs politiques, généralement par le biais d'une loi ; et elles ne sont soumises à l'autorité hiérarchique d'aucun ministre. Placées en dehors des structures administratives traditionnelles, ces agences constituent donc une rupture historique vis-à-vis du

---

<sup>6</sup> « Fragmentação mina o desempenho », Valor Econômico - 18/04/2011

<sup>7</sup> Reinaldo Azevedo, editorial do Estadão intitulado « Um plano em execução », 18/08/2010, O Estado de Sao Paulo.

modèle d'administration classique, wébérien : les pouvoirs politiques ne peuvent leur adresser d'ordres, de consignes ni même de simples conseils, et leurs membres ne sont pas révocables.

Plus spécifiquement, la diffusion de ces agences a stimulé trois grandes lignes de recherche en science politique [Politt et al., 2004]. La première ligne s'est efforcée de rendre compte de l'extraordinaire popularité de cette forme organisationnelle, dans des contextes pourtant très différents, et alors même que la création d'une agence implique en théorie que des acteurs politiques décident librement d'abdiquer certaines de leurs prérogatives [Melo, 2001]. Ces analyses ont cherché, dans un même mouvement, à rendre compte des formes institutionnelles concrètes prises par la délégation, et de leur variabilité suivant les pays et les secteurs [Jordana et Levi-Faur, 2004].

Le deuxième ensemble de recherches, privilégié par les économistes néo-institutionnels, a cherché à dégager les conditions institutionnelles d'une « bonne » performance des agences, définie en termes d'efficacité (montant des investissements réalisés dans les secteurs contrôlés, efficience des entreprises régulées, cohérence et opportunité des décisions prises, satisfaction des usagers) et d'efficience (rapport des bénéfices obtenus aux coûts de fonctionnement) [Levy et Spiller, 1996].

Enfin, la troisième ligne de recherche, dans laquelle s'inscrit cette communication, s'est intéressée aux formes de contrôle des agences par les acteurs politiques [McCubbins, Noll et Weingast, 1987]. Cette tradition a fait l'objet d'une volumineuse littérature, généralement d'origine Nord-américaine, et ancrée dans une perspective du choix rationnel. Celle-ci a formulé et testé des hypothèses diverses concernant le degré d'autonomie ou de contrôle des agences vis-à-vis des pouvoirs politiques. Au-delà de leur hétérogénéité, toutefois, les travaux qui s'y rattachent partagent une hypothèse fondamentale : selon eux, la tension entre l'autonomie (des agences) et le contrôle (par les acteurs politiques) *serait destinée à se résorber* au profit de l'un ou l'autre terme de l'alternative. Ainsi, suivant les auteurs, l'hypothèse alternativement défendue est, ou bien que les agences parviendront à renforcer leur autonomie au cours du temps, leur contrôle se limitant dès lors à un simple contrôle *a posteriori* de la légalité de leurs actes ; ou bien, à l'inverse, que les acteurs politiques se révéleront en définitive capables d'élaborer les instruments de contrôle appropriés, qui leur permettront de s'assurer que les décisions des agences ne soient jamais contraires à leurs préférences fondamentales.

Or, cette hypothèse d'une résorption endogène des tensions parvient mal à rendre compte de certaines caractéristiques empiriques du cas brésilien, qui dessinent plutôt une situation paradoxale et contrastée. D'une part, en effet, les agences brésiliennes manifestent bien une incontestable autonomie : les régulateurs économiques, en particulier, prennent des décisions qui déplaisent aux élus fédéraux, et pour lesquelles ces derniers, loin d'être dédouanés par l'opinion publique, reçoivent souvent un blâme politique. De plus, si elles se montrent souvent très favorables aux intérêts des entreprises qu'elles régulent, elles se montrent également capables de leur infliger de sévères pénalités

financières. Ces organisations disposent également d'un budget important au regard des comparaisons internationales, et d'un personnel qualifié, recruté au moyen de concours spécifiques.

D'autre part, cependant, la mobilisation massive de certains instruments de contrôle politique est tout aussi patente, qui va bien au-delà d'un simple contrôle de régularité, *a minima*, de ces organismes: la nomination des directeurs s'opère en effet massivement sur la base du patronage politique et non des (seules) qualifications techniques ; l'exécutif refuse régulièrement de débloquer une part considérable des crédits alloués aux agences aux termes des lois de finance ; la Cour des comptes, rattachée au pouvoir législatif, se livre à des audits de « performance » approfondis, suivis de recommandations extrêmement précises ; enfin, un projet de loi qui entend réduire drastiquement l'autonomie des agences est en examen au Congrès depuis 2004, et la nouvelle présidente, Dilma Rousseff (élue en octobre 2010) a affiché sa détermination à le voir transformé en texte législatif.

Comment interpréter ces observations disparates et apparemment contradictoires ? Nous avançons, dans cette communication, l'hypothèse que les relations entre élus politiques et agences dans le cas brésilien s'expliquent mal à l'aide des théories existantes, pour une raison simple : ces dernières ne différencient pas suffisamment les différents instruments de contrôle qui sont à la disposition des acteurs politiques. Or, ces instruments ne se valent pas : certains contraignent bien les décisions de manière relativement directe, univoque et prévisible; d'autres, en revanche, ont des effets ambigus et incertains, susceptibles de varier suivant le contexte politique dans lesquels ils sont utilisés, et suivant les caractéristiques des organisations bureaucratiques à contrôler. En d'autres termes, si certains contrôles peuvent être considérés comme a priori *effectifs*, d'autres doivent être appréhendés comme de simples instruments de contrôle *putatifs*, dont l'efficacité ne peut qu'être retracée empiriquement.

Sur la base de cette distinction entre contrôles effectifs et putatifs, cette communication avance deux hypothèses. La première est que, dans le contexte politico-institutionnel brésilien, la mise en place des agences a donné lieu à une *tension permanente* entre les acteurs politiques et les régulateurs, et non à la victoire relative de l'un ou de l'autre acteur. Cette tension provient du fait que les responsables politiques brésiliens sont confrontés à un « dilemme du contrôle »: d'une part, en effet, les coûts politiques d'une autonomie pleine et entière des agences leur sont prohibitifs, ce qui les incite à interférer dans leur fonctionnement et dans leurs décisions ; d'autre part, cependant, les coûts d'instauration d'un contrôle effectif leur sont tout autant dissuasifs. Ce dilemme alimente une tension persistante, dénuée de mécanisme auto-correcteur.

La seconde hypothèse est que, pour résoudre ce dilemme, les politiciens ont opté pour des formes de contrôle indirectes et partielles (i.e. putatives), telles que le recours au patronage pour les postes de direction, le blocage des crédits, des contrôles d'efficacité de la Cour des Comptes, ou encore la formulation de menaces et d'intimidation publiques non suivies d'effets. Or, contrairement à ce que

laissent penser nombre d'auteurs, ces formes de contrôle ont une effectivité incertaine et difficile à mesurer : elles peuvent tout aussi bien, en théorie, influencer la décision que se révéler inopérantes, quand elles ne suscitent pas tout simplement des réactions hostiles de la part des agences et n'ont pas alors pour effet non voulu de mobiliser leur base de soutien.

Cette seconde hypothèse comporte une implication importante pour la qualité de la démocratie brésilienne, dans la mesure où le recours massif à des instruments de contrôle putatifs brouille l'imputabilité des décisions. Il devient en effet pratiquement impossible, pour le citoyen ordinaire, de déterminer s'il convient d'attribuer les décisions prises au libre choix des agences, ou à la majorité politique en place. En conséquence, l'« agencification » de l'action publique brésilienne vient poser de sérieuses limites à la responsabilité démocratique, non pas tant du fait d'une irresponsabilité avérée des agences, qu'en raison de l'incertitude entourant leur niveau réel de responsabilité.

Cette communication s'organise en quatre sections. La première situe les hypothèses avancées par rapport à la littérature existante sur les relations entre pouvoirs politiques et autorités indépendantes (1). La deuxième section résume les principaux aspects de l'expérience brésilienne en matière de régulation (2). La troisième développe l'hypothèse d'une tension persistante, dépourvue de mécanismes auto-correcteurs, entre les agences et les acteurs politiques (3). La quatrième et dernière section analyse les instruments de contrôle « putatifs » mobilisés par les acteurs politiques brésiliens pour tenter de résoudre leur dilemme du contrôle, et leurs implications pour la qualité de la démocratie (4).

## **1. Au-delà de la dichotomie contrôle/autonomie : contrôles effectifs et putatifs des agences**

L'hypothèse d'une tension persistante, dépourvue de mécanisme auto-régulateur, entre l'autonomie et le contrôle des agences, s'inscrit à l'encontre de trois approches théoriques, qui ont en commun de considérer que cette tension est appelé à se résorber au cours du temps, de manière endogène. Ces approches sont celles de la capture du régulateur, des engagements crédibles, et du principal/agent. Leurs limites, notamment en ce qui concerne la troisième approche, invitent à reconceptualiser la manière dont il est possible d'appréhender le « contrôle » et l'« autonomie » des régulateurs.

### **1.1. Trois approches du contrôle politique du régulateur**

### La théorie de la capture

La première approche, historiquement la plus ancienne, est celle dite de la « capture du régulateur » [Posner, 1974 ; Peltzman, 1976]. Celle-ci postule, à l'encontre des conceptions classiques, que les bureaucrates sont des acteurs rationnels cherchant à maximiser leur utilité individuelle.

Cette approche avance que les entreprises régulées ont la capacité d'offrir aux bureaucrates des bénéfices d'une valeur telle que ces derniers finissent par se plier systématiquement à leurs exigences. Ces bénéfices sont généralement liés à des opportunités de carrière future, quand il ne s'agit pas de corruption pure et simple [Levine et Forrence, 1990]. Dans cette perspective, les gouvernants sont voués à perdre le contrôle des agences, qui se trouvent alors capturées par les intérêts les plus puissants du secteur.

La théorie de la capture peut être défendue dans le cas brésilien, comme nous l'analyserons plus loin : les agences sont, de fait, régulièrement accusées de ne veiller qu'au seul profit des entreprises, et de négliger les intérêts des consommateurs. Cette approche apparaît insuffisante, toutefois, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, tous les régulateurs ont, à certains moments, pris des décisions allant clairement à l'encontre des intérêts des grandes entreprises de leurs secteurs, telles que de lourdes sanctions financières, ou encore l'obligation de faire bénéficier les consommateurs de leurs gains de productivité. En deuxième lieu, si les directeurs sont bien nommés pour une période limitée, et peuvent donc être sensibles aux opportunités de carrière futures, le reste du personnel est, depuis, 2003, recruté sur concours. Ensuite, la théorie de la capture ne permet pas de rendre compte des multiples plaintes des milieux d'affaire concernant les pressions gouvernementales sur le fonctionnement des agences, sauf à considérer que ces plaintes ne seraient qu'un leurre stratégique visant en réalité à dissimuler la capture réelle de ces organismes. Enfin, il faut tenir compte du fait que les preuves empiriques de l'existence de « tourniquets » (*revolving door*) entre agences et secteur privé sont extrêmement difficiles à apporter : il est en effet malaisé de distinguer un échange de faveur d'un simple effet de spécialisation (un individu poursuivant simplement sa carrière dans son secteur de compétence).

### La théorie des engagements crédibles

La deuxième approche est celle dite des « engagements crédibles ». Elle se montre également critique à l'égard de la théorie classique d'une administration qui serait simplement au service de l'« intérêt général ». Toutefois, elle distingue fortement le comportement des acteurs politiques, supposés égoïstes et maximisateurs, de celui des régulateurs professionnels. Les premiers sont vus comme toujours susceptibles de succomber à des préoccupations électoralistes. Les seconds, idéalement, sont

des technocrates (typiquement des économistes) dédiés à l'intérêt général, celui-ci étant assimilé à l'efficacité économique.

Or, cet opportunisme des politiciens est particulièrement nuisible pour certains secteurs, dans lesquels des investissements de long-terme sont nécessaires : les investisseurs risquent en effet d'être découragés par le risque d'expropriation politique. Les politiciens peuvent alors être capables de remédier à cette situation en déléguant certaines décisions clefs auprès d'organismes indépendants. Ils renoncent ainsi volontairement à toute tentative d'intromission ultérieure, dans l'espoir que cette abdication générera une utilité supérieure pour la collectivité sur le long terme [Melo, 2001]. Dans le domaine des infrastructures, par exemple, il est généralement présumé que les agences ont pour but d'offrir aux investisseurs un cadre juridique stable, préservé des aléas des alternances et des changements de préférences politiques. La métaphore couramment employée est celle d'Ulysse et des sirènes: les politiciens, conscients de leurs faiblesses et de leur court-termisme, se lieraient volontairement les mains en créant des agences indépendantes, pour ne pas céder aux tentations futures [Pacheco, 2003]<sup>8</sup>. Cette théorie est presque unanimement adoptée par les économistes [Levy et Spiller, 1996; Shugart et Alexander, 2009].

L'approche par les engagements crédibles, qui tend à réactiver le vieux fantasme saint-simonien d'un « gouvernement des hommes » soluble dans une « administration des choses », présente l'inconvénient d'évacuer le caractère irréductiblement politique de l'activité régulatrice, qui se manifeste à deux niveaux. Le premier est le fort impact redistributif des règles édictées, tant en ce qui concerne les ressources économiques que les ressources politiques : les décisions des agences affectent en effet la rentabilité des entreprises, les tarifs acquittés par les usagers, les péréquations tarifaires ou les modalités d'accès au service, tout comme elles structurent l'accès de différents acteurs (entreprises, associations d'usagers et de consommateurs, gouvernements locaux, ONG, consultants externes) à la formulation et à la mise en œuvre des décisions publiques. Le deuxième niveau de « politisation » inhérente à la régulation est celui de la multiplicité des objectifs des agences : la plupart d'entre elles doit par exemple veiller à la rentabilité de certaines activités, mais également assurer la modicité tarifaire, stimuler les investissements, organiser des péréquations, le tout en consultant différents groupes d'acteurs. Or, l'arbitrage entre différents objectifs en compétition, dont aucun ne peut prétendre a priori à une prééminence absolue sur les autres, constitue bien le caractère distinctif de toute activité politique [Leca, 2000].

