

« Opportunités et risques juridiques en matière d'investissement au Brésil »

Deuxième rencontres franco-brésiliennes de la Société de législation Comparée

Chambre de Commerce Internationale (CCI-Paris), le 18 juin 2010

Rapport de synthèse

Le triangle : opportunités, risques et sécurité juridique

Maurício Almeida Prado¹

1 - Le juste équilibre entre les opportunités et les risques

Le titre de cette Rencontre entre les juristes français et brésiliens, soigneusement choisi par notre Secrétaire Générale, Prof. Bénédicte Fauvarque-Cosson (Paris II), convie à une réflexion sur les mots Opportunités et Risques dans le domaine juridique.

Il n'existe nulle part d'opportunités sans risques. Opportunités et risques constituent un couple indissociable.

Il s'agit donc de trouver l'harmonie entre les opportunités et les risques. Le mot grec *harmonia* nous apporte une belle idée pour concilier des sens opposés puisque *Harmonia* était la fille d'Aphrodite, la déesse de l'Amour, et d'Ares, dieu de la guerre brutale et de la mort violente.

Dans le domaine juridique, la clef fondamentale pour trouver l'harmonie ou le juste équilibre entre les opportunités et les risques est la notion de « sécurité juridique ».

Voilà un triangle dont les angles sont les opportunités, les risques et la sécurité juridique. Opportunités et risques juridiques à la base, et sécurité juridique comme angle supérieur, représentant l'objectif, mais aussi le résultat du rapport entre les deux angles de la base.

Ce triangle a été le fils conducteur de notre colloque.

¹ Associé au cabinet L.O. Baptista Advogados, Professeur à la Fondation Getulio Vargas, Docteur de l'Université de Paris X, membre de la Société de Législation Comparée et membre associé de l'ICC Institut of World Business Law.

La recherche de la sécurité juridique dans un monde complexe à la fois à l'échelle internationale, compte tenu de la mondialisation, et à l'échelle nationale, compte tenu des défis sociaux et économiques brésiliens.

La recherche (bien qu'utopique) d'un triangle équilatéral où opportunités, risques et sécurité juridique seraient parfaitement équilibrés nous a conduits à de profondes réformes du droit positif.

2 – La complexité juridique

L'on commence avec la Constitution Fédérale, qui date de 1988, et qui compte 22 ans. Elle demeure une œuvre inachevée puisqu'elle compte déjà plus de 64 amendements.

D'autres exemples importants dans le domaine législatif ont été remarqués pendant la journée :

- Le Code civil (M. le juge Direito) ;
- La réforme de la loi sur les sociétés anonymes (M. Renteria) ;
- Les nouvelles lois pour le secteur du pétrole (M. Valois et M. Haynes) ;
- Le Code du Consommateur (M. Pajoli) ;
- La loi Ferrari (M. Ferraz) ;
- Les réformes du code de procédure civile (M. Della Valle, Mme le juge Cunha) ;
- La loi d'arbitrage (M. Nunes Pinto et M. Feris).

Cette prolifération législative n'est une particularité brésilienne mais une réalité commune à plusieurs pays. En France, « l'inflation législative » a été relevée à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat plutôt comme une pathologie ou un risque pour la sécurité juridique. Certes, elle accroît l'imprévisibilité et la difficulté pour accéder au contenu du droit. En ce sens, le Prof. Fradera (UFRGS) a remarqué l'importance du temps pour stabiliser la connaissance et l'interprétation de nouvelles règles, en l'occurrence le nouveau code civil brésilien.

Il y a, nonobstant, une autre perspective. La prolifération législative est aussi la tentative du législateur de répondre aux défis de la réalité moderne. En effet, la complexité de l'économie et de la vie sociale requiert une action continue et intensive du législateur. L'insécurité juridique peut être le résultat de l'inflation législative, mais elle peut également être le résultat de l'absence de règles pour organiser de nouveaux domaines ou du manque d'évolution du cadre juridique pour accompagner les transformations économiques et sociales.

En ces sens, M. Evangelista (Vale) a remarqué l'importance du projet que le Congrès brésilien est en train d'analyser pour réformer le droit minier, et qui vise à le moderniser et à attirer l'investissement dans ce domaine. On a aussi remarqué que la découverte d'immenses réserves pétrolières dans la côte brésilienne impose une réforme législative qui équilibre les nouvelles données dans ce domaine. M. Gonçalves (BKBG), M. Valois (SVMFA) et M. Haynes (BG) ont mis en relief l'importance que le nouveau cadre juridique soit un juste équilibre l'intérêt public et l'intérêt privé pour assurer la distribution de la richesse dans la

société brésilienne et l'attractivité pour le secteur privé (dont la participation est essentielle pour l'exploitation des nouvelles réserves).

Par conséquent, le phénomène de la prolifération législative se poursuivra. Mais le législateur n'est pas le seul acteur dans ce scénario à créer des normes juridiques. Le juge et les agents privés sont également présents. M. le juge G. Direito et a souligné le pouvoir créateur des juges dans l'interprétation du Code Civil, et M. Renteria celui des agents privés dans les marchés financiers.

« Inflation législative », « pouvoir créateur des juges » et « création des normes par les agents privés ». Ces sont les ingrédients de base de ce que l'on appelle la complexité juridique, qui est une donnée inexorable de la réalité des sociétés modernes.

