

Publiquement vôtre

Anciens du Master Droit Public Approfondi Paris II

07 NOVEMBRE 2007

L'arbitrage et les contrats de Partenariat Public-Privé au Brésil : la fin du dilemme?

Par *Marco Deluigi*, Avocat à São Paulo, Brésil. Titulaire d'un Master en Contentieux, Arbitrage et Modes Alternatifs de Règlement de Conflits à l'Université Paris II - Panthéon Assas.

et *Mariana Cattel Gomes Alves*, Avocate à São Paulo, Brésil. Master en Arbitrage en cours dans le programme d'éducation continue de la FGVLaw.

En décembre 2004, la Loi Fédérale n° 11.079 ("Loi des PPP") a été promulguée au Brésil, instituant les normes générales pour la licitation et les contrats de partenariat public-privé ("PPP") au sein de l'Administration Publique brésilienne, entendue comme l'ensemble de personnes publiques et privées intégrant la structure étatique et exerçant l'activité administrative.

Ces partenariats ont pour objectif de promouvoir la participation de l'initiative privée dans le développement de projets de l'Etat, comme, par exemple, la réalisation de travaux et la prestation de services publics. Leur intérêt pratique-économique se justifie dans la mesure où ils permettent tant une gestion plus efficace du projet et/ou du service de la part du secteur privé que la réduction des dépenses publiques. Le financement des politiques sociales intransférables, comme le sont au Brésil, entre autres, celles relatives à la santé, à l'éducation, à la sécurité publique, est préservé.

La création des PPP et l'investissement privé qui en résulte raniment une fois de plus le débat autour de l'emploi de l'arbitrage pour le règlement de conflits concernant l'Administration Publique. Si la jurisprudence brésilienne a considérablement évolué dans ce domaine, le thème suscite toujours des divergences entre les tribunaux étatiques.

Les hésitations initialement manifestées dans la pratique brésilienne se rapportaient d'une part à l'apparente contradiction entre le caractère confidentiel de l'arbitrage et le principe de la publicité qui oriente les actes publics, d'autre part à la capacité à compromettre de l'Administration Publique (arbitrabilité subjective); et, enfin, à la question de savoir si les contrats administratifs peuvent avoir ou non pour objet des droits disponibles (arbitrabilité objective). Nous aborderons brièvement ces questions.

En ce qui concerne la question de la confidentialité de l'arbitrage, on affirmait que celle-ci heurterait le principe de la publicité, qui est un principe informateur de l'acte administratif, selon les termes de l'article 37¹ de la Constitution brésilienne. Toutefois, il n'y aurait pas, à notre avis, de contradiction. Tout d'abord, il faut se rappeler que la confidentialité n'est pas essentielle à la notion d'arbitrage². Rien n'empêche les parties à y renoncer. De plus, confidentialité et publicité peuvent coexister : il suffit de rendre disponible aux intéressés les décisions et les principaux actes essentiels de la procédure arbitrale, tout en préservant le secret des débats et la confidentialité des documents qui ont instruit la procédure. Une partie de la doctrine brésilienne suggère encore qu'il soit précisé dans les termes de la licitation, ainsi que dans la minute du contrat, que la procédure arbitrale et les décisions ne seront pas secrètes, sauf pour les aspects qui doivent raisonnablement rester inconnus du public (en ce sens, v. GAMA E SOUZA JR. (L.), "Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público -Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado)", *Revista Brasileira*



Ecrivez-nous !

N'hésitez pas à nous écrire ou à nous faire parvenir vos contributions à :

amdpa.paris2@gmail.com

AMDPA - Université Pantéon-Assas Paris II - Institut Cujas - 12, place du Panthéon - 75231 Paris Cedex 05

Le mot du Professeur Yves Gaudemet, directeur du Master

L'AMDPA, association des anciens du Master de droit public approfondi de l'Université de Paris II (Panthéon Assas), est à la fois un succès - que je suis heureux de saluer - et une promesse d'avenir - pour tous ceux que nous accueillons.