---

<sup>8</sup> Une idée souvent défendue, à cet égard, est que la création d'agences constituerait une option particulièrement attractive pour les régimes présidentiels tels que les Etats-Unis ou le Brésil: la difficulté à mettre sur pied des coalitions législatives, les rivalités incessantes entre les assemblées parlementaires et l'exécutif, peuvent en effet inciter les politiciens à mettre sur pied des agences, afin de minimiser les problèmes d'action collective. Les acteurs politiques se contenteraient alors de vérifications *ex post* de la régularité des décisions prises et de la qualité du fonctionnement interne (via des questions écrites ou orales, des commissions d'enquête et de contrôle, des audits publics).

Dès lors, en sous-estimant le caractère politique de la régulation, la théorie des engagements crédibles sous-estime par la même occasion les coûts qu'induisent des agences autonomes pour les acteurs politiques, et qui incitent ces derniers à interférer dans leurs décisions.

### Les approches en termes de principal/agent

La troisième approche, enfin, est celle dite du « principal-agent ». Généralement ancrée dans une perspective de choix rationnel, elle ne propose pas de vision unifiée des raisons ayant poussé les gouvernants à déléguer leur activité de régulation : il peut s'agir, selon les auteurs, d'une volonté de confier à des experts des tâches de plus en plus complexes ; de signaler sa bonne volonté aux investisseurs ; de mimétisme institutionnel ; ou encore, d'externaliser le blâme de sujets politiquement sensibles auprès de bureaucrates.

Quoiqu'il en soit, cette approche se distingue de celle des engagements crédibles dans la mesure où elle considère que les intérêts des gouvernants (le principal) et des agences (l'agent) tendent à diverger structurellement, ce qui incite le principal à vouloir contrôler de très près son agent. Dans ce cadre, et à l'inverse des deux théories précédentes, la plupart des auteurs considère le principal comme le grand gagnant de cette externalisation. Selon eux, les acteurs politiques élus parviennent en effet à instaurer certains mécanismes de contrôles (concernant par exemple les procédures de nominations, la détermination du budget, les exigences de *reporting* ou encore l'annulation des décisions de l'agence) leur permettant de limiter les « pertes d'agence » liées à la délégation [McCubbins, Noll et Weingast, 1987 ; Huber et Shipan, 2000]. En particulier, les tenants de cette approche ont mis en évidence le fait que les législateurs s'avèrent capables de mettre au point des « instructions procédurales » (par exemple, les critères devant guider la décision, les profils de recrutement du personnel, ou encore la consultation obligatoire de certains groupes avant la prise de décision) leur permettant de s'assurer que les décisions des agences satisferont leurs groupes de soutien les plus influents. En cas de divergence durable, la littérature américaine sur le Congrès tend à supposer que celui-ci modifiera les statuts de l'agence pour réduire sa discrétion.

Cette approche, dès lors, s'appuie sur un postulat d'efficacité des mécanismes de contrôle : l'usage d'un instrument est toujours supposé avoir pour effet de rapprocher les décisions des agences des préférences du principal, sans effet non voulu. Ce postulat nous apparaît critiquable, et appelle selon nous une reconceptualisation de la relation entre contrôle et autonomie.

## **1.2. Une conception non-déterministe du contrôle et de l'autonomie des agences**

L'hypothèse développée dans cette communication est que les approches en termes de principal-agent n'ont jusqu'ici pas suffisamment différencié les différents mécanismes de contrôle suivant leur effectivité. Ces approches ont ainsi tendu à nourrir une conception linéaire de la relation entre contrôle et autonomie : l'usage d'un mécanisme de contrôle augmenterait toujours le niveau effectif de contrôle (cf. figure n°1).

Cette conception de l'équivalence des instruments nous apparaît discutable. Certains mécanismes s'apparentent bien à des formes de contrôles directs, dont l'effet sur les décisions des agences s'avère relativement prévisible et univoque. C'est par exemple le cas de la capacité à révoquer un directeur rétif, de l'annulation d'une décision prise par une agence, ou encore de l'introduction d'une réforme légale visant à réduire l'autonomie politique des agences au profit d'une simple autonomie administrative. D'autres mécanismes, en revanche, opèrent de manière beaucoup plus indirecte et ont des effets plus incertains. Les restrictions budgétaires, par exemple, peuvent contraindre l'action des agences, mais également provoquer des réactions hostiles de la part des bureaucrates et mobiliser leur base de soutien, et de ce fait accroître, non diminuer, les conflits entre les régulateurs et les gouvernants. De la même façon, comme l'a montré Gregory Huber, le recours au patronage pour la nomination des directeurs d'agence peut aussi s'avérer inopérant : ces derniers peuvent développer au cours du temps des préférences autonomes, au contact par exemple d'une forte culture organisationnelle parmi les fonctionnaires de l'agence [Huber, 2007]. La formulation de menaces ou de condamnations publiques, quant à elle, peut s'avérer un instrument effectif de dissuasion, mais peut également ne constituer qu'un simple aveu d'impuissance. En d'autres termes, tous les mécanismes de contrôle ne se valent pas : certains contraignent bien les décisions de manière relativement univoque et prévisible; d'autres, en revanche, ont des effets ambigus, susceptibles de varier suivant le contexte politico-institutionnel dans lequel ils sont utilisés, suivant les réactions d'autres acteurs, et suivant les caractéristiques des organisations bureaucratiques à contrôler.

Au plan théorique, une telle proposition s'inscrit dans une tradition de recherche inaugurée par l'ouvrage collectif dirigé par Bert Rockman et Kurt Weaver [1993], qui cherche à rompre avec le déterminisme institutionnel, sans pour autant nier l'impact des institutions. Il s'agit de montrer, à la suite de ces auteurs, que les mécanismes formels ou informels de contrôle (traités comme autant d'institutions de contrôle) ont, tout comme de nombreuses institutions, une influence indéniable bien qu'ambiguë sur les décisions finalement adoptées.

La relation linéaire et positive entre usages des instruments et effectivité du contrôle, implicitement postulée dans la littérature en termes de principal/agent, doit donc être abandonnée au profit d'une conception moins déterministe (figure n°2). Dans cette conceptualisation, l'incertitude entourant le niveau effectif de contrôle est liée à deux facteurs : le premier est l'existence d'instruments de

contrôles « putatifs » aux effets *a priori* ambigus. Le second facteur d'incertitude est lié à la combinaison des instruments de contrôle, qui ne sont pas mutuellement excluables : différents types d'instruments, plus ou moins efficaces, peuvent être utilisés simultanément, ce qui complique l'appréciation globale de l'interaction entre pouvoirs politiques et agences. Nous verrons ainsi que, face aux coûts d'utilisation des contrôles effectifs, les gouvernants brésiliens ont eu recours à des instruments de contrôles putatifs, sans pour autant abandonner les contrôles *a minima* compatibles avec l'autonomie des agences.

Figure n°1 : Une conception linéaire de l'autonomie politique

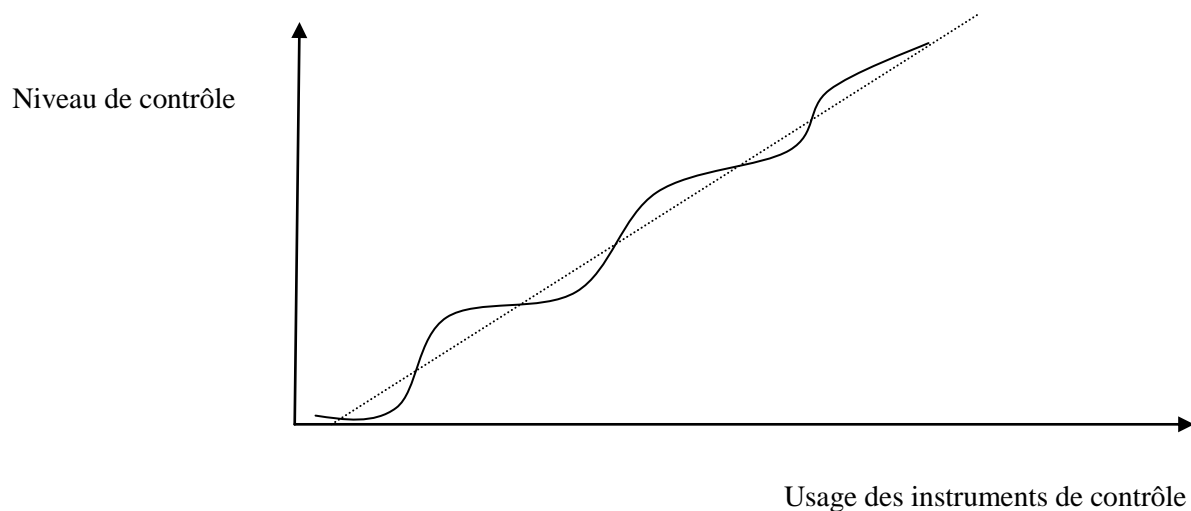
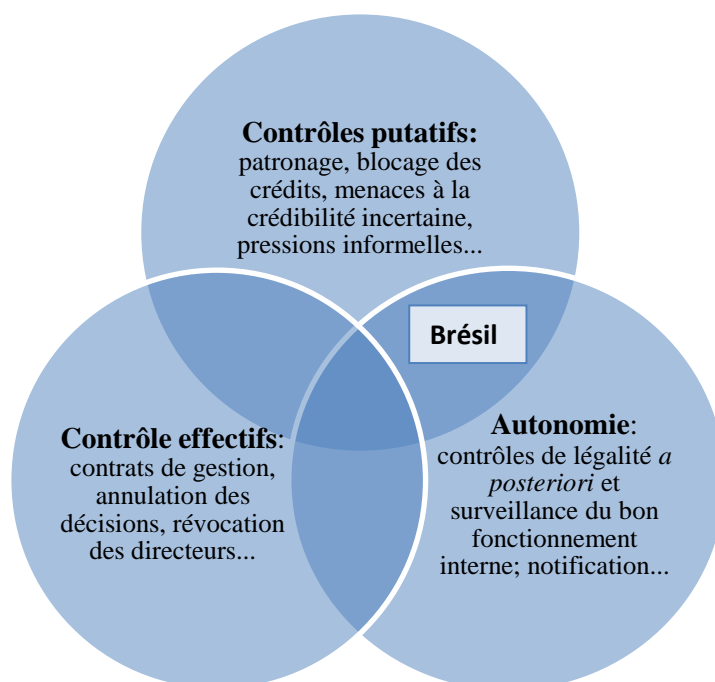


Figure n°2 : une conception non-déterministe de l'autonomie politique



Concluons cette section en rappelant que de nombreux auteurs ont regretté le déficit d'études empiriques permettant d'opérationnaliser et de substantiver, au-delà des analyses structurelles, les concepts d'« autonomie » et de « contrôle » [Thatcher, 2005 ; Chritiansen, 2010]. De telles études empiriques apparaissent d'autant plus nécessaires dès lors que, comme nous le défendons, les effets de certains instruments de contrôle apparaissent indéterminés *a priori*. Une étude fine est dans ce cas requise afin de retracer le sens des interactions observées, qui demeure plus que jamais une question empirique. C'est à une telle étude que sont consacrées les sections suivantes, avec, comme nous le verrons, une focalisation sur la relation entre l'exécutif (même si le rôle du Congrès sera également abordé) et les régulateurs économiques.

## **2. Vers un Etat régulateur brésilien ?**

La réforme administrative brésilienne des années 1990, qui a débouché sur la création de neuf agences de régulation, doit être replacée dans la longue durée, en soulignant la manière dont elle prolonge et rompt, tout à la fois, avec des tentatives récurrentes de professionnalisation de la bureaucratie.

### **2.1. L'administration brésilienne traditionnelle et ses anneaux bureaucratiques**

L'administration brésilienne a couramment été décrite comme une image inversée de l'idéal-type wébérien. Bien avant d'accéder à la présidence de la république en 1995, Fernando Henrique Cardoso, alors sociologue, avait consacré de longues analyses aux « anneaux bureaucratiques » qui sapaient selon lui l'efficacité de l'Etat brésilien. Ces anneaux étaient définis comme des coalitions provisoires d'intérêts spécifiques, généralement articulés autour du détenteur d'un poste politique, et organisés dans le but d'obtenir des bénéfices particuliers [Cardoso, 1973]<sup>9</sup>. La rivalité permanente entre ces anneaux maintenait l'Etat brésilien dans un Etat de conflit interne permanent, et assurait la capture de l'administration par de multiples circuits d'échange de faveurs. Durant la période contemporaine, la démocratisation, bien loin de diminuer l'orientation particulariste de l'action administrative brésilienne, a au contraire eu pour effet de la renforcer, en accroissant la compétition entre les différents groupes de patrons et de clients, le tout dans un contexte économique précaire [Hagopian, 1996; Mainwaring, 1999].

---

<sup>9</sup> A la différence des lobbys, toutefois, l'action des anneaux bureaucratiques ne se résumait pas à la promotion d'intérêts sectoriels, mais concernait un ensemble varié de domaines d'action publique, ce dont témoignait leur composition très hétérogène (fonctionnaires, entrepreneurs, militaires, dirigeants syndicaux, gouverneur).

Historiquement, ces caractéristiques structurelles de l'administration brésilienne ont provoqué, en réaction, des tentatives récurrentes de professionnalisation de la bureaucratie. Celles-ci ont notamment pris la forme d'enclaves administratives autonomes, se voulant relativement préservées des interférences politiques. Ainsi, le rêve technocratique brésilien a-t-il toujours été à la mesure du particularisme et de la politisation de la majeure partie de son administration [Chalmers, 1977]. Après les tentatives en demi-teinte de Getulio Vargas<sup>10</sup>, le régime militaire créa en 1967 ce qui reste connu sous le nom d'« autarcies », soit des instances administratives dotés d'une personnalité morale, d'un patrimoine et de recettes propres, en charge « d'exécuter les activités typiques de l'administration publique qui demandent, pour leur performance maximale, une gestion administrative et financière décentralisée<sup>11</sup> ». La constitution de 1988 a toutefois limité le développement de cette administration indirecte, en réaffirmant l'indivisibilité de l'administration sous l'autorité du président, et en alignant les régimes de contrôles politiques et juridictionnels sur ceux de l'administration directe.

