

*Arnoldo Wald** et
*José Augusto Fontoura Costa***

1. Le Brésil ne participe pas à des accords internationaux de la nouvelle génération, malgré un courant de l'opinion publique et des milieux juridiques qui leur sont favorables.

1.2. Le débat s'est jusqu'à maintenant limité à quelques articles de presse, mais il n'y a pas eu de réformes législatives dans ce sens. Les accords entre les pays de l'Amérique Latine, en particulier ceux du Mercosur, n'ont pas eu le succès espéré et certaines tentatives d'accords bilatéraux n'ont pas prospéré. Ainsi, dans les années 1994 à 1999, quatorze traités ont été conclus, mais seulement six d'entre eux ont été

*Docteur *honoris causa* de l'Université Paris II. Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ). Avocat.

** Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Sao Paulo (USP). Avocat.

envoyés par le Pouvoir Exécutif au Congrès pour être ratifiés. En Décembre 2002, peu avant le début du gouvernement de Luis Inacio Lula da Silva, la ratification de ces propositions d'accords ont été retirés du congrès par courtoisie envers le candidat élu et à son éventuelle nouvelle politique.

Ces accords ont été signés avec des pays européens (France, Allemagne, Suisse, Danemark, Grande-Bretagne, Italie, Hollande, Belgique, Finlande), ceux de l'Amérique du Sud (Chili, Argentine e Venezuela) et même avec la Corée du Sud.

Récemment, en 2015, une nouvelle génération d'accords a été signé, mais pas encore ratifié, avec des pays latino-américains et africains: Mozambique, le 30 Mars; Angola, le 1^{er} Avril; Mexique, le 27 Mai; Malawi, le 25 Juin; Colombie, le 9 Octobre et le Chili, le 23

Novembre. La signature d'un accord avec le Pérou est prévue prochainement.

1.3. Malgré une certaine libéralisation de l'investissement, il n'existe pas au Brésil un contrôle spécifique des fusions-acquisitions internationales.

Celles-ci sont sous le même régime que les opérations nationales, sous le contrôle du Conseil Administratif de Défense Économique (CADE), chargé de combattre les monopoles et les cartels. Ce conseil a intensifié son activité dans les dernières années, intervenant dans certains domaines où il y avait une certaine tradition tacite et tolérée d'accords entre les entreprises productrices, comme ce fut le cas dans l'industrie du ciment.

Avec les amendements à la Constitution Brésilienne de 1988, les entreprises ayant leur siège au Brésil, même celles contrôlées par des

capitaux étrangers, sont désormais considérées brésiliennes et souffrent très peu de restrictions, notamment l'interdiction constitutionnelle relative à la participation dans les sociétés de communications (maximum de 30% des capitaux étrangers).

En règle générale, dans les autres domaines, les investisseurs étrangers peuvent être considérées comme des entreprises brésiliennes sans que la participation d'un partenaire brésilien soit nécessaire. Le capital provenant de l'étranger dépend d'un certificat délivré par la Banque Centrale, nécessaire pour le transfert des bénéfices et le rapatriement des capitaux investis.

1.4. L'harmonisation fiscale et la lutte contre les paradis fiscaux est devenu l'un des objectifs de la politique brésilienne. Des accords d'information mutuelle ont été signés avec divers pays. En raison du fait

qu'une grande partie des capitaux brésiliens sont à l'étranger (plusieurs d'entre eux résultant de fraude ou d'évasion fiscale), une loi récente (Loi n. 13.254 du 13.01.2016) a établi un régime spécial plus favorable aux personnes déclarant leurs ressources à l'étranger dans les six prochains mois.

1.5. Le Brésil a utilisé la fiscalité pour attirer des investissements dans certains domaines, comme par exemple l'industrie automobile ou aéronautique et, plus récemment, les entreprises de logistique. Pour certaines régions du pays, comme le Nord-Est et Nord, un régime spécial a été mis en place, ainsi qu'un port libre, celui de la ville de Manaus, en Amazonie, dans le but d'attirer des investisseurs. Toute une législation a été élaborée dans ce sens. En plus de la législation nationale, certains États de la fédération ont également créé des avantages fiscaux pour des

investissements jugés stratégiques par leur nature ou leur lieu d'implantation.

1.6. Les subventions sont utilisées sous différentes formes. Soit directement avec l'utilisation des ressources publiques dans une activité privée, soit sous la forme d'investissements dans des sociétés d'économie mixte, soit sous la forme de financements avec des intérêts inférieurs à ceux du marché. Cette politique de subvention a été utilisée jusqu'à il y a une dizaine d'années. Actuellement, elle est plus rare, non seulement en vertu de l'évolution de l'économie, mais aussi parce qu'elle était considérée, dans certains cas, comme une source de corruption de l'administration publique.

1.7. Le Brésil n'a pas participé aux accords internationaux sur la protection des investissements étrangers, et, en particulier n'a pas signé la Convention de Washington, tout en ayant adhéré tardivement (en 2002) à la Convention de New York. Il n'y a donc pas de régime particulier en ce qui concerne la responsabilité de l'État pour les investissements étrangers.