Le Master de droit public approfondi regroupe chaque année une petite trentaine d'étudiants choisis parmi quelque 200 postulants. De l'ancien DES de la Faculté de droit de Paris, il a repris la tradition d'une formation fondamentale et généraliste, gage plus que jamais de réussite professionnelle vraie. Les promotions d'étudiants qu'il forme sont aujourd'hui présentes dans l'entreprise, au barreau, dans la magistrature et les tribunaux administratifs, au sein du notariat, dans les administrations et secteurs professionnels les plus divers ; d'autres ont rejoint ou s'apprentent à rejoindre les rangs de l'Université. C'est ce succès que concrétise la création de l'AMDPA, manifeste de solidarité et de complémentarité de ses membres.

de Arbitragem n° 8, Ano II - outubro-novembro-dezembro de 2005).

Certaines décisions, contraires à l'arbitrabilité objective (v. not. Guggenheim - TJRJ, Agr. Inst. 0789/2003, 13^a CC, 29-10-2003, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 4, p. 113, 2004), font valoir qu'il serait impossible de concilier des droits patrimoniaux disponibles de l'Administration avec le principe de l'indisponibilité du domaine public.

La doctrine brésilienne s'est fortement manifestée contre cette position. Le professeur Eros Grau, aujourd'hui Ministre du Suprême Tribunal Fédéral brésilien, a expliqué avec précision que l'Administration « doit souvent disposer de droits patrimoniaux, sans que, pour autant, cela implique une disposition de l'intérêt public, parce que la réalisation de ce dernier est garantie par la disposition des premiers » (“inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que, com isso, esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”)³. Rien de plus évident et contemporain. Le patrimoine public peut être ou non disponible, tout comme le litige concernant ce patrimoine peut être ou non arbitral.

En ce qui concerne l'arbitrabilité subjective⁴, les critiques se fondent sur une interprétation particulière du principe de la légalité, selon laquelle les entreprises étatiques ne pourraient se soumettre à l'arbitrage que s'il existe autorisation légale expresse et spécifique. Cette interprétation ne mérite pas approbation.

Tout d'abord, l'autorisation formelle pour la soumission des entreprises publiques à l'arbitrage existe déjà, étant donné les dispositions de l'article 1er de la Loi Brésilienne d'Arbitrage : « Les personnes capables de contracter pourront avoir recours à l'arbitrage pour régler les litiges relatifs aux droits patrimoniaux disponibles » (“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”). On remarque que, selon les termes de la loi, toutes les personnes capables de contracter pourront avoir recours à l'arbitrage.

Ensuite, le principe de la légalité, qui traduisait auparavant l'attachement positif de l'Administration à la loi, manifeste aujourd'hui davantage l'idée que la conduite de l'administrateur est déterminée et gouvernée par les principes et le système de valeurs et intérêts constitutionnels⁵. On en conclut qu'il n'est plus possible de soutenir l'exigence d'une autorisation législative pour soumettre l'Administration à l'arbitrage, étant donné que cette exigence est incompatible avec les principes inscrits dans la Constitution Fédérale, comme ceux de l'efficacité, de la bonne-foi, de l'économie, de la durée raisonnable de la procédure, etc.

Cette position doctrinale pro-arbitrage a été, à l'exception de quelques cas isolés (Guggenheim - TJRJ prec., v. aussi le cas Copel - 3^a Vara da Fazenda de Curitiba-PR, 3.6.2003, Proc. 24334, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 3, p. 170, 2004), bien reçue par la jurisprudence.

Certaines décisions rendues ont été importantes, plus pour leur résultats que pour les fondements juridiques sur lesquels elles s'appuient. Retenons en particulier le cas Compagás (TAPR, 7^a c.c., Ag. Ins. n° 137.401-6, 11.2.2004, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 4, p. 162, 2004, note de E. PITOMBO) : ce fut la première fois que la distinction académique entre matière d'intérêt public primaire indisponible - et donc inarbitral - et intérêt disponible et arbitral de l'Administration a été prise en considération comme critère pour justifier l'arbitrabilité de litiges concernant des contrats administratifs.