3 – La sécurité juridique

Comment alors assurer la sécurité juridique dans la fluidité du contexte socio-économique et juridique ?

Sans doute la sécurité juridique est moins axée sur une prévisibilité nominale des normes. Elle se fonde donc, sur la notion de sécurité juridique substantielle. On peut inférer ce en quoi consiste la sécurité juridique substantielle par des exemples apportés aujourd'hui.

a) La sécurité juridique et l'action du législateur

Le premier volet de la sécurité juridique substantielle est la garantie du respect des droits et des contrats conclus avant le changement législatif. Ceci a été le cas de la nouvelle législation sur le pétrole, comme il a été bien souligné par M. Haynes (BG), M. Valois (SVMFA).

La sécurité juridique peut même s'avérer renforcée dans la mesure où de nouvelles lois (nécessaires pour organiser la vie économique et sociale) correspondent aux besoins et aux attentes de leurs destinataires, et sont cohérentes avec les valeurs protégées par l'ordre juridique. Le bilan établi par M. Pajoli (Cetelem) à propos du code du consommateur est exemplaire sur ce point. Les conclusions de M. Ferraz (Renault) sur la loi Ferrari, qui a organisé les rapports entre fabricants et distributeurs dans le secteur d'automobiles, allaient dans le même sens. Mme. Genermont (Casino) a donné l'exemple de comment le cadre le droit des sociétés brésilien (reformé en 2001) a permis aux acteurs privés de structurer un partenariat sophistiqué, évolutif et durable.

b) La sécurité juridique et l'action des agents privés

D'autre part, la sécurité juridique peut aussi se voir renforcée par l'action normative des agents privés, qui créent des normes pour réglementer leur propre activité (ce qu'on appelle l'autorégulation). La sécurité juridique y est assurée dans la mesure où ces règles, qui sont créées « par et pour » leurs destinataires, sont impartiales et justes (légitimité axiologique), et efficaces (haut degré d'acceptation et d'utilisation).

M. Renteria (Autorité brésilienne des Marchés Financiers) a montré comment l'Etat et les agents privés peuvent coopérer pour améliorer le cadre juridique et augmenter la sécurité juridique. C'est le cas notamment de règles élaborées par la Bourse de Sao Paulo. Les résultats concrets montrés par M. Renteria parlent d'eux-mêmes. A partir de l'amélioration considérable du cadre juridique par l'autorégulation et de l'évolution positive de l'économie, la Bourse de Sao Paulo connaît une croissance sans précédent et est devenue l'une de principales places financières au monde.

c) La sécurité juridique et l'action du juge

Enfin, la sécurité juridique est assurée par les tribunaux étatiques et arbitraux.

Déjà, la possibilité accordée aux agents économiques de choisir la voie, la méthode de solution des litiges, est un élément important pour la sécurité juridique des investissements (Mme. Basilio, cab. Basilio).

M. Nunes Pinto (arbitre international) et M. Feris (CCI) ont démontré comment l'arbitrage est devenu au Brésil une voie privilégiée pour la résolution de litiges dans les affaires nationales et internationales. Ils ont souligné l'existence d'une pratique consolidée et de l'appui important de la part des tribunaux étatiques, qui ont bâti une jurisprudence favorable au développement de l'arbitrage.

Le juge brésilien s'est aussi préoccupé de ce sujet. Comme l'a bien souligné le Prof. A. Wald la sécurité juridique a été considérée comme un principe constitutionnel par la Cour de Cassation brésilienne (STF). La création d'une justice spécialisée en droit des affaires, soulignée par Mme. le Juge M. Cunha, cherche à assurer une interprétation cohérente du droit positif, soucieuse des valeurs protégées par l'ordre juridique et par les contrats. Les intervenants (M. Della Valle – Ambev, M. Pajoli – Cetelem, M. Ferraz – Renault et M. Haynes – BG) ont dressé un bilan positif de l'action des tribunaux étatiques brésiliens.

Sans doute y-a-t'il des difficultés, des contradictions, et des faux pas. M. Lamèthe (EDF) en a souligné que certains aspects peuvent impliquer des risques à l'investisseur étranger. Néanmoins, M. Derains (CCI) a remarqué que tous les pays sont confrontés à ces problèmes dans des intensités plus ou moins graves. M. Haynes (BG) a mentionné la complexité fiscale, des entraves bureaucratiques et la difficulté d'obtention de certaines licences municipales ou environnementales. Il y a sans doute de progrès à faire, l'amélioration du cadre juridique et institutionnel est un défi qui restera toujours inachevé.

En effet, la recherche de la sécurité juridique dans un monde complexe, marqué par des opportunités et des risques, s'inscrit dans le cadre d'un des défis majeurs de toute société moderne, celui de construire une société avec *cohésion, justice et liberté*.

En conclusion, je ne peux qu'être heureux d'œuvrer pour la rencontre des pensées juridiques française et brésilienne. A nous, brésiliens, la pensée française apporte la tradition humaniste, la rigueur de la méthode et la richesse des siècles de réflexion. D'autre part, la

pensée brésilienne apporte le regard vers le futur, vers la construction et le perfectionnement de la démocratie, des institutions et du droit.

Je ne peux que souhaiter que ces Rencontres se répètent toutes les années