Les accords d'investissement et coopération signés par le Brésil en 2015 ne prévoient pas la responsabilité de l'État envers les investisseurs, l'adoption des instruments de « prévention des conflits » étant souvent préférée à l'arbitrage. Dans ce cadre, les institutions du pays d'accueil figurant dans les accords doivent aider les investisseurs de l'autre Partie.

D'autre part, le Brésil a connu l'arbitrage international au 19^{ème} et début du 20^{ème} siècle dans les litiges de ses frontières, mais l'arbitrage privé n'est pas rentré dans la pratique brésilienne en dépit du fait qu'il

était prévu par le Code de Commerce de 1850. Ce n'est qu'en 1996, avec la nouvelle loi d'arbitrage, que l'institution a pu se développer au Brésil avec un plus grand dynamisme. Jusqu'à cette époque, nous n'avions que des cas ponctuels, tant en arbitrage international, qu'en arbitrage interne.

A partir de la nouvelle législation et de la jurisprudence qui l'a suivie, l'État, les sociétés d'économie mixtes, les agences de régulation et les établissements publics en général ont pu avoir recours à l'arbitrage à partir du moment que la clause compromissoire a été incluse dans le contrat ou le compromis a été signé par l'autorité compétente. Nous avons déjà eu plusieurs cas où la Banque Centrale, qui représente le bras financier de l'État, les entreprises publiques et les sociétés d'économie mixte brésiliennes se sont soumises à l'arbitrage, au Brésil et à l'étranger. Toutefois, dans les arbitrages où l'Etat est l'une des parties, il y a des dispositions législatives récentes qui établissent que : le droit

applicable doit être le droit brésilien, le siège de l'arbitrage doit être au Brésil et la langue de la procédure doit être le portugais

1.8. Actuellement, l'État brésilien ne participe pas à des arbitrages avec d'autres États, mais il est possible que, dans des cas particuliers, il y ait des accords entre des parties privées et l'État (normalement un établissement public ou une banque d'investissement) avec une clause compromissoire.

2.2.1. Nous n'avons pas de réglementation spécifique sur les fonds souverains et le débat à ce sujet n'est, pour le moment, pas encore ouvert. Les fonds d'investissements étrangers opèrent au Brésil sous le contrôle de la Banque Centrale et de la Commission des Valeurs Mobilières, comme tous les fonds nationaux. Les entreprises étrangères

qui veulent s'implanter au Brésil en créant des succursales doivent obtenir une autorisation gouvernementale. Cependant, ce régime ne s'applique pas à leurs filiales, si elles sont organisées comme des sociétés brésiliennes, ni aux fonds souverains s'ils font des applications en titres brésiliens (actions ou lettres de change, certificats de dépôts, etc.). Pour le moment, le droit brésilien est donc neutre en cette matière, même si l'opinion publique se préoccupe avec l'entrée de capitaux importants provenant des sociétés chinoises, qui souvent acquièrent le contrôle d'entreprises brésiliennes.

2.2.2 Les fonds souverains n'ont pas un régime particulier au Brésil.

2.2.3. Leur régime est neutre. Actuellement, les investissements étrangers, publics ou privés, sont les bienvenus, sauf dans certains

domaines dans lesquels des restrictions existent, comme par exemple dans l'exploitation des mines et le pétrole. Il y avait également des restrictions sur le transfert des bénéfices et le rapatriement des capitaux.

Toutefois, ces restrictions sont maintenant peu importantes.

2.2.4. A mon avis, au fur et à mesure que les fonds souverains interviendront dans l'économie nationale, il sera peut-être souhaitable de vérifier leurs activités et d'établir un contrôle spécifique pour éviter des menaces au niveau du développement national et de la sécurité du pays.

Dans certains domaines, il serait préférable que ces fonds n'aient qu'une participation minoritaire, même si des accords d'actionnaires leur garantissent certains droits.

2.2.5. L'arbitrage paraît être une solution favorable aux intérêts des deux parties les fonds souverains ne devant pas être traités d'une façon plus favorable que les fonds étrangers privés. Les conflits entre États dans cette matière doivent être soumis aux mêmes règles de droit commercial, étant donné que l'activité économique des entités publiques ne doit pas avoir de privilèges relatifs à la souveraineté. Il faut appliquer les mêmes règles que nous avons en matière d'exécution des sentences arbitrales contre les États. Il s'agit donc de permettre d'exécuter la décision en soumettant les biens non diplomatiques aux règles de procédure. Le système du droit américain et du droit français nous aident à trouver des solutions équilibrées et qui ont été appliquées avec succès dans divers cas. En conclusion, nous ne faisons pas de distinction en arbitrage commercial quand : toutes les parties sont privées, ou l'une est publique

et l'autre privée, ou toutes les deux sont publiques, sauf en ce qui concerne les restrictions découlant des prérogatives de la souveraineté.

2.2.6. *Grosso modo*, les problèmes qui peuvent surgir dans ces cas s'agissant de l'arbitrage entre l'État et les particuliers, sont les mêmes que ceux existant dans la majorité des pays, avec quelques aménagements, mais sans grandes restrictions. Le système du CIRDI nous semble fonctionner d'une façon adéquate, même si certaines améliorations paraissent souhaitables.