

LA CONSOLIDATION DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL AU BRÉSIL : état des lieux en 2008

Même si des décisions judiciaires ont pu faire naître quelques doutes sur l'efficacité réelle de l'arbitrage au Brésil, le cadre légal brésilien et la jurisprudence majoritaire sont aujourd'hui clairement favorables à la justice arbitrale. Le Brésil résiste encore et toujours à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissements.

Selon le dernier rapport sur l'investissement dans le monde de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), l'investissement direct étranger au Brésil a doublé en 2007. Le Brésil se situe à la tête de la croissance des investissements étrangers en Amérique Latine et la zone Caraïbe. Selon l'enquête menée par la CNUCED auprès de grandes multinationales, le Brésil est le cinquième pays le plus attractif pour l'investissement étranger à l'horizon 2010 derrière la Chine, l'Inde, les Etats-Unis et la Russie. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que l'arbitrage ait connu depuis plusieurs années un réel essor au Brésil, accompagné et facilité par la stabilisation du cadre légal brésilien de l'arbitrage et l'attitude de plus en plus favorable du judiciaire brésilien à l'égard de la justice arbitrale (1). Subsiste une forte réticence, cependant, à l'arbitrage en matière

ces d'approche entre les juridictions des différents Etats fédéraux ont pu faire douter à plusieurs reprises de l'efficacité des nouvelles règles, l'essor de l'arbitrage commercial international au Brésil est indéniable. En ce qui concerne l'efficacité de la clause compromissoire, la loi n° 9.307/96 consacre le principe de validité et de compétence-compétence. Ce dernier a été récemment confirmé par la jurisprudence du Superior Tribunal de Justiça (STJ), la plus haute cour en matière fédérale, dans un arrêt *Interclínicas c/ Saúde ABC*. En pratique, ces principes sont appliqués de manière constante, comme en témoigne la saga judiciaire opposant Renault à son distributeur brésilien, qui a vu par trois fois la Cour d'appel de l'état de São Paulo décider en faveur de l'arbitrage international : d'abord en refusant d'interférer dans la conduite de l'arbitrage (en l'occurrence un arbitrage CCI à New York), puis en refusant de connaître du recours en annulation contre la sentence dictée à New York et, finalement, en février 2008, en acceptant l'incompétence des juridictions civiles brésiliennes pour connaître d'un différend déjà tranché par cette sentence arbitrale. En matière de reconnaissance et exécution de sentences arbitrales, la législation brésilienne prévoit qu'une sentence arbitrale, soit elle étrangère ou nationale, est assimilée à un jugement rendu par un juge brésilien. Il ne devrait donc y avoir, en principe, de difficulté majeure à obtenir l'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger contre une partie domiciliée ou ayant des biens au Brésil. Pour cela, une sentence étrangère doit d'abord être reconnue par le STJ, seule compétente pour la reconnaissance de sentences arbitrales étrangères, ce qui représente jusqu'à 16 mois d'attente. Le STJ a, cependant, la possibilité de prendre des mesures conservatoires pendant la durée de cette procédure. Les décisions récentes du STJ confirment la naissance d'un corps de jurisprudence nettement favorable à l'arbitrage commercial international. Ainsi, le STJ a eu l'occasion de confirmer à maintes reprises son refus de procéder à une révision au fond des sentences étrangères, y compris sur le fondement de la violation de l'ordre public. Dans les arrêts Internatio-

L'essor de l'arbitrage commercial international au Brésil est indéniable

d'investissements impliquant des parties étatiques sous les auspices du CIRDI (Centre International de Règlement des Différends liés aux Investissements, organe de la Banque Mondiale) (2).

1.- Arbitrage Commercial International

L'adoption d'une nouvelle loi brésilienne sur l'arbitrage en 1996 (loi n° 9.307/96), la ratification de la Convention de New York en 2002 (Décret n° 4311) et l'adoption, en 2004, d'une loi prévoyant la possibilité pour les entités étatiques de recourir à l'arbitrage (loi n° 11.079/04) ont donné à la clause compromissoire toute son efficacité et facilitent la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères au Brésil. Même si des divergen-

nal Cotton Trading Limited c/ Odil Pereira Campos Filho et Grain Partners c/ Coopergrão, par exemple, le STJ a confirmé que la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère doit se limiter au seul examen des conditions formelles de la sentence. Il existe un autre exemple marquant de l'évolution de la jurisprudence arbitrale brésilienne en faveur de l'arbitrage. En 2003, un tribunal de première instance de l'état de Paraná acceptait d'exercer un pouvoir d'injonction interdisant à une personne morale de droit public (Copel) de participer à un arbitrage CCI à Paris et a annulé la clause compromissoire conclue par cette partie. Cette décision faisait naître des doutes sur l'efficacité de l'arbitrage au Brésil concernant des entités étatiques. Ces doutes ont été dissipés, notamment par une loi de 2004 : le Brésil accepte aujourd'hui que des entités étatiques s'engagent par des clauses compromissoires à résoudre leurs différends futurs par voie d'arbitrage (en témoignent, par exemple, deux arrêts récents de la cour d'appel du Paraná : Copel c/ Energética Rio Pedrinho et Companhia Paranaense de Gas (« Compagas ») c/ Carioca