Par rapport à cet héritage, la grande réforme administrative de la présidence Cardoso invoqua la nécessité de desserrer les « rigidités » de la Constitution de 1988, l'importation du modèle des agences de régulation autonomes étant alors présentée comme une reprise, quoique sous une forme plus radicale, de la tradition d'administration indirecte brésilienne et de ses tentatives d'isolation technocratiques.

## **2.2. La réforme administrative des années 1990**

Dans un contexte d'importation des préceptes de la « nouvelle gestion publique » dans l'administration brésilienne [Bresser-Perira, 2010], la mise en place des agences de régulation a été impulsée de manière très centralisée par la « Maison Civile » (*Casa civil*, l'équivalent brésilien du premier ministre) [Pacheco, 2006, p.4]. Neuf agences ont ainsi été créées entre 1996 et 2001, sous la présidence de Fernando Henrique Cardoso. Une seule a été créée par le gouvernement suivant, celui de Lula da Silva, en 2005.

Les agences de régulation brésiennes ont été très largement inspirées du modèle américain, dans lequel les agences indépendantes sont une caractéristique ancienne, remontant pour la plupart à la période d'expansionnisme étatique du New Deal. Ce modèle, caractéristique d'un régime présidentiel, accorde un rôle déterminant au Congrès dans la création des agences (par le biais de

---

<sup>10</sup> En 1933, Gétulio Vargas créa un « Institut du sucre et de l'alcool », première institution présentée comme autonome, avant de lancer une vaste réforme administrative, qui ne tint cependant guère ses promesses. En 1952, il créa la Banque Nationale de Développement (BNDES), bientôt réputée pour son professionnalisme et son indépendance à l'égard des pouvoirs en place.

<sup>11</sup> Décret du 25/02/1967.

lois ordinaires ou organiques), dans la nomination de leurs directeurs, et dans leur supervision. Tout comme aux Etats-Unis, c'est le Sénat qui, au Brésil, a la haute main sur les nominations. Proposées par le président de la république, celles-ci doivent ensuite être approuvées par la commission compétente (par exemple la commission des infrastructures), avant d'être confirmées en session plénière [Di Pietro, 2006].

Les agences de régulation brésiliennes sont des organismes dotés d'une personnalité juridique de droit public, d'une capacité administrative propre et d'une autonomie patrimoniale. Elles se distinguent des *autarquias* traditionnelles par leur absence de toute subordination hiérarchique, et leur pouvoir de réglementation. Elles sont créées par la loi et leur statut ne peut être modifié que par la loi<sup>12</sup>. Afin de renforcer leur indépendance, leurs décisions sont prises collégalement : les membres du collège de direction (les directeurs), généralement au nombre de cinq, bénéficient de plusieurs dispositions favorables à leur autonomie: ils jouissent d'un mandat fixe (entre trois et cinq ans suivant les agences) et décalés par rapport à celui du président. Ils ne peuvent être révoqués, sauf pour faute professionnelle grave. Leurs décisions ne sont passibles de recours qu'après des juridictions ordinaires (i.e. judiciaires, le Brésil n'ayant pas de justice administrative). Leur source de financement provient essentiellement d'une « taxe de surveillance » dont le montant est fixé par la loi de finance.

Même si la pertinence de cette distinction est parfois discutée, les analystes distinguent généralement les régulateurs économiques des régulateurs sociaux. Les premiers ont été créés spécifiquement pour remédier aux « défaillances » de certains marchés (provenant de monopoles naturels, d'asymétries d'informations, ou de fortes externalités). Ils ont la charge de déterminer des tarifs « compétitifs », de réguler les entrées et les sorties sur les marchés, d'attribuer et de réguler des concessions ou des licences, le tout, généralement, dans le cadre d'une participation croissante du secteur privé. On retrouve ces agences dans les secteurs des infrastructures : il s'agit de l'agence nationale des télécommunications (ANATEL), de l'énergie électrique (ANEEL), du pétrole (ANP), ainsi que des trois agences de transport : agence pour les transports terrestres (ANTT), pour l'aviation civile (ANAC) et pour les transports par voie d'eau (ANTAQ) [Di Pietro, 2006]. Les secteurs stratégiques qu'elles régulent contribuent, au total, à environ 13% du PIB national selon l'institut statistique national (IBGE).

Les régulateurs sociaux sont quant à eux des entités plus exécutives, dont la légitimité provient essentiellement d'une volonté de limiter les asymétries d'information et les externalités négatives de

---

<sup>12</sup> Le statut des agences ne peut donc pas être modifié par le recours à une « mesure provisoire » émise par le président brésilien, et qui a dans ce pays force de loi pendant 120 jours.

certaines secteurs. Ils sont davantage orientés vers une activité de surveillance et de police administrative, et régulent des

secteurs où l'Etat n'était pas, auparavant, le principal opérateur. Il s'agit de l'agence nationale de veille sanitaire (ANVISA), de l'agence nationale des ressources en eaux (ANA), de l'Agence Nationale du Cinéma (ANCINE) et de l'agence nationale de la santé complémentaire (ANS).

En suivant Regina Pacheco [2006], il convient de relever que ces deux types de régulateur ne soulèvent pas nécessairement les mêmes problématiques. Nous nous focalisons dans cette communication sur les régulateurs économiques, dans la mesure où ceux-ci reconfigurent largement les relations entre Etat et marché, et où le conflit des intérêts (entre usagers et entreprises notamment) y est souvent plus frontal que pour les régulateurs sociaux.

Le tableau suivant synthétise les principales caractéristiques des agences de régulation brésiliennes.

**Tableau n°1 : Liste des agences de régulation brésiliennes**

	Date de création	Interlocuteur ministériel	Nombre de directeurs	Nombre de fonctionnaires statutaires <sup>13</sup> (2010)
Agence National de l'Energie Electrique (ANEEL)	1996	Ministère des Mines et de l'Energie	5	365
Agence National des Télécommunications (ANATEL)	1997	Ministère des Communications	5	720
Agence Nationale du Pétrole (ANP)	1997	Ministère des Mines et de l'Energie	5	485
Agene Nationale de Veille Sanitaire (ANVISA)	1999	Ministère de la Santé	5	810
Agence Nationale de Santé Complémentaire (ANS)	2000	Ministère de la Santé	5	340
Agence Nationale de l'Eau (ANA)	2000	Ministère de l'Environnement	5	266
Agence Nationale de Transport par voie d'eau (ANTAQ)	2001	Ministère des Transports	4	220
Agence National de Transport Terrestre (ANTT)	2001	Ministère des Transports	5	590
Agence National du Cinéma (ANCINE)	2001	Maison civile (≈ 1 <sup>er</sup> ministre)	4	150
Agence Nationale de l'Aviation civile (ANAC)	2005	Ministère de la Défense	5	922

<sup>13</sup> Source : Sindicato Nacional dos Servidores das Agências Nacionais de Regulação (SINAGÊNCIAS). Ces chiffres ne prennent pas en compte les employés contractuels, qui sont généralement plusieurs dizaines, voire, dans le cas de l'ANATEL, plusieurs centaines. Aucune donnée fiable n'existe encore en la matière.

Cette étude se concentre plus particulièrement sur les régulateurs économiques. Ceux-ci présentent en effet un ensemble de spécificités par rapport aux régulateurs sociaux, liées aux relations directes qu'ils entretiennent avec les opérateurs privés : leur activité d'arbitrage entre des intérêts contradictoires (usagers, entreprises, Etat) y est ainsi plus manifeste, ce qui rend leur fonction plus éminemment politique. Si les cas des régulateurs électrique (ANEEL) et des télécommunications (ANATEL) seront les plus mobilisés, nos hypothèses prétendent s'appliquer aux six régulateurs économiques. En ce qui concerne les pouvoirs politiques, notre analyse porte à la fois sur les pouvoirs exécutifs et législatifs. Toutefois, dans la mesure où la création des agences représente une rupture d'ampleur particulière pour l'exécutif (qui y perd une partie de son contrôle sur l'administration), nous nous concentrerons parfois plus spécifiquement sur ce dernier.

Précisons, pour conclure cette section, que cette étude ne traite que du contrôle exercé par les acteurs politiques, et non du contrôle juridictionnel, qui mériterait à lui seul une étude spécifique.

### **3- Le « dilemme du contrôle » des politiciens brésiliens**

Les politiciens brésiliens font face à un « dilemme du contrôle » dans leur relation aux agences : les coûts de l'autonomie politique leur apparaissent tout autant prohibitifs que les coûts d'instauration d'un contrôle effectif. Les coûts de l'autonomie sont liés à trois facteurs principaux : la forte saillance politique de certaines décisions des agences, qui sont toujours susceptibles de se transformer en controverses publiques ; le caractère fondamentalement contesté de la frontière entre régulation économique et formulation des politiques publiques ; et la nécessité de coordonner l'action des agences avec celles des autres organes administratifs.

#### **3.1. Les coûts politiques de l'autonomie**

Les régulateurs économiques opèrent dans des secteurs essentiels pour le bien-être des citoyens, dont l'organisation affecte la vie quotidienne : électricité, télécommunications, transports publics. Les décisions prises sont donc susceptibles de faire l'objet d'une forte politisation : soit qu'elles affectent directement les intérêts d'un grand nombre de citoyens, soit qu'elles soient porteuses d'effets spectaculaires et fortement publicisés. Or, cette politisation ne peut laisser les gouvernants indifférents, dans la mesure où les stratégies d'externalisation du blâme s'avèrent souvent inopérantes : les citoyens reprochent alors aux gouvernants l'(in)action des agences, et les enjoignent à intervenir.

### **3.1.1. La saillance politique de la régulation**

La saillance politique de la régulation économique concerne naturellement, au premier plan, les décisions tarifaires. Le caractère potentiellement contesté de ces décisions se trouve accru, au Brésil, par un droit de la consommation très développé. Depuis la promulgation d'un code de défense du consommateur (CDC) en 1990, les consommateurs brésiliens peuvent en effet compter sur un « procureur en charge de la protection et de la défense du consommateur » (Procon), institution rattachée au pouvoir judiciaire. Le Procon oriente les consommateurs dans leurs réclamations, les informe de leurs droits, et tente de régler les conflits entre les entreprises et les consommateurs par la médiation, avant, en cas d'échec, de déférer les plaintes auprès d'une juridiction civile spécifique. Il jouit d'un important maillage territorial, ses représentations étant mis en place par les Etats et/ou les municipalités. Outre le Procon, les consommateurs peuvent également compter sur une puissante association de défense des consommateurs, l'IDEC (*Instituto de Defesa do Consumidor*), et sur des services d'assistance juridique gratuits dans tous les Etats (*Defensoria Publica*).

Jointes aux médias, ces organismes jouent un rôle essentiel dans la canalisation et la publicisation des plaintes des consommateurs. Un exemple révélateur de cette capacité de mise à l'agenda est celui d'une décision récente de l'agence nationale pour l'énergie électrique (ANEEL). En 2009, l'ANEEL reconnut avoir commis une erreur dans ses formules de révisions tarifaires utilisées depuis 2002, erreur ayant conduit à une surévaluation systématique des tarifs acquittés par les consommateurs<sup>14</sup>. Dans un rapport publié à la fin de la même année, la Cour des Comptes évalua à entre 1 et 1,8 milliard de R\$ (entre 627 millions et 1,12 milliards de US\$) le surcoût annuel de cette erreur, ce qui représentait, sur les sept années, un minimum de 7 milliards de R\$ de surfacturation (4,38 milliards de US\$).

Malgré la reconnaissance publique de ce préjudice, l'agence refusa d'ordonner aux distributeurs de rembourser les consommateurs, provoquant l'indignation générale. La fédération patronale la plus importante du pays elle-même (la FIESP) se permit de critiquer la décision de l'agence par la voix de son président : « Il y a eu une négligence de la part du gouvernement fédéral, et un avantage illégal a été obtenu par les distributrices<sup>15</sup> ». De nombreuses voix s'élevèrent pour exiger du pouvoir politique qu'il modifiât la décision de l'agence, et ce malgré l'absence de tout pouvoir juridique en la matière.

---

<sup>14</sup> Au lieu de prendre comme base du réajustement les recettes projetées des opérateurs pour les 12 mois suivants, l'agence utilisa comme base les recettes des 12 mois passés. Celles-ci portant sur un nombre moins important de consommateurs, requéraient des tarifs plus élevés afin d'amortir les investissements.

<sup>15</sup> Brasil Econômico, "Fiesp repudia decisão da Aneel de não ressarcir consumidores", 16/12/10

En réaction à ces pressions politiques, un groupe de 204 députés (sur 513) se constitua pour demander à l'ANEEL, dans un document écrit, de reconsidérer sa décision, affirmant que « l'agence ne peut esquiver son obligation d'agir dans le sens d'une protection du droit des consommateurs, droit qui fut en la matière lésé<sup>16</sup> ». Le rapport en profita pour se livrer, au passage, à une critique acerbe de l'action de l'Aneel depuis sa création, notant qu'à 80 R\$ le mégawatt/heure en moyenne (50 US\$), le tarif moyen d'électricité au Brésil était supérieur à celui des pays du G-8. D'autres organes gouvernementaux furent ensuite interpellés : le député coordinateur du rapport en appela notamment à l'intervention du Trésor public, afin de déterminer « la manière dont les concessionnaires ont comptabilisé le produit de cette surfacturation<sup>17</sup> ».

Dans un rapport rendu public en 2010, l'IDEC incrimina à son tour le gouvernement dans son ensemble, et pas seulement le régulateur : « la méthodologie adoptée pour le calcul des réajustements contrevient à au moins deux principes législatifs, auxquels l'ANEEL, tout comme le Ministère des Mines et de l'Energie, est soumise » [IDEC, 2010, p. 34].

Mais les décisions tarifaires sont loin d'être les seules à pouvoir être érigées rapidement en problème public, plaçant ainsi les gouvernants dans une situation difficile. Toujours en ce qui concerne l'électricité, les coupures et les black-outs rendent également difficilement tenable l'abdication des gouvernants face au pouvoir des agences<sup>18</sup>. Les difficultés de la non-ingérence ont été spectaculairement illustrées en 2001, lors de la grande crise énergétique (*apagao*) qu'a alors connu le pays<sup>19</sup>. Les directeurs de l'ANEEL ont été, à cette occasion, tellement critiqués (sans toutefois démissionner, s'accrochant ainsi à la lettre de leur indépendance juridique) que le président Fernando Henrique Cardoso s'est vu contraint de mettre en place un « comité de gestion de la crise énergétique » (CGCE) directement rattaché à la présidence, et qui a *de facto* déssaisi l'agence de ses prérogatives durant la phase de résolution de la crise.

Dans un tout autre secteur, celui de l'aviation civile, des crises spectaculaires sont également susceptibles de survenir à tout moment, pressant alors les gouvernants à intervenir. Un exemple est celui du « chaos aérien » de la fin 2006 et du début 2007, qui fut initié par un choc, en plein air, de deux appareils, provoquant la mort de 154 personnes<sup>20</sup>. Cet évènement servit de déclencheur pour une

---

<sup>16</sup>Valor Econômico, « Aneel nega pedido de reconsideração no cálculo de reajuste da tarifa », 25/01/2011.

<sup>17</sup>*Ibid.*

<sup>18</sup> Selon des études, dans plusieurs Etats du Nord-Est brésilien, la fourniture est interrompue plus de 1000 heures par an, ce qui équivaut à plus de quarante jours sans électricité

<sup>19</sup> La crise énergétique a été attribuée à plusieurs facteurs: une faible pluviométrie, qui a réduit le niveau d'eau des réservoirs hydroélectriques; les carences de la planification ; l'insuffisance des investissements. De fait, la capacité installée ne s'est accrue que de 28% sur la période 1990-1999, alors que la demande d'électricité augmentait de 45%.

Le gouvernement Cardoso annonça alors l'urgence de réduire la consommation domestique de 20% dans l'ensemble du pays : des récompenses furent prévues pour les consommateurs « vertueux », les autres étant punis par des tarifs prohibitifs. La crise passée, Le ministre de l'Energie estima qu'elle avait coûté en moyenne 320 R\$ à chaque brésilien, soit 200 US\$.

<sup>20</sup> Veja, « A volta do caos », 31/11/2007

mise à l'agenda des nombreux problèmes du secteur, qui furent amplement relayés par les médias et exploités par l'opposition politique : fonctionnement en surcapacité des aéroports, déficiences des radars, retards des vols... tous problèmes imputés, entre autres, à l'incapacité de l'ANAC à attirer les investissements nécessaires. La politisation du secteur aérien fut alimentée pendant plusieurs mois par les grèves à répétition des contrôleurs aériens, avant que le « chaos aérien » ne s'achève tragiquement avec l'accident, le 17 juillet 2007, d'un Airbus A320 de la plus grande compagnie nationale (la TAM), qui tua 199 personnes en allant s'écraser contre un entrepôt de l'aéroport de Sao Paulo.

L'agence nationale pour l'aviation civile (ANAC), unique agence créée par le gouvernement Lula, fut naturellement placée sous le feu des critiques. Son président, nommé par le parti majoritaire (le PT) était lui-même issu du secteur touristique, et se révéla à cette occasion dépourvu de toute connaissance de son nouveau secteur d'intervention. L'une des directrices de l'agence fut de son côté accusée d'avoir édicté des normes excessivement favorables aux entreprises, et d'avoir fermé les yeux sur des rapports d'experts alarmistes quant à l'état des pistes de l'aéroport de Sao Paulo. Sous la pression du gouvernement lui-même, les cinq directeurs furent finalement contraints de démissionner (bien que les deux drames aériens n'aient à aucun moment été qualifiés juridiquement comme « fautes professionnelles graves », et qu'ils n'aient eu dès lors aucune obligation à le faire).

Une dernière illustration typique de la saillance politique de la régulation, dans le secteur des télécommunications cette fois, concerne l'annonce par l'Anatel, au début de l'année 2011, de la mise en place d'un système de surveillance des appels téléphoniques des particuliers, intégré aux systèmes d'information des opérateurs téléphoniques. Justifié par la nécessité de mieux contrôler les facturations effectuées par les opérateurs, ainsi que les modalités de constitution de leurs bases de données, cette mesure a soulevé une vague d'oppositions, alimentées par les craintes de manquement à la confidentialité des données. Ici encore, le gouvernement s'est vu contraint de prendre position et de condamner sévèrement l'action du régulateur.

Au-delà de ces quelques cas typiques, la politisation de la régulation revêt en fait un caractère permanent, du fait des accusations récurrentes de « capture » des agences par les entreprises qu'ils régulent, et qui ne cessent de mettre en cause la légitimité même du modèle de régulation en vigueur.

Les observateurs critiques des agences de régulation brésiliennes (associations de défense des consommateurs, journalistes, chercheurs, magistrats) avancent ainsi quatre grandes preuves de la « capture » de ces organismes par les grandes entreprises du secteur. Ils mettent l'accent, en premier lieu, sur le fait que les processus de consultation réalisés par les agences privilégient systématiquement les entreprises. Tout se passe en effet comme si les gouvernants avaient délibérément cherché à biaiser

le processus consultatif, afin de contraindre les agences à prêter une attention particulière aux arguments des entreprises régulées. On se retrouverait de ce point de vue dans une configuration hybride, le « principal » favorisant directement la capture de l'agence par les régulés. Cette distorsion se manifeste dans le poids que les entreprises occupent au sein des « comités consultatifs » des agences. Par exemple, dans le cas de l'ANAC, sur 22 conseillers, seuls 2 représentent les usagers. En conséquence, la participation des consommateurs se trouve extrêmement réduite, lorsqu'elle existe, tandis que les entreprises ont tout loisir de faire valoir leurs intérêts [Boschi et Lima, 2002, p. 155-252]. Certains observateurs n'hésitent dès lors pas à assimiler l'activité des agences à une « véritable privatisation de l'appareil de l'Etat et des fonctions publiques » (Maciel, 2007, p. 3). Sans surprise, l'IDEC plaide pour que dans chaque conseil de direction, l'un des directeurs soit nommé par les représentants des consommateurs, mais sans succès jusqu'à présent (IDEC, 2010, p.35).

En deuxième lieu, les critiques mettent en cause l'absence de formation des régulateurs en matière de défense du consommateur, qu'il s'agisse des acteurs politiques de carrières, des fonctionnaires issus de l'ancien département ministériel, ou bien des anciens salariés des entreprises régulés.

En troisième lieu, les critiques condamnent l'existence de « tourniquets » (*revolving doors*) grâce auxquels de nombreux régulateurs poursuivent leur carrière dans les entreprises du secteur. Les exemples en la matière sont fortement médiatisés : la presse répète par exemple à l'envi que l'actuel directeur de l'ANEEL était, auparavant, le directeur de l'Association Brésilienne des Entreprises de Distribution Electrique (ABRADEE). A l'ANAC, l'un des directeurs en poste occupait une responsabilité importante au sein d'une des principales compagnies aériennes, et de nombreux fonctionnaires de l'agence ont pris l'habitude d'aller travailler dans l'une d'entre elles [Haag, 2007]. A l'ANP, plusieurs directeurs travaillaient auparavant chez Pétrobras, la grande entreprise pétrolière du pays, majoritairement détenue par l'Etat. Le président de la commission d'enquête parlementaire portant sur le refus de l'Aneel de rembourser les consommateurs lésés déplorait ainsi, au moment de la sortie de son rapport: « les directeurs de l'agence en sortent avec un emploi garanti pour certaines entreprises qu'ils ont aidé quand ils étaient à l'intérieur<sup>21</sup> ».

La réalité de cette capture peut être discutée<sup>22</sup>. Ce qui importe ici est de noter qu'elle nourrit des controverses permanentes autour de l'activité régulatrice, controverses qui rendent la non-interférence des gouvernants difficilement tenable.

---

<sup>21</sup> O Estado de São Paulo, "Aneel foi capturada por distribuidoras", 30/11/2009.

<sup>22</sup> Comme nous le notions auparavant, il est difficile de distinguer les phénomène de « capture » véritable des simples effets de spécialisation. L'effet peut d'ailleurs être le même (une attention particulière accordée aux intérêts des entreprises privées). Mais le mécanisme est « économique » dans le premier cas (l'espérance de bénéfices futures) et sociologique dans le second (internalisation des « manières de voir » du secteur).

La quatrième preuve de capture avancée concerne l'explosion du nombre de recours judiciaires déposés par les particuliers contre les décisions des agences. Depuis leur création jusqu'en 2011, pas moins de 83 000 procédures judiciaires impliquant les agences ont été dénombrées. Sur ce total, 38 600 concernaient des recours déposés contre une de leurs décisions administratives, pour une durée moyenne par procédure de 6,5 années. Sur les dix thèmes de réclamation les plus fréquents du bureau du Procon de Sao Paulo (le bureau le plus important du pays), deux seulement concernaient, en 1990, ce qui constitue à présent l'un des secteurs d'intervention des agences. En 2010, huit des dix thèmes de réclamations les plus fréquents les concernaient<sup>23</sup>. Le directeur du bureau ne mâchait d'ailleurs pas ses mots : « La plupart du temps, les agences édictent des normes qui portent préjudice aux consommateurs. Non seulement ils ne nous aident pas, mais ils compliquent notre travail<sup>24</sup> ». Le directeur de l'information de l'IDEC exprimait le même sentiment de manière plus directe : « aujourd'hui nos relations avec les agences sont conflictuelles<sup>25</sup> ».

Ces controverses et débats publics sont une preuve, parmi d'autres, du caractère intrinsèquement politique de l'activité régulatrice, qui arbitre entre des objectifs potentiellement contradictoires et qui redistribue en permanence les ressources économiques et politiques. Celui-ci a pour effet de rendre difficilement tenable la neutralité des gouvernants, dans la mesure où l'externalisation du blâme ne fonctionne pas : les groupes de défense des consommateurs, les médias, l'opposition politique ne souscrivent généralement pas, que cela soit par conviction ou par calcul, à l'idée d'une irresponsabilité gouvernementale en matière de régulation. Ainsi, les controverses publiques liées aux décisions des agences incitent constamment les pouvoirs publics à intervenir, en dehors de toute base juridique pour le faire.

Une autre incitation, pour les gouvernants, à restreindre l'autonomie des agences, tient à la propension de celles-ci à outrepasser leurs prérogatives, pour s'aventurer sur le terrain de la formulation des politiques publiques. Les gouvernants doivent alors intervenir afin de réaffirmer ce qu'ils estiment être leur propre domaine de compétence.

### ***3.1.2. Régulation et formulation des politiques publiques : une frontière contestée***

La distinction entre ce qui relève de la régulation économique, d'une part, et ce qui relève de la formulation des politiques publiques, d'autre part, ne répond pas à des critères indiscutables. Elle est bien plutôt sujette à interprétations divergentes et contestées. L'exécutif et les parlementaires sont donc constamment amenés à défendre leur périmètre d'intervention contre ce qu'ils estiment être une immixtion indue des agences dans leur domaine d'activité.

---

<sup>23</sup> Jornal da tarde, "Agência reguladora falha ao 'proteger' o consumidor, 26 de setembro de 2010.

<sup>24</sup> Jornal daTarde, *ibid.*

<sup>25</sup> Carlos Tadeu de Oliveira, In: Jornal daTarde, *ibid.*

Fondamentalement, la propension des agences à outrepasser leurs prérogatives est liée à l'asymétrie d'informations dont ils bénéficient vis-à-vis de leurs interlocuteurs ministériels. Ces derniers ont généralement été privés de leurs fonctionnaires les plus compétents, au bénéfice des agences. Selon Enrique Saravia [2002], le « modèle régulateur » brésilien a ainsi considérablement affaibli les compétences techniques à disposition de l'exécutif, ce qui a sapé sa capacité à formuler des politiques publiques cohérentes et efficaces. Une telle asymétrie « amène naturellement les entités régulatrices à prendre des décisions qui excèdent leurs compétences de simples mises en oeuvre des politiques sectorielles ». Ce risque est explicitement reconnu dans un rapport rédigé par l'exécutif en 2003, rapport qui a servi de base à un projet de loi visant à réduire l'autonomie des agences (et que nous analysons plus en détail dans la section suivante). Ce texte affirme que la « prise de distance des agences à l'égard de l'exécutif peut déboucher sur une concurrence accrue avec les pouvoirs exécutifs et législatifs en matière de formulation des politiques publiques » [Brasil, Casa Civil, 2003, p.26].

De tels conflits de définition des périmètres se sont exprimés récemment dans le domaine des télécommunications, lorsque l'ANATEL a publié sa proposition de plan national pour le haut débit (PNBL), à la demande initiale du président Lula en mai 2010. La proposition a finalement été jugée, par l'actuelle présidente, insuffisamment ambitieuse et trop accommodante avec les entreprises<sup>26</sup>. Les internautes se sont alors mobilisés, par le biais de twitter notamment, pour sommer le gouvernement de prendre ses responsabilités en la matière, arguant que la planification stratégique était de son ressort, et non de celui de l'ANATEL. Le retour dans le jeu du ministère des communications<sup>27</sup> a alors provoqué d'importants délais : le plan, qui devait être initialement approuvé le 1<sup>er</sup> janvier 2011, ne l'était toujours pas au 1<sup>er</sup> juillet. Toutefois, les activistes à l'origine de la campagne intitulé « le haut débit est votre droit ! » apparaissent sans illusions sur la capacité réelle du gouvernement à jouer un rôle déterminant dans la rédaction du plan. Comme le résume l'un des organisateurs dans la presse, « le Ministère des Télécommunications veut désormais jouer son rôle dans la formulation. Pour cela, il a besoin d'une capacité de penser, ce dont, à strictement parler, il ne dispose pas. Parce que cette capacité a été évidée (*evaziada*) durant le gouvernement Fernando Henrique Cardoso, et n'a pas été reconstruite sous le gouvernement Lula. Par conséquent, c'est l'Anatel qui endosse ce rôle : l'agence a aujourd'hui, pour le meilleur et pour le pire, une équipe technique qui lui permet de penser des

---

<sup>26</sup> Initialement, l'objectif du gouvernement était que les entreprises fournissent un service internet de 600 kilobits par seconde (Kbs) pour 35 R\$ avec impôts, ou 29, 90 R\$ sans impôt, ET sans l'obligation de contracter un abonnement à une ligne fixe. La présidente, cependant, désire un service d'un mégabit par seconde (1Mbs) pour le même prix. Les concessionnaires privés font cependant pression sur le gouvernement pour obtenir un groupage obligatoire (contrats de téléphonie mobile et fixe, et/ou de télévision cablée). Les activistes critiquent également le fait que le gouvernement n'ait pas fixé de règle claire en matière de tarifs, de qualité et d'universalisation.

<sup>27</sup> Andreza Matais e Ana Flor, Folha de São Paulo

choses<sup>28</sup> ». Récemment, la nouvelle présidente a encore fait savoir qu'elle considérait que les « agences régulatrices outrepassent trop souvent leur périmètre d'action en formulant les politiques publiques, créant des problèmes pour l'exécutif<sup>29</sup> ».

Il convient ainsi de noter que les asymétries d'information au bénéfice des régulateurs réactivent, en les portant à leur plus haut point, les craintes classiques d'un « Etat administratif ». Ce qui nous intéresse ici plus particulièrement est d'observer que les agences, en dépeuplant les départements ministériels, se retrouvent en position de force pour peser sur la formulation de politiques publiques portant sur des sujets techniquement complexes. Les gouvernants sont alors amenés à surveiller de très près le fonctionnement des agences, et à intervenir *ex post* dans leur décision quand il s'avère qu'elles ont outrepassé leur mandat.

Le troisième et dernier motif rendant l'indifférence des gouvernants difficilement tenable est lié à la nécessité, pour l'exécutif en particulier, d'intervenir régulièrement afin de coordonner l'action des agences de régulation avec celles des autres organes administratifs, et d'arbitrer entre les différentes prérogatives de ces instances.

### ***3.1.3. Les agences face aux autres organes administratifs : une coordination problématique***

Un enjeu récurrent, qui sollicite également les arbitrages du gouvernement, est en premier lieu celui de l'articulation des agences aux autorités de lutte contre la concurrence. Depuis 1994, en effet, trois organismes différents composent un « système brésilien de défense de la concurrence » (SBDC) : le Conseil Administratif de Défense Economique (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, CADE), restructuré en 1994 mais dont la création remontait à 1962 ; le Secrétariat pour la Législation Economique (*Secretaria de Direito Econômico*, SDE), rattaché au ministère de la Justice ; et le Secrétariat pour le Suivi Economique (*Secretaria de Acompanhamento Econômico*, SEAE), qui relève du ministère des Finances. Les fonctions de jugement sont assumées par le CADE, tandis que le SDE est le principal organe d'enquête, et que le SEAE a pour mission essentielle de fournir des analyses économiques. Ces organisations sont régulièrement complimentées par les institutions internationales pour leur intégrité, leur capacité administrative et leur autonomie [OCDE, 2005]. Or, les agences de régulation, et particulièrement les régulateurs économiques, contribuent elles aussi à encadrer la participation des acteurs économiques dans les secteurs qu'elles régulent, aussi bien en ce qui concerne la concurrence « pour » le marché (appels d'offre) que « dans » le marché. Elles interfèrent donc directement avec le SBDC, et avec le CADE en particulier.

---

<sup>28</sup> Entretien avec Pedro Caribé, Observatoire du Droit à La Communication: "Pourquoi le Haut débit n'est pas (encore) pour tout le monde, Outras Palavras, 21/062011.

<sup>29</sup> Veja, Governo quer ampliar controle de agências reguladoras, 22/04/2011.

Pour coordonner ces activités, le gouvernement a en 2009 pressé le CADE d'établir un groupe de travail chargé de réfléchir à ses modes de coordination avec les agences. Cette réflexion a débouché sur la signature d'accords de coopération technique entre l'organisme et les agences, mais sans qu'un principe clair de répartition des compétences ait pu être trouvé. Il est probable, en réalité, qu'il ne le soit jamais véritablement, et que le gouvernement soit régulièrement sollicité pour arbitrer les conflits de compétence entre le CADE et les agences [Chinaglia et Carvalho, 2009].

Un autre problème de coordination requérant une attention soutenue de la part de l'exécutif concerne la compétition entre les agences elles-mêmes, qui vient redoubler, et parfois considérablement compliquer, la classique compétition inter-ministérielle. A titre d'illustration, un thème tel que celui de la navigabilité des cours d'eau a vu se multiplier les conflits entre organes gouvernementaux, auxquels les agences ont pris leur part. Traditionnellement, ce domaine d'intervention mettait aux prises, d'un côté, le ministère de l'environnement et les entreprises de transports fluviaux, soucieux de préserver sur l'ensemble de l'année un étiage suffisant pour permettre la navigabilité ; et, d'un autre côté, le ministère de l'énergie allié aux hydroélectriciens, privilégiant la construction de barrages et de retenues d'eau. Or, dans les conflits récents (aménagement des fleuves Tietê, São Francisco, Tocantin...) le ministère de l'environnement a pu compter sur le soutien de l'agence nationale des eaux (ANA) et de l'agence nationale des Transports par voie d'eau (ANTAQ), tandis que le ministère de l'Énergie recevait, logiquement, l'appui de l'ANEEL. De l'avis de nombreux observateurs, une telle prolifération institutionnelle rend les arbitrages présidentiels plus complexes et chronophages<sup>30</sup>. C'est particulièrement le cas lorsque les agences nationales doivent se coordonner avec les agences autonomes des Etats et des municipalités, qui ont également proliféré dans ces secteurs .

D'une manière générale, il convient de replacer la création des agences dans le processus, plus large, d'adjonction institutionnelle typique de l'action publique brésilienne. En effet, la nécessité de forger des compromis complexes entre l'exécutif et les membres du Congrès, afin d'impulser chaque réforme institutionnelle, explique qu'il est souvent plus simple d'ajouter à l'existant plutôt que de le remettre frontalement en cause. On assiste alors à un phénomène classique de superposition institutionnelle tel qu'analysé par la littérature néo-institutionnaliste historique [Streeck et Thelen, 2005]. C'est ainsi que, lorsque le gouvernement Lula s'est efforcé de créer les bases institutionnelles d'un retour à une politique industrielle volontariste, il a mis en place une agence brésilienne de développement industriel (ABDI), chargée de planifier et de définir les stratégies d'action en matière de politique industrielle, ce qui inclut naturellement le secteur des infrastructures. Cet organisme devra donc se coordonner à l'avenir avec les agences, en plus d'avoir à définir ses relations avec la grande banque d'investissements publique (la BNDES), et avec l'organe en charge de l'attraction des investissements

---

<sup>30</sup> Sérgio Barreto Motta, "Briga pela água dos rios", NetMarinha, 09/09/2010.

directs de l'étranger (Apex-Brasil). A chaque fois, les arbitrages politiques de l'exécutif seront sollicités pour tâcher de minimiser les coûts de transaction croissants entre ces divers organismes.

Enfin, l'exécutif peut être sollicité pour assurer des coordinations sectorielles spécifiques. Par exemple, dans le secteur de l'électricité, et suite aux dysfonctionnements constatés sur le marché de vente en gros (*mercado atacadista de eletricidade*- MAE) à l'occasion de la crise énergétique de 2001, l'ANEEL a demandé aux gouvernants d'assumer elle-même la supervision de ce marché, auparavant confiée à une association autonome (l'ASMAE). Aux termes d'une loi de réorganisation du secteur de 2002, les gouvernants ont finalement donné satisfaction à l'ANEEL.

En résumé, il apparaît donc que pour au trois grandes raisons (saillance politique des enjeux ; propension des agences à outrepasser leur activité de régulation en empiétant sur le domaine gouvernemental de formulation des politiques publiques ; nécessité de coordonner les activités d'un nombre croissant d'organes administratifs), les coûts politiques d'une pleine autonomie accordée aux agences peuvent s'avérer extrêmement élevés pour les gouvernants. Ceux-ci sont donc incités à vouloir exercer un contrôle étroit sur l'activité des agences, afin de veiller à l'alignement des préférences. Le problème est que l'instauration d'un contrôle direct, effectif, présente lui aussi des coûts prohibitifs. Les gouvernants se trouvent alors confrontés à un « dilemme du contrôle » particulièrement complexe.

### **3.2. Les coûts politiques d'un contrôle effectif**

La manière la plus directe d'assurer un contrôle politique des agences consiste à réaliser une réforme institutionnelle qui établisse un lien direct de subordination hiérarchique vis-à-vis du pouvoir exécutif. Un tel projet a été poursuivi par le gouvernement depuis 2003, mais n'est pas parvenu à aboutir jusqu'à présent. Après avoir décrit cette tentative avortée, nous en analysons les raisons. Celles-ci tiennent tout particulièrement à la réputation organisationnelle que les agences ont su construire auprès de divers groupes de soutien : milieux d'affaire, parlementaires, secteurs de la population appréciant leur caractère technocratique. Cette réputation des agences, définie comme une conviction partagée qu'elles remplissent efficacement certaines fonctions, a considérablement haussé les coûts politiques d'une éventuelle « mis au pas » gouvernementale.

#### **3.2.1. *L'impossible réforme institutionnelle du PT***

A son arrivée au pouvoir, en 2003, le Parti des travailleurs exprima rapidement un diagnostic critique à l'égard du fonctionnement des agences. Dans le sillage du président lui-même, les ténors de la

nouvelle majorité dénoncèrent une excessive concentration des pouvoirs entre leurs mains, l'absence de mécanismes institutionnels permettant de garantir leur responsabilité politique, ainsi que la faiblesse du contrôle juridictionnel. Ils annoncèrent alors l'élaboration imminente d'un projet de loi visant à instaurer une subordination des agences à l'exécutif. Le grand hebdomadaire des milieux d'affaire publia alors un article intitulé « la fin des agences de régulation<sup>31</sup> » [Dino, 2003].

Après plusieurs mois de déclarations publiques, la controverse fut relancée en septembre 2003, lorsqu'un groupe de travail inter-ministériel fit paraître un rapport intitulé « Analyse et évaluation du rôle des agences de régulation dans l'arrangement institutionnel brésilien actuel ». Ce rapport apparaissait moins défavorable que prévu aux agences, et insistait notamment sur la nécessité de préserver l'irrévocabilité des mandats des directeurs et leur caractère décalé vis-à-vis du mandat présidentiel. Il relevait toutefois la nécessité de rééquilibrer les compétences techniques entre les ministères et les agences.

Par la suite, en octobre, deux avant-projets de lois furent divulgués, pour être soumis à consultation publique: le premier visait à redéfinir la gestion, l'organisation et le contrôle social des agences ; le second se proposait de modifier spécifiquement les lois de création de l'ANEEL, de l'ANATEL, de l'ANP et de l'ANTT. Ces avant-projets étaient plus défavorables aux agences que le rapport qui les avait précédé. L'aspect le plus controversé du premier avant-projet, en particulier, portait sur la création d'un mécanisme de subordination des agences à l'exécutif, par le biais de « contrats de gestion » établissant des objectifs et des critères de décision détaillés, devant être respectés sous peine de sanctions financières. L'avant projet prévoyait également l'instauration d'une nomination groupée des directeurs par chaque nouveau président, ainsi que la création d'un médiateur (*ombudsman*) indépendant, chargé de rapporter directement le fonctionnement de l'agence à la présidence.

C'est ainsi que le 12 avril 2004, le gouvernement présenta au Parlement un projet de loi (PF 3337/2004) délimitant le champ de compétences des agences. Se proposant de restreindre ce champ davantage encore que ce qu'indiquaient les avant-projets, ce projet représentait une véritable reprise en main de ces institutions. En premier lieu, il n'entraîna plus dans la compétence des agences, mais dans celle des ministères, d'accorder et d'attribuer des services d'ordre public (licences et concessions) : les organes devaient simplement conserver leurs fonctions de superviseur et de régulateur, dans le cadre des politiques du secteur. Ensuite, le projet prévoyait que les directeurs puissent être renvoyés à discrétion par l'exécutif. L'exigence de transparence était également accrue, avec la présentation de rapports annuels au ministre compétent. Surtout, comme annoncé, le projet prévoyait la passation de contrats de gestion avec les ministères : ces contrats devaient détailler leurs objectifs en matière de

---

<sup>31</sup> DINO, Flávio. *O fim das agências reguladoras*, Valor Econômico, 29/07/2003.

supervision et de fonctionnement interne, spécifier les ressources nécessaires au respect de ces objectifs, ainsi que le calendrier de déboursement des crédits. Dans les cas où les objectifs ne seraient pas atteints, les ressources correspondantes ne seraient pas débloquées.

Par ces dispositions, le projet de loi constituait donc bien une tentative d'en finir avec l'autonomie politique des agences (définie comme la capacité d'opérer des choix définitifs face à des objectifs potentiellement contradictoires), au profit d'une simple autonomie administrative.

Malgré sa publicisation, le projet de loi ne fut jamais adopté. Si le président manifesta son impatience tout au long de l'année 2004, le projet finit par disparaître de l'agenda parlementaire. Au fur et à mesure du temps écoulé, Lula se montra même de plus en plus élogieux à l'égard des agences, allant jusqu'à en créer une nouvelle en 2005, l'agence nationale pour l'aviation civile (ANAC). Récemment, pourtant, l'attitude du gouvernement s'est de nouveau modifiée avec l'arrivée de Dilma Rousseff à la présidence : la nouvelle chef d'Etat a annoncé sa détermination à redoubler d'efforts pour transformer ce projet en texte législatif.

Comment expliquer le blocage du projet de loi au Congrès ? La capacité des agences à s'assurer le soutien des milieux d'affaires et de nombreux parlementaires s'est révélée déterminante.

### ***3.2.2. Les agences et leurs groupes de soutien***

Dans son étude de sociologie historique portant sur les agences de régulation américaines, Daniel Carpenter insiste sur l'importance de la légitimité politique dans l'affirmation de l'autonomie bureaucratique. Il entend par là une certaine réputation organisationnelle, fondée sur la croyance chez les acteurs politiques que l'agence fournit des bénéfices, des plans, des solutions aux problèmes nationaux, dont ils ne peuvent se passer.

Cette réputation, dans le cas brésilien, s'est appuyée sur trois bases de soutien : les milieux d'affaires, qui ont bénéficié de mesures favorables, sans qu'il soit pour autant possible de parler de capture pure et simple des agences; les parlementaires, qui disposent de davantage de contrôle sur les agences que sur l'administration classique ; et un ensemble plus large d'éditorialistes, de journalistes, de juristes et d'économistes, souvent représentatifs de la bourgeoisie brésilienne, appréciant leur caractère technocratique. La construction de ces bases de soutien a rendu difficile, pour l'exécutif, de rendre acceptable l'idée d'un contrôle direct de ces entités.

#### *Le soutien des milieux d'affaires*

Les milieux d'affaire expriment régulièrement leur satisfaction à l'égard de l'activité des agences. Dans le résultat d'une enquête publié le 17 avril 2011<sup>32</sup>, Valor Econômico, le premier quotidien économique du pays, notait que les régulateurs économiques les plus anciens (l'ANATEL, l'ANEEL et l'ANP) recevaient le plus d'éloges, ce qu'une chercheuse interprétait comme l'indice d'un « approvisionnement mutuel » entre les agences et les entreprises<sup>33</sup>. De fait, les investissements, indicateurs parmi d'autre de la confiance des opérateurs, ont été au rendez-vous : dans le secteur pétrolier, pas moins de 55 milliards de US\$ d'investissements pour l'exploration et la production sont actuellement planifiés pour la période 2010-2013, qui concernent plus de 70 entreprises, la moitié étant d'origine brésilienne.

En ce qui concerne l'ANEEL et l'ANATEL, les enquêtes annuelles de la Chambre Américaine de Commerce de Sao Paulo (Amcham) réalisées depuis 2002, font état des perceptions favorables des acteurs économiques de ces secteurs. En 2009, une moyenne de 75% des responsables économiques interrogés exprimaient leur satisfaction à l'égard de l'action de l'ANEEL pour les différents segments d'activité (production, fourniture, transport, distribution). Du côté de l'ANATEL, en 2004, 87% des personnes interrogées trouvaient l'agence efficace dans l'exercice de son pouvoir général de régulation (notamment en ce qui concernait la clarté et la cohérence des normes édictées). En 2008, 83% estimaient que l'agence était efficace dans son accompagnement de l'équilibre financier du secteur.

Lorsque les acteurs économiques se plaignent, c'est pour regretter que l'indépendance des agences soit insuffisante, non qu'elle soit trop importante. En ce qui concerne l'ANATEL, par exemple, l'enquête de l'Amcham souligne que 79% des personnes interrogées souhaitaient que son indépendance à l'égard du gouvernement soit préservée, alors même que 54% regrettaient des interférences trop fortes de la part du gouvernement. De la même façon, les jugements les plus sévères portent sur l'insuffisance des capacités administratives : les compétences techniques des régulateurs sont généralement jugées insuffisantes, de même que leur capacité à préserver une compétence libre et non faussée (54%).

Il semble donc bien que l'émancipation par rapport aux contraintes bureaucratiques soit assortie d'un processus corrélatif d'intégration au milieu : chacune de ces administrations est amenée à plus ou moins intérioriser la rationalité du secteur qu'elle se trouve chargée d'encadrer et de réguler.

Toutefois, il reste difficile de parler de capture. Car les régulateurs économiques, dans leur ensemble, ont réussi à atteindre un équilibre *a priori* délicat : gagner le soutien des milieux d'affaire, sans pour autant prêter facilement le flanc à l'accusation d'une complaisance exagérée à leur endroit.

---

<sup>32</sup> Enquête portant sur un échantillon composé de directeurs d'entreprises et d'économistes

<sup>33</sup> Valôr Economico, "Especialistas destacam as veteranas", 17/04/2011.

Ils se sont en effet montrés capables de sanctionner durement les entreprises en infraction avec les règles. Ainsi, en cas d'interruption du service, l'Aneel n'applique désormais plus d'amendes aux entreprises, mais leur ordonne de rembourser directement les consommateurs. Ces remboursements représentent, selon une étude de 2008, 180 millions de R\$ (114 millions de US\$) par an. Ensuite, après avoir été durement critiquée, comme nous l'avons vu, pour son refus de rembourser les consommateurs pour les surfacturations concédées entre 2002 et 2009, l'Aneel a obtenu des modifications des contrats de concession pour la période suivante, basées sur l'incorporation des économies d'échelle dans les tarifs : les nouveaux tarifs, selon des estimations, devraient impliquer une baisse des recettes d'au moins 600 millions de R\$ par an pour les opérateurs.

Au total, l'ensemble des nouvelles dispositions tarifaires pourrait faire perdre 5 milliards de R\$ (3,16 milliards de US\$) annuels aux entreprises du secteur. Cette réduction a provoqué les protestations des opérateurs, arguant que cette baisse de rentabilité risquait de considérablement ralentir le rythme des investissements.

D'une manière générale, l'Aneel a appliqué, entre 2005 et 2010, 648,9 millions de R\$ d'amendes (410 millions de US\$). Ces pénalités concernent aussi bien les entreprises privées (Compagnie hydroélectrique de Sao Francisco) que les entreprises publiques (27 millions de US\$ à l'entreprise Furnas, impliquée dans des coupures intervenues dans 18 Etats en novembre 2009, soit 0,7% de sa facturation annuelle). De la même façon, l'ANP avait déjà appliqué une pénalité de 84,6 millions de R\$ à Petrobras, pour non-application d'un accord de fourniture de gaz.

De fait, cette capacité des agences à sanctionner explique sans doute pourquoi les associations de consommateurs ne demandent pas leur suppression pure et simple, mais exigent simplement un plus grand accès au processus de consultation.

### *Les parlementaires pour l'indépendance des agences?*

Les parlementaires, nous l'avons vu, ont pu se montrer préoccupés par certaines décisions des agences. Ils ont pourtant systématiquement bloqué toute tentative de réduire leur indépendance par la loi. Deux explications à cette protection peuvent être avancées.

La première est que les parlementaires disposent d'une capacité de contrôle des agences de régulation supérieure à celle qu'ils exercent sur l'administration directe. Ils en votent le budget chaque année, disposent de pouvoirs d'enquête et d'information élargis, tandis que les commissions compétentes du Sénat auditionnent et approuvent les nominations des directeurs. Inversement, la réduction de l'autonomie politique des agences s'opérerait au bénéfice de l'exécutif : il reviendrait aux ministères sectoriels d'élaborer les contrats de gestion, au président de nommer et de remplacer à discrétion les

directeurs, tandis que le gouvernement dans son ensemble disposerait de davantage de flexibilité dans les allocations budgétaires.

La seconde raison est la proximité de nombreux députés, particulièrement ceux des grands centres urbains, avec les milieux d'affaire. Cette proximité peut être simplement professionnelle : c'est ainsi qu'une décision favorable aux opérateurs de téléphonie cablée a été défendue publiquement par un groupe de députés, dont le coordinateur avait auparavant travaillé pour l'une de ces companies. Mais elle peut être tout autant économique (financement des campagnes électorales par les entreprises) ou idéologique (conviction que la réduction de l'autonomie des agences, en affaiblissant la crédibilité du cadre réglementaire, découragerait les nouveaux investissements étrangers au Brésil). Confrontés à ces inclinations, l'exécutif ne peut s'appuyer, dans le système politique brésilien, sur la discipline partisane pour imposer ses vues. Il doit négocier ses coalitions législatives au cas par cas, en convainquant chaque parlementaire, y compris (et surtout) ceux de sa « base alliée » rétive. Cela explique que tant de projets de lois présentés par l'exécutif ne soient pas transformés en textes législatifs, particulièrement s'ils vont à l'encontre de puissants intérêts organisés. Les milieux d'affaire disposent donc, au niveau du Congrès, d'efficaces leviers d'influence.

#### Les agences et la légitimité technocratique au Brésil

Un dernier élément à mentionner, à titre d'hypothèse exploratoire, est le prestige dont jouissent les agences auprès des « faiseurs d'opinion » : journalistes de la presse généraliste, professeurs d'économie et de droit public louant leur « personnel hautement qualifié techniquement<sup>34</sup> », éditorialistes. L'idéal technocratique, dans un pays dont la devise est l'impératif comtien « Ordre et progrès », est assurément très prégnant. En témoigne la popularité, dans les enquêtes d'opinion, des institutions perçues, à tort ou à raison, comme autonomes à l'égard des pouvoirs politiques (BNDES, Banque centrale, Embrapa, Embraer) par rapport au personnel politique lui-même. De fait, les qualités prêtées aux experts apparaissent souvent comme un miroir inversé de la défiance affichée à l'égard du personnel politique. Ancien ministre de la réforme de l'Etat, Luiz Carlos Bresser Pereira s'en alarmait d'ailleurs, en rappelant que « s'il est vrai que les politiciens se ne sont pas aussi fiables que nous le désirerions, il n'y a pas de raison de penser qu'ils soient moins fiables que les techniciens ».

C'est ainsi que les agences sont souvent comparées favorablement aux départements ministériels qui les précédaient. Par exemple, les trois agences de transport, malgré leurs limites, sont perçues par bien des auteurs comme préférables à l'ancien *Departamento Nacional de Estradas de Rodagem* (DNER) réputé pour sa corruption (De Paula, 2008).

---

<sup>34</sup> Ultimas Noticias, Experiência brasileira começa nos anos 30, com o IAA , 18/04/2011

Ainsi, dans la mesure où les agences reprennent à leur compte la légitimité de l'administration indirecte, les coûts politiques de leur contrôle se voient encore accrus pour les gouvernants. Cette forte légitimité s'est manifestée en 2004, lorsque le président Lula congédia le président de l'Anatel, pour le remplacer par l'un de ses conseillers personnels. La décision souleva une vague de protestations parmi les milieux d'affaire, les députés d'opposition, et y compris au sein de la « base alliée » du gouvernement. Lula a alors dû se fendre d'un communiqué annonçant son engagement à ne modifier unilatéralement aucun contrat du secteur. Et ce, alors même que de nombreux juristes considéraient comme inconstitutionnelle l'impossibilité, pour un nouveau président, de révoquer des directeurs nommés par l'administration antérieure [Buchebe, 2004].

En résumé, il apparaît que les agences brésiliennes ont su se constituer au cours de la décennie écoulée des bases de soutien qui leur ont permis, jusqu'à présent, de préserver leur indépendance politique, en particulier vis-à-vis de l'exécutif. Les gouvernants se sont dès lors trouvés confrontés à un dilemme : d'un côté, ils ont été fortement incités à réduire l'autonomie des agences du fait de la saillance des enjeux, de leur empiètement sur leurs prérogatives et des problèmes de coordination. De l'autre, les bases de soutien dont elles jouissent et les services qu'elles paraissent remplir en ont rendu la « mise au pas » également impossible.

#### **4. La gestion du dilemme: Les instruments putatifs de contrôle**

Trois instruments de contrôle ont été tout particulièrement mobilisés par les pouvoirs politiques : le blocage des crédits attribués au titre de la loi de finance, le patronage, et les audits de performance réalisés par la Cour des comptes. Contrairement à la littérature en termes de principal-agent, toutefois, nous insistons sur le fait que l'effet de ces instruments n'est nullement garanti. En conséquence, il devient extrêmement difficile de déterminer le niveau réel d'autonomie des agences, ce qui limite considérablement l'imputabilité démocratique de leurs décisions.

##### **4.1. Le blocage des crédits**

La détermination du budget a toujours été considérée comme un levier d'influence particulièrement efficace pour les acteurs politiques dans leur relation à l'administration en général et aux agences en particulier [Dunleavy, 1991]. Dans le contexte brésilien, cette marge de manoeuvre s'avère en théorie limitée, puisque le budget des agences dépend essentiellement d'une redevance dite « de surveillance » imposée aux régulés, dont le montant est fixé par la loi de finance votée par le Congrès. Toutefois,

dans un objectif de contrôle des dépenses publiques et de génération d'un excédent primaire, le pouvoir exécutif a été habilité depuis 2000 à émettre des « décrets de restriction budgétaire» (*decretos de contingenciamento*) fixant des plafonds de dépense significativement moindres que ceux approuvés préalablement par le Congrès. En moyenne, ce blocage est de l'ordre de 1,5%. Il a toutefois été considérablement supérieur pour les agences.

Selon une enquête publiée par une organisation non-gouvernementale spécialisée dans la transparence des comptes publics (*Contas Abertas*) les blocages budgétaires des agences auraient atteint, entre 2002 et 2010, pas moins 61% des ressources autorisées par la loi de finance, soit une restriction totale de 5,3 milliards de US\$ sur les huit années. Le blocage des crédits est allé en s'aggravant : en 2003, le gouvernement Lula n'avait bloqué « que » 43% des dépenses prévues (contre 51% sous la présidence de Fernando Henrique Cardoso). En 2011, dans un contexte de restriction budgétaire généralisée, il était prévu par certains spécialistes que ces restrictions atteignent 77%.

Ainsi, en ce qui concerne l'ANEEL, le gouvernement a bloqué, entre 2003 et 2009, pas moins de 55% des 1,68 milliards de R\$ prévus (1,05 milliards de US\$) au titre de la redevance de surveillance<sup>35</sup>. Par comparaison, le contingentement budgétaire fut de 34,8% en 2002, durant la dernière année du mandat Cardoso. Il augmenta à 59,2% dès 2003, puis à 64,3% en 2004, avant d'atteindre un record de 73,5% en 2005. Si la situation s'est quelque peu améliorée depuis, le contingentement atteignait toujours 58% en 2009 (45,1 millions de US\$ contre 107 millions de US\$ prévus).

Le cas le plus spectaculaire concerne cependant l'ANATEL: en 2009, sa redevance de surveillance avait été budgétée à 3,8 milliards de R\$ (2,38 milliards de US\$); Elle n'en reçut finalement que 302 millions (189 millions de US\$).

Par ailleurs, ce blocage des crédits s'est ajouté à la stagnation, en amont, du budget accordé dans les lois de finance. Entre 2005 et 2010, le budget total des agences a ainsi oscillé entre 1 et 1,3 milliards de R\$ annuellement (entre 633 et 823 millions de US\$), et ce malgré la création d'une nouvelle agence à la fin 2005 (l'ANAC), et en dépit de la forte croissance économique sur la période, et des recettes fiscales record que celle-ci a générées<sup>36</sup>.

Indiscutablement, de telles mesures de restriction ont eu pour effet de réduire les capacités administratives des agences. Elles ont notamment limité leur capacité de recrutement : l'ANEEL avait par exemple organisé en 2009 un concours avec 186 places à la clef, mais les postes n'avaient toujours pas été pourvus en 2011, faute de crédits suffisants. Ces blocages ont également limité l'ampleur et la

---

<sup>35</sup> Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI)

<sup>36</sup> Une anecdote célèbre relate que l'agence s'est trouvée plusieurs jours sans téléphone en raison de retards de paiement dans ses factures.

qualité des études sur lesquelles se fondent les décisions. Elles ont aussi compromis la qualité de la surveillance des marchés [Dantes et Soares, 2009].

Il est toutefois difficile d'évaluer, faute d'études empiriques suffisamment fines, dans quelle mesure ces restrictions contribuent à influencer le contenu des décisions des agences. L'effet inverse, de renforcement d'une solidarité en opposition au gouvernement, est tout aussi plausible. Les blocages des crédits sont ainsi régulièrement villipendés par les acteurs économiques, mais aussi par les journalistes, chercheurs, l'opposition politique, et même les parlementaires de la « base alliée ». Les sénateurs protestent régulièrement contre ces restrictions, de même que les opérateurs inquiets des mauvaises performances qu'elles engendrent chez les régulateurs<sup>37</sup>. Pour de nombreux observateurs, qui ne sont pas nécessairement opposés au gouvernement, de telles mesures de rétorsion apparaissent largement illégitimes : quels que puissent être les avis concernant le degré souhaitable d'autonomie des agences, les empêcher de réaliser correctement leurs fonctions tend généralement à apparaître comme un instrument grossier, absurde et condamnable<sup>38</sup>. Il en va de même pour le recours au patronage, qui ne rencontre guère d'approbation officielle.

#### **4.2. Le recours au patronage**

Aux termes d'une loi promulguée de 2000 qui définit les modes de recrutement des agences (loi n° 9.986), la nomination d'une personnalité dotée d'une affiliation politique reconnue, en lieu et place d'un profil technique disposant de compétences équivalentes, est illégale (art. 5°). Cette disposition est toutefois restée lettre morte, et la nomination des directeurs a dès l'origine fait l'objet d'après marchandages entre l'exécutif et les partis politiques de sa « base alliée » au Congrès. Elle a en fait reconduit un trait permanent du système politique brésilien : le rôle des nominations pour cimenter les coalitions partisans et fluidifier les relations entre les deux branches du pouvoir [Alston et Mueller, 2005].

La presse relaie avec franchise le caractère partisan des nominations. Un article récent énumérait ainsi : « le PC do B veut se maintenir à l'ANP, Le courant « Mouvement du PT » veut l'ANTT, le groupe PMDB du Sénat, l'ANATEL<sup>39</sup> ». Les acteurs ayant eu le dernier mot sur la nomination des actuels présidents des agences sont ainsi connus. Ils se répartissent de la manière suivante (tableau n°2) :

---

<sup>37</sup> Agência Senado, « Senadores defendem autonomia orçamentária para agências reguladoras »\_29/09/2009.

<sup>38</sup>Folha de Sao Paulo, « Planalto quer limitar poder das agências reguladoras », 23/03/2011

**Tableau n°2 : Principaux responsables des nominations des présidents, par agence**

<b>Agence</b>	<b>Responsable de la nomination du président</b>
Agência Nacional do Petróleo (ANP)	Parti communiste du Brésil (PcdoB)
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	President Lula Ignacio da Silva
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	Ministre de la “Casa Civil” (Dilma Rousseff)
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	ministro da Defesa (Nélson Jobim)
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	Parti des Travailleurs (PT)
Agência Nacional de Saúde Suplementar	PT
Agência Nacional de Transportes Terrestres	Ministre de la “Casa Civil” (Dilma Rousseff)
Agência Nacional de Águas ANA)	PT
Agência Nacional do Cinema (ANCINE)	PCdoB
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	Parti démocratico do Brasil (PMDB)

Le recours systématique au patronage peut avoir pour conduire à la nomination d’un directeur dépourvu de toute expérience dans son nouveau secteur d’intervention. Lula da Silva a ainsi nommé au poste de président de l’ANAC un spécialiste du tourisme. Peu après, celui-ci commettait une gaffe publique en révélant, au cours d’une réunion, les résultats préliminaires et encore secrets d’une exploration de Petrobras, la grande compagnie nationale de pétrole, à propos ce qui était susceptible de se révéler être la troisième source la plus importante de cette ressource fossile au monde. Tandis qu’on lui demandait de commenter la hausse massive du cours des actions de Petrobras qui s’en était suivie, il répondit : « C’est un problème qui concerne la Bourse ; et moi, je ne sais même pas où elle se trouve, la bourse ». De la même façon, le président de l’agence de veille sanitaire fut nommé à son poste après avoir échoué se faire élire gouverneur de Brasília.

Toutefois, il convient de noter que le recours au patronage n’est pas nécessairement incompatible avec de solides compétences techniques. L’actuel directeur de l’ANEEL, par exemple, est un ancien ministre des mines et de l’énergie. Son prédécesseur disposait également de compétences internationalement reconnues, et avait été auparavant le directeur de l’ANA. Le président annuel de l’ANATEL, de son côté, avait auparavant officié comme Ministre de la Science et des Technologies. Son prédécesseur avait été conseiller du ministre des Télécommunications entre 1979 et 1985.

Un des effets indésirables, et moins fréquemment noté, du patronage, concerne la vacance des postes. Les marchandages sont parfois si complexes entre la présidence, le ministère compétent et les différents partis de la « base alliée », qu’il semble que l’on assiste à un véritable « jeu de la poule mouillée » : chaque acteur préfère alors mettre son veto à toute proposition, dans l’espoir que ses « partenaires » finissent par lui concéder le choix de la nomination, ce qui revient à paralyser largement l’activité de l’agence. Les délais peuvent alors devenir considérables, ce qui pose une entrave au bon fonctionnement des agences, dans la mesure où certaines décisions stratégiques exigent

la participation au vote de tous les directeurs. Ainsi, en mai 2005, le ratio des vacances de poste parmi les directeurs d'agence atteignait 20% dans le cas de l'Anatel (soit 1 sur 5), 40% pour l'Aneel et l'Antt (2 sur 5), 60% pour l'ANP (3 sur 5), et même 100% pour l'ANTAQ [Goes et Schüffner, 2006]. L'ANP est demeurée près d'une année sans président, l'ANTT pendant 22 mois avec seulement deux de ses cinq directeurs. Une étude divulguée par l'Association Brésilienne de l'Infrastructure et des Industries de Base (ABDIB) a ainsi révélé que les comités de direction des agences de régulation avaient été incomplets 28% de leurs jours ouvrés. En 2006, aucune décision stratégique n'a pu être mise au vote pendant un total de 85 jours (29 jours en 2003).

Le recours au patronage, cependant, ne garantit pas plus l'alignement des préférences de l'agent que les restrictions budgétaires. D'une part, dans le contexte politico-institutionnel brésilien, celui-ci n'est pas à la discrétion exclusive de l'exécutif et du parti dominant. Il est au contraire le produit d'un marchandage complexe entre ces acteurs et l'ensemble des partis de la « base alliée ». Le marchandage portant sur l'ensemble des postes de direction des agences, et le mandat des directeurs étant décalé par rapport à celui du président, il est probable qu'au final, seul un nombre limité de directeurs se révèle être des proches de l'exécutif. On se retrouve alors typiquement dans une situation d'une multitude de principaux, ce qui peut conférer des marges de jeu à l'agent. Ensuite, les directeurs ne pouvant être révoqués par la suite, ils se trouvent fortement incités à favoriser les intérêts des entreprises de leurs secteurs, qui peuvent leur fournir des opportunités de carrière futures, plutôt que de tenir compte des préférences de leurs mandants. Enfin, le patronage ne s'applique qu'aux postes de direction, et non aux fonctionnaires des agences, qui sont eux recrutés sur concours. Or, l'asymétrie d'informations tend à fortement favoriser ces derniers, au détriment des directeurs aux postes provisoires : ils proviennent, pour la plupart, des anciennes directions ministérielles, et disposent d'une expertise unique. Par exemple, lorsque le Département National des Routes (*Departamento Nacional de Estradas de Rodagem* –DNER) a été démantelé en 2001, la plupart de ses fonctionnaires ont été immédiatement réembauchés dans les deux agences correspondantes, l'ANTT et l'ANTAQ. Pires and Goldstein [2001, p. 24] font le même constat à propos de l'ANEEL et de l'ANA, dont les fonctionnaires sont en majorité issus de l'ancien Département National de l'Eau et de l'Energie électrique (DNAEE).

La capacité du patronage à influencer les décisions n'est donc nullement garantie. Il en va de même pour les évaluations réalisées par la Cour des Comptes (*Tribunal de Contas da Union*, TCU), dont les avis, observations et recommandations ont des effets qui, pour être moins douteux, n'en sont pas moins malaisés à cerner avec précision.

#### **4.3. La Cour des Comptes : un contrôle aux contours ambigus**

Le troisième instrument d'influence potentiel dont disposent les acteurs politiques implique la Cour des Comptes, qui au Brésil est rattachée au pouvoir législatif. Les conseillers qui la composent sont nommés aux deux tiers par le Congrès, et au tiers restant par le président de la république. Les parlementaires (directement, par le biais de la commission de surveillance financière de la chambre des députés), tout comme l'exécutif (indirectement, par le biais de parlementaires alliés), peuvent à tout moment demander à la Cour des Comptes d'enquêter sur l'une ou l'autre des agences. Les décisions de la Cour sont alors de nature administrative, et les agences peuvent y porter recours auprès du pouvoir judiciaire.

Or, et de la même façon que ses homologues à l'échelle internationale (*General Accounting Office* aux Etats-Unis, *National Audit Office* au Royaume-Uni, Cour des Comptes en France), le TCU a progressivement élargi son champ d'action bien au-delà du seul contrôle de légalité [Gomes, 2006]. Le tribunal apprécie désormais la qualité de la gestion, au regard des objectifs fixés par les pouvoirs publics ou de l'organisme concerné. Il exécute ainsi de véritables "audits de performance" (*auditorias de desempenho*) [Gomes, 2003, p. 13]. Ceux-ci évaluent l'efficacité des agences, leur "bonne gouvernance" (coordination avec les autres organes administratifs, système d'information et de gestion, capacité de planification, relations aux clients, gestion des ressources humaines), leur effectivité (capacité à atteindre les objectifs fixés), ainsi que l'équité des décisions. En d'autres termes, les contrôles de régularité font place à des contrôles d'efficacité (confrontation des objectifs affichés et des résultats obtenus) et d'efficience (confrontation des moyens utilisés et des résultats atteints, comparaison avec d'autres systèmes privés ou étrangers).

En fonction de ses observations, dont il suit la mise en œuvre, le TCU peut appliquer plusieurs types de sanctions [TCU, 2005]: pénalités financières (remboursement du préjudice causé à l'Etat), interdiction de tout charge publique pour des périodes allant de cinq à huit ans, transfert du dossier au parquet (*Procuradoria Geral*) pour jugement. Par exemple, suite à une enquête de 2003, le TCU a enjoint l'ANEEL de revoir sa méthodologie de définition des consommateurs à faibles revenus, qui était simplement basée sur le niveau de consommation. En 2002, la Cour a sermonné l'ANTT à propos du prix d'un péage, qu'elle a estimé surévalué du fait d'une inadéquation des méthodes de révision tarifaire.

Pour significatif qu'il soit, il est toutefois extrêmement difficile d'évaluer la nature exact du contrôle exercé par le TCU. En effet, ses décisions, qui sont susceptibles d'entraîner une modification directe du comportement des agences, sont d'autant plus remarquées qu'elles restent en réalité peu nombreuses. Son contrôle, de "type patrouille de police", dépend pour beaucoup de la volonté des parlementaires, qui sont généralement occupés à y recourir pour d'autres tâches. Les agences disposent en outre d'un recours juridictionnel pour ses recommandations. Par ailleurs, et même si la frontière apparaît parfois singulièrement brouillée, il s'agit d'un contrôle qui, bien qu'allant bien au-delà du

simple contrôle de légalité, reste attaché à des critères formels et non substantiels: cohérence, proportionnalité, équité, effectivité des décisions. L'influence sur les décisions elles-mêmes reste donc essentiellement indirect, parcellaire et, pour ce qui nous intéresse particulièrement ici, notablement difficile à apprécier pour le citoyen ordinaire. Il s'avère pourtant probablement plus efficace, toutefois, que les simples actions symboliques, dépourvues de portée juridique, auxquelles les gouvernants ont parfois recours.

#### 4.4. Pressions discursives et symboliques

Le quatrième et dernier instrument de pression que les gouvernants peuvent être tentés de mobiliser sont les menaces et intimidations publiques, non nécessairement suivies d'effets. L'une des illustrations les plus spectaculaires en la matière a eu lieu le 13 juin 2006, lorsque le président Lula a publiquement approuvé une décision de l'Avocat Général de l'Union (*Advogado Geral da Uniao-AGU*) autorisant l'appel d'une décision d'une agence auprès du ministère sectoriel. Or, une telle décision n'a aucune force légale, dans la mesure où seule une loi, votée par le Congrès, peut modifier le niveau d'autonomie des agences et autoriser un tel appel. Il s'agit donc ni plus ni moins d'une résolution administrative dépourvue de toute portée juridique. Selon l'avis de bien des commentateurs, une telle déclaration aurait essentiellement pour but d'intimider les agences, afin de les pousser à aligner leurs préférences sur celles de l'exécutif.

De même, il est courant pour un ministre d'exprimer publiquement ses désaccords et ses craintes à la veille d'une révision tarifaire effectuée par une agence. Ainsi, le Ministre des Mines et de l'Energie, Silas Rondeau, a affirmé au moment de la révision tarifaire de 2009 vouloir éviter une « explosion des tarifs », avant de critiquer certains aspects des décisions prises par l'Aneel. « Il y a aujourd'hui deux enjeux : garantir la fourniture de l'énergie et assurer la modicité des tarifs : il n'est pas possible de regarder simplement la fourniture sans se préoccuper de la question des tarifs<sup>40</sup> ».

A ces menaces, bien sûr, peuvent s'ajouter des pressions informelles s'apparentant à de la pure et simple corruption. La presse se fait régulièrement l'écho de pressions sur les agences, visant à favoriser certains intérêts<sup>41</sup>. Aucune décision de justice n'a encore été délivrée à cet égard.

---

<sup>40</sup> Agência Estado, “Governo quer evitar alta de tarifas com revisao da Aneel”, 28/11/2006.

<sup>41</sup> L'ex-ministre de la Casa Civil, Erenice Guerra, a ainsi été accusée d'avoir envoyé une lettre à la titulaire du poste d'alors, Dilma Rousseff (en 2007), pour inciter l'ANATEL à favoriser l'entreprise Unicele Telecomunicações, pour laquelle son époux était consultant.

En résumé, qu'il s'agisse du blocage des crédits, du recours au patronage, des audits de performance de la Cour des comptes ou encore de menaces à caractère essentiellement symbolique, aucun des instruments mobilisés par l'exécutif n'a d'effets garantis sur les décisions des agences. L'efficacité de ces instruments de contrôle ne peut donc être postulée a priori, mais doit être révélée, ou infirmée, par un traçage précis des processus de décision (*process-tracing*). Conduire une telle recherche n'était pas l'objectif de cette communication. Ce qui nous a intéressé ici, était davantage de montrer que cette appréciation de l'influence, si elle peut, et doit, faire l'objet de longues investigations pour le chercheur, peut difficilement être effectuée par les citoyens ordinaires. Ceux-ci en sont dès lors réduits à formuler des conjectures particulièrement incertaines.

Les spécialistes eux-mêmes ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'interprétation de certaines observations. Ainsi, la majorité d'entre eux a postulé que le gouvernement Lula, et maintenant celui de Dilma Rousseff, était sincère dans sa tentative de promulguer une loi de contrôle des agences. D'autres, en revanche, sont plutôt d'avis que le gouvernement était dès le départ conscient qu'une telle loi ne pourrait obtenir l'assentiment du Congrès. Dès lors, la présentation du projet de loi n'aurait été qu'une stratégie visant à intimider les agences, et une pression cherchant à provoquer leur auto-censure dans le futur. De fait, cette hypothèse semble trouver une confirmation dans le fait qu'après que plusieurs révisions tarifaires eurent été effectuées en 2003-2004, à la satisfaction de l'exécutif, les plaintes et menaces publiques formulées par les responsables politiques baissèrent considérablement en fréquence et en intensité. Par la suite, le processus législatif a reçu nettement moins d'attention de la part de la presse, jusqu'à l'arrivée au pouvoir de Dilma Rousseff, qui a alors réactualisé ces menaces en annonçant sa volonté d'obtenir une telle loi. Encore une fois, de telles déclarations n'ont jusqu'à présent été suivies d'aucun effet, ce qui peut accréditer l'idée d'une simple stratégie d'intimidation.

### **Conclusion:**

La création des agences de régulation a confronté, depuis maintenant plus d'une décennie, les gouvernants brésiliens à un « dilemme du contrôle » permanent. D'une part, les coûts politiques d'un simple contrôle *a minima* se sont avérés extrêmement élevés : la saillance politique récurrente des décisions, la propension des agences à outrepasser leurs prérogatives, la nécessité de coordonner leur action avec celle d'une multiplicité d'organes administratifs, ont incité les gouvernants à interférer dans le fonctionnement et les décisions des agences. D'autre part, cependant, les coûts d'un contrôle effectif se sont révélés tout autant prohibitifs : l'indépendance des agences a été défendue par de puissants groupes de soutiens (opérateurs et milieux d'affaire, parlementaires, secteurs de la population attachés à un idéal technocratique vivace au Brésil) qui ont pu s'appuyer sur le système institutionnel brésilien (le présidentielisme de coalition) pour mettre les plans de l'exécutif en échec.

Face à ce dilemme, les gouvernants brésiliens ont mobilisé un arsenal d'instruments de contrôles indirects, dont l'efficacité n'est nullement garantie : blocage des crédits, recours au patronage, audits de performance de la Cour des Comptes, menaces et intimidations publiques. L'incertitude concernant l'effectivité de ces contrôles a considérablement affaibli la responsabilité démocratique de l'action publique. Les agences, en l'état, nuisent donc à la qualité de la démocratie brésilienne, non pas tant parce qu'on pourrait affirmer avec certitude qu'elles sont irresponsables, mais parce qu'il est difficile de savoir si elles le sont ou non.

Le constat empirique d'un tel brouillage valide donc une reconceptualisation des notions de contrôle et d'autonomie, en des termes moins linéaires et déterministes que les approches dominantes. Les instruments de contrôle doivent être mieux distingués suivant leur effectivité présumée, en gardant à l'esprit que des instruments de portée très variables (contrôle de légalité, patronage, révocation des directeurs) sont généralement utilisés simultanément. Ce qui était alors postulé par la théorie (l'usage d'un instrument de contrôle réduit toujours, dans certaines proportions, les marges de discrétion de l'agence) redevient alors, pour partie, une question ouverte à l'investigation empirique.

## **BIBLIOGRAPHIE:**

- ALSTON, Lee J., MUELLER, Bernardo [2005]. “Pork for Policy: Executive and Legislative Exchange in Brazil”, NBER Working Paper n°11273.
- AMCHAM BRASIL [2009]. « Relatório sobre a agência nacional de telecomunicações –ANATEL, Sao Paulo, Novembro.
- AMCHAM BRASIL [2009]. « Relatório sobre a agência nacional de energia elétrica- ANEEL, Novembro.
- BOSCHI, Renato, LIMA, Maria Regina SOares [2002]. “O executivo e a construção do Estado no Brasil – do desmonte da era Vargas ao novo intervencionismo regulatório”, In: VIANNA, Luiz Werneck, *A democracia e os três poderes no Brasil*, Bel Horizonte, Rio de Janeiro, UFMG/IUPERJ/FAPERJ.
- BRASIL, Casa Civil da Presidência da Republica, Câmara de Infra-estrutura e Câmara de Política Econômica [2003]. “Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”, Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial.
- BRESSER-PERIEIRA, Luiz Carlos [1998]. Reforma do Estado para a cidadania - A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional, São Paulo: Editora 34; Brasília: Enap.
- BRESSER-PERIEIRA, Luiz Carlos [2010]. « Bureaucratie publique et réforme managériale. La réforme administrative brésilienne de 1995 », *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol. 17, n°3.
- BUCHER, José Alberto [2004]. « Autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes », *Jus Navigandi*, Teresina, vol. 9, n° 210.
- CARDOSO, Fernando Henrique [1973]. O modelo político brasileiro e outros ensaios, 2e ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro.
- CARPENTER Daniel P. [2001]. *The Forging of Bureaucratic Autonomy: Reputations, Networks, and Policy Innovation in Executive Agencies, 1862-1928*, Princeton: Princeton University Press.
- CHALMERS, Douglas [1977]. “The Politicized State in Latin America”, In MALLOY, James [eds.], *Authoritarianism and Corporatism in Latin America*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, p. 23-45.
- CHINAGLIA, Olavo Zago, CARVALHO, Vinícius Marques [2009]. “Cade e as Agências Reguladoras: Convergência Institucional”, *Valor Econômico*, p. A14, 13/02.
- CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard [2010]. “Public Interest Regulation Reconsidered: From Capture to Credible Commitment”, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper n°19, July.
- DANTAS, Gilvan da Silva, SOARES, Onildo Rodrigues [2009]. « Os impactos que os decretos de contingenciamento causam ao desempenho das agências reguladoras federais », Monografia (Especialização em Orçamento e Finanças)-Universidade de Brasília.
- DE PAULA, Germano Mendes, AVELLAR, Ana Paula [2008]. « Reforms and infrastructure regulation in Brazil: The experience of ANTT and ANTAQ », *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 48, n°2, May, p. 237-251.
- DINO, Flávio [2003]. “O fim das agências reguladoras”, *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 29 de julho.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed São Paulo: Atlas, 2006.
- DUNLEAVY, Patrick [1991]. *Democracy, Bureaucracy and Public Choice*, London: Harvester Wheatsheaf.
- FILHO, Marçal Justen [2003]. “Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na ‘Regulação Independente?’”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Editora Fórum, vol. 1, n°2, Abr./Jun., p. 273-301.
- GOES, F., SCHÜFFNER, C. [2006]. “Nenhuma Agência Esta Com Diretoria Completa”, *Valor Econômico*, Sao Paulo.

- GOMES, [2003]. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros, In: Congreso Internacional Del Clad sobre la reforma del Estado y de la administración pública, Panamá, Outubro.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhaes [2006]. “As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?”, *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 40, nº4, p. 615-30, Jul./Ago.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães [2006]. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 40, nº 4, p. 615-30, Jul.-Ago.
- HAAG, Carlos [2007]. ¿Quién vigila a los vigilantes? Pesquisa FAPESP, Edição nº139, Septiembre.
- HAGOPIAN, Frances [1996]. *Traditional Politics and Regime Change in Brazil*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HUBER, John, SHIPAN, Charles [2000]. “The Costs of Control: Legislators, Agencies and Transaction Costs, *Legislative Studies Quarterly*, XXV, p. 25-52.
- HUBER, Gregory A. [2007]. *The Craft of Bureaucratic Neutrality*, New York: Cambridge University Press.
- IDEC [2010]. “Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores”, Série pensando o direito, nº 21, Versão publicação.
- JORDANA, Jacint, LEVI-FAUR David [eds.] [2004]. *The Politics of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar.
- LECA, Jean [2000]. « Sur la gouvernance démocratique : entre théorie et méthode de recherche empirique » *Politique Européenne*, nº1.
- LEVINE, Michael E., FORRENCE, Jennifer L. [1990]. “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: toward a Synthesis”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 6, p. 167-198.
- LEVY, Brian, SPILLER, Pablo T. [1996]. *Regulations, Institutions, and Commitment*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- MACIEL, David [2007]. “Neoliberalismo e autocracia burguesa no Brasil”, 5º Coloquio Internacional Marx-Engels, Novembro.
- MAINWARING, Scott [1999]. *Rethinking Party Systems in the Third Wave of Democratization: The Case of Brazil*, Stanford : Stanford University Press.
- McCUBBINS, Mathew D., NOLL, Roger, WEINGAST, Barry R. [1987]. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, p. 243-277.
- MELO, Marcus André [2001]. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 116, nº46, p. 55-68.
- MOE, Terry M. [1985]. “Control and Feedback in Economic Regulation: The Case of the NLRB”, *American Political Science Review*, vol. 79, p. 1094-1116.
- NUNES, Edson, COSTA, Cátia, ANDRADE, Helenice, BURLAMAQUI, Patrícia [2005]. “O Governo Lula e as Mudanças nas Agências Reguladoras: Mapeamento do noticiário sobre as Agências Reguladoras no período de 01/12/2002 a 30/11/2004”, Observatório Universitário, Databrasil – Ensino e Pesquisa, Documento de Trabalho, nº17, Janeiro.
- OECD [2005]. “Competition Law and Policy in Brazil – A peer review”, IDB & OECD Competition Division.
- PACHECO, Regina Silvia [2003]. “Agências reguladoras no Brasil: Ulisses e as sereias ou Narciso e Eco?”, VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Outubro.
- PACHECO, Regina Silvia [2006]. “Regulação no Brasil: Desenho das agências e formas de controle”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº7, set.-nov.
- POLLITT, Christopher, CAULFIELD, Janice, SMULLEN, Amanda, TALBOT, Colin [2004]. *Agencies: How Governments do Things Through Semi-Autonomous Organizations*, London : Palgrave.
- RADAELLI, Claudio [2004]. “The Diffusion of Regulatory Impact Assessment- Best Practice or Lesson-Drawing”, *European Journal of Political Research*, vol. 43, nº5, p. 723-47.
- PELTZMAN, Sam [1976]. “Toward a More General Theory of Regulation”, *Journal of Law and Economics*, vol. 19, p. 211-240.

- PIRES, J.C.L., GOLDSTEIN, A. [2001]. “Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios”, *Revista BNDES*, n°16, Dezembro, p. 3-42.
- POSNER, Richard A. [1974]. “Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n°2, p. 335-358.
- ROCKMAN, Bert, WEAVER, Kent R. [1993]. *Do Institutions Matter?*, Washington, The Brookings Institution.
- SARAVIA, Enrique [2002]. « O modelo regulatório brasileiro : análise das experiências iniciais », VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct.
- SHUGART, Chris, ALEXANDER, Ian [2009]. *Tariff Setting Guidelines: A Reduced Discretion Approach for Regulators of Water and Sanitation Services*, Working Paper n°8, World Bank, Washington D.C.
- STIGLER, George T. [1971]. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n°1, p. 3-21.
- STREECK, Wolfgang, THELEN, Kathleen [dir.]. *Beyond Continuity. Institutional Change in Advanced Political Economies*, Oxford: Oxford University Press.
- TCU [2005]. *Relatório de atividades 1º trimestre de 2005*, Brasília : TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão.
- THATCHER, Mark [2005]. “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance*, vol. 18, n°3, p. 347-373.
- TREMOLET, Sophie, et BINDER, Diane [2010]. « La régulation des services d’eau et d’assainissement dans les PED : Revue de littérature, éclairages et pistes de recherche », *A Savoir*, n°1, Agence Française de Développement, Avril.
- WEBER, Max [1921] [1995]. *Économie et société*, vol. 1, Paris, Plon, Agora, Pocket.