La consolidation d'une jurisprudence favorable à l'utilisation de l'arbitrage pour des contrats signés par l'Administration Publique n'aurait jamais eu lieu si, depuis deux décennies environ, le Droit Administratif n'avait connu des transformations. Aujourd'hui, le Droit Administratif voit l'émergence de nouveaux paradigmes, qui peuvent être compris en analysant la redéfinition dogmatique des principes de la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt privé et de la légalité administrative.

A cela, il faut ajouter que pour éviter les doutes relatifs à certains cas

En cela, l'Association est aussi une promesse d'avenir pour ceux qui nous rejoignent. Elle s'emploie à les accueillir, à éclairer la voie, la voie que chacun d'entre eux a choisie, la voie du droit public plus que jamais présent dans notre siècle, parfois sous des formes renouvelées, qui portera leur projets professionnels et citoyens.

Yves Gaudemet Professeur à l'Université
Paris II Directeur du M2 Droit public
approfondi

A propos de nous

L'AMDPA est le fruit de la volonté de trois étudiants de la promotion 2006, ayant reçu le soutien du Directeur du Master 2 et épaulés par deux autres étudiants de leur promotion.

François Blanc (*Promotion Rivero*),
allocataire de recherche, Président

Géraldine Carter (*Promotion Rivero*),
étudiante en Master 2 Droit
européen des affaires, Secrétaire

Benjamin Defoort (*Promotion Rivero*),
allocataire de recherche et
moniteur, Trésorier

Julian Pimiento (*Promotion Rivero*),
doctorant, Responsable des relations
extérieures

Martin Viver (*Promotion Rivero*),
Responsable de la communication

Nous contacter: AMDPA Institut Cujas -
Université Panthéon Assas 12, place
du Panthéon - 75231 Paris
amdpa.paris2@gmail.com

Rubriques

[Acte administratif](#) (1)
[Actes du colloques du Master DPA](#) (8)
[Actualité des anciens](#) (3)
[Actualité des colloques](#) (4)
[arbitrage](#) (1)
[Au fil de l'actualité](#) (10)
[Avocat](#) (1)
[Bibliothèque des rapports publics](#) (6)
[Brésil](#) (1)
[Chroniques étrangères](#) (5)
[Colombie](#) (1)
[Contentieux public](#) (1)
[Contrats publics](#) (2)

spécifiques d'arbitrabilité où la présence du capital privé investisseur est importante et essentielle, le législateur a choisi de prévoir expressément l'autorisation pour régler des conflits par arbitrage, comme dans le cas du régime de concessions publiques et pour les cas concernant le pétrole, l'énergie électrique et le gaz.

Ce fut d'ailleurs le cas pour les PPP. L'article 11, III⁶ de la Loi des PPP prévoit une autorisation légale spécifique pour l'utilisation de l'arbitrage comme mode de règlement de conflits entre le concessionnaire (partenaire privé) et le pouvoir concédant (partenaire public). Cependant, l'accompagnement du processus législatif nous donne une idée des hésitations initiales du législateur, étant donné que le projet original interdisait expressément l'utilisation de l'arbitrage. Ce fut seulement suite à une vigoureuse campagne de la part de juristes pro-arbitrage auprès du Pouvoir Législatif que l'on a accepté d'autoriser le règlement de conflits par arbitrage, mais non sans prévoir certaines spécificités.