Philip Dunham, Avocat Associé



José Manuel García Represa, Avocat

Passarelli Consortium). Les juridictions brési-liennes ont récemment confirmé leur opposition aux « anti-arbitration injun-ctions » dans le cadre d'arbitrages impliquant des parties de droit public (affaire AES c/ CEEE).

Mais la question des « anti-arbitration injun-ctions » s'est aussi posée dans des affaires n'im-pliquant pas des entités de droit public. Récem-ment, dans une affaire où Dechert défendait les intérêts d'un groupe français au Brésil, nous avons été confrontés à une demande similaire devant un tribunal de première instance de l'Etat de Rio de Janeiro, lequel fit droit à la de-

mande visant à empêcher la poursuite d'un arbitrage CCI contrairement à ce que laissait présager la jurisprudence antérieure. Cette décision de première instance fut infirmée peu de temps après par un arrêt de la cour d'appel reconnaissant la validité de principe de la clause compromissoire et ren-dant au principe de compétence-com-pétence toute son efficacité. Restent cependant quelques cas troublants où les tribunaux brésiliens revien-ent à des conceptions arriérées de l'arbitrage. Dans un arrêt de janvier 2008 rendu dans une affaire Inepar S.A. Indústria e Construções c/ Itiquira Energética, que certains commen-

tateurs qualifient d'anomalie, la cour d'appel de l'Etat du Paraná a annulé une sentence arbitrale au motif que les parties, signataires d'une clause compromissoire et ayant participé à la procédure arbitrale sans objec-tions, n'avaient pas signé de *com-promisso* une fois leur différend né. Il est souhaitable que ce coup porté à l'efficacité des clauses compromis-soires, contraire à la jurisprudence brésilienne établie, fasse l'objet d'un arrêt infirmatif du STJ.

2.- Arbitrage CIRDI

A ce jour, le Brésil n'est toujours pas partie à la Convention de Washing-ton de 1965 instituant le CIRDI. De même, le Brésil n'a toujours pas ratifié les protocoles de Colonia et Buenos Aires (protocoles pour la promotion et la protection des investissements du MERCOSUR) ni les traités bilatéraux de promotion et protection des investissements (TPPI) signés par le Brésil dans les années 90 avec des pays tels que le Chili, le Portugal, la Finlande, ou les Pays Bas. Les compagnies brési-liennes peuvent néanmoins bénéficier de la protection de leurs investisse-ments à l'étranger par des TPPI en structurant leurs investissements via des véhicules domiciliés dans des pays ayant ratifié des TPPI. Au vu de la croissance des investisse-ments étrangers au Brésil, il semblerait que le manque d'enthousiasme pour l'arbitrage CIRDI n'ait pas eu d'impact majeur. Sans doute la sé-curité juridique offerte par la légis-lation et jurisprudence brésilienne en matière d'arbitrage commercial international n'y est pas étrangère.

LES POINTS CLÉS

Le cadre légal brésilien de l'arbitrage donne à la clause compromissoire toute son efficacité et facilite la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères au Brésil, notamment à travers :

- l'adoption d'une nouvelle loi brésilienne sur l'arbitrage en 1996 (loi n° 9.307/96)
- la ratification de la Convention de New York en 2002 (Décret n° 4311)
- l'adoption, en 2004, d'une loi prévoyant la possibilité pour les entités étatiques de recourir à l'arbitrage (loi n° 11.079/04)

SUR LES AUTEURS

Philip Dunham, avocat associé, et José Manuel Garcia Represa, avocat, collaborent au sein du département contentieux et arbitrage international de Dechert à Paris. Ils ont conseillé de nombreux clients industriels et gouvernements dans leurs arbitrages internationaux, notamment en Amérique latine.

Cette équipe solide et soudée, répartie entre les bureaux de Paris, Londres, New York et Washington, est particulièrement reconnue pour sa capacité de résolution des cas transnationaux les plus complexes.

Dechert compte plus de 1000 avocats en Europe, aux Etats-Unis et en Asie.