En effet, selon les termes du dispositif légal précité, il est impératif que l'arbitrage se déroule au Brésil⁷ et en langue portugaise. Ces conditions légales ont suscité quelques questionnements qui n'ont pas encore été tranchés par la doctrine ni affrontés par la jurisprudence. Il s'agit de savoir, par exemple, si le fait que l'arbitrage doit être réalisé au Brésil se réfère uniquement au siège⁸ de l'arbitrage, ou s'il implique que toutes les étapes de la procédure arbitrale doivent être réalisées dans le pays? Une partie considérable de la doctrine soutient que l'esprit de la norme est de permettre un accès facile et peu onéreux au partenaire public. Quoi qu'il en soit, il nous semble évident que, face à la nécessité de prendre des mesures à l'étranger - comme la production d'expertises ou l'audience de témoins - il sera possible de le faire sans que le commandement légal soit violé. Une autre question consiste à savoir si, étant donné que l'arbitrage doit forcément être réalisé en langue portugaise, l'utilisation d'autres langues serait prohibée. À notre avis, la règle n'empêche pas l'emploi d'autres langues, avec le portugais. Au contraire, il s'agit d'une procédure habituelle dans les arbitrages internationaux, notamment dans les cas ICSID. Toutefois, il reste encore des questions à trancher, comme, par exemple, celle de savoir si, la langue portugaise étant obligatoire, les arbitres sont censés la parler couramment.

De plus, les débats anciens ont pris de nouveaux contours. C'est le cas, par exemple, de la disposition contenue dans l'article 2⁹ de la Loi Brésilienne d'Arbitrage, qui permet aux parties d'avoir leur causes jugées en amiable composition, c'est à dire en équité. La question consiste à savoir si, malgré ce qui a été dit sur la redéfinition du principe de la légalité - qui ne doit pas être compris comme un attachement de la conduite de l'administrateur à la loi positive - cette permission ne permettrait pas d'affirmer que l'Administration serait autorisée à agir dans l'irrespect du Droit. On le sait, l'équité considère le fait plus que la forme. Ainsi, quand elles choisissent un jugement d'équité, les parties recherchent plus l'équilibre contractuel et l'analyse des situations factuelles qu'une évaluation purement légale des normes contractuelles et légales. Ainsi, une partie de la doctrine soutient que tout arbitrage concernant des contrats de PPP doit forcément être de droit, sous peine de violation du principe constitutionnel de la légalité. Cependant, à notre avis, il est possible d'avoir un jugement d'équité, étant donné que la permission légale de la Loi Brésilienne d'Arbitrage est générique et indistincte. En outre, l'expérience internationale montre que l'amiable composition trouve une application adéquate pour les contrats de grande complexité technique. Il s'agit en fait d'une faculté octroyée à l'arbitre, qui pourra l'employer, mais qui pourra également décider de juger en fonction du droit, s'il entend que ce serait la solution la plus juste et la plus équitable pour le cas examiné.

L'arbitrage connaît une acceptation de plus en plus prononcée dans les rapports concernant l'Administration Publique, parmi lesquels les contrats de PPP sont compris. Cet élan pro-Arbitrage s'harmonise avec les principes de l'économie et de l'efficacité de l'Administration Publique et de la durée raisonnable de la procédure, consacrés respectivement par les articles 70, 37 et 5 LXXVIII, de la Constitution Fédérale brésilienne, étant donné que ce mode extra-judiciaire de règlement de conflits contribue à préserver l'esprit de ces normes.

[Distinction droit public/droit privé](#) (1)

[Emploi](#) (1)

[European Law Network](#) (1)

[Juge judiciaire](#) (1)

[L'Association](#) (7)

[Personnalité publique](#) (11)

[Royaume-Uni](#) (1)

[Tribunal des conflits](#) (1)

[Turquie](#) (1)

Liens

[Blog de teoria jurídica y derecho constitucional](#)

[Présentation du Master 2 DPA](#)

[Université Panthéon-Assas Paris II](#)

[Conseil constitutionnel](#)

[Conseil d'Etat](#)

[Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes](#)

[Association internationales des hautes juridictions administratives](#)

[Centre Européen de Droit Public](#)

[European Law Network](#)

[Le blog Droit administratif](#)

[Le blog du Professeur Frédéric Rolin](#)

[Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe](#)

Archive de blog

[décembre](#) (1)

[novembre](#) (5)

[octobre](#) (4)

[juin](#) (3)

[mai](#) (12)

[avril](#) (7)

[mars](#) (8)

[février](#) (1)

 netvibes

 Abonnement Bloglines

 Google

 MY YAHOO!

[Flux Messages \(Atom\)](#)

[Flux Commentaires \(Atom\)](#)

 ADD FEED

Toutefois, même si plusieurs pas ont été franchis en faveur de l'arbitrage, de nombreuses questions sont encore objet de doute, soit en raison de la complexité inhérente à l'adaptation du Droit aux conflits sociaux actuels, soit en fonction de la persistance d'un certain conservatisme doctrinal.



Cette création est mise à disposition sous un [contrat Creative Commons](#)

1. "Art.37. L'administration publique directe et indirecte de tous les Pouvoirs de l'Union, des Etats, du District Fédéral et des Municipales obéira aux principes de la légalité, de l'impersonnalité, de la moralité, de la publicité et de l'efficacité, ainsi qu'au suivant (...) » ("Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)").
2. JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, préface Bruno Oppetit, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1987.
3. GRAU (E. R.), "Arbitragem e Contrato Administrativo", *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 3, n° 2, p. 58, 2002.
4. L'Arbitrabilité subjective est définie par Eduardo Silva Romero comme "la capacité des états et de leurs ramifications de soumettre des disputes à l'arbitrage. En d'autres mots, si une entité de droit public peut ou ne peut pas accepter l'arbitrage, selon les théoriciens traditionnels du contrat, ce n'est pas strictement une question d'arbitrabilité mais simplement de capacité" ("the capacity of states and their offshoots to submit disputes to arbitration. In other words, whether or not a public law entity may agree to arbitration is not strictly a question of arbitrability, according to traditional contract theorists, by merely one of capacity") SILVA ROMERO (E.), "ICC Arbitration and State Contracts", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 13 n° 1 -Spring 2002.
5. Selon GAMA E SOUZA JR. (L.), *op.cit.*, p. 16.
6. « Art.11. L'instrument de convocation contiendra la minute du contrat, indiquera expressément la soumission de la licitation aux normes de la présente Loi et observera les dispositions pertinentes des §§ 3 et 4 de l'art. 15, les articles 18, 19 et 21 de la Loi no 8.987, du 13 février 1995, pouvant en outre prévoir :
(...)
III - l'emploi de mécanismes de règlement de conflits, dont l'arbitrage, à être réalisé au Brésil et en langue portugaise, selon les termes de la Loi n° 9.307, du 23 septembre 1996, pour régler les conflits résultants ou relatifs au contrat »
("Art. 11. O instrumento convocatório contera minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
(...)
III - o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato").
7. Cette exigence fait que la sentence soit, dans la perspective de la Loi Brésilienne d'Arbitrage, nationale, ce qui élimine la nécessité d'une reconnaissance par le Supérieur Tribunal de Justice pour qu'elle produise des effets au Brésil.
8. Selon la définition de POUURET et de BESSON, le siège de l'arbitrage est le «lien juridique entre l'arbitrage et la juridiction - législative et judiciaire - de l'Etat choisi», in POUURET (J), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant-L.G.D.J. Schulthess, 2002, p. 103.
9. "Art 2. L'arbitrage pourra être de droit ou d'équité, selon la volonté des parties" ("Art. 2° A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes").

Publié par Association des Anciens du Master DPA à l'adresse [7:35 AM](#)

Libellés : [arbitrage](#), [Brésil](#), [Chroniques étrangères](#), [Contrats publics](#)

0 commentaires:

[Enregistrer un commentaire](#)

[Message plus récent](#)

[Accueil](#)

[Message plus ancien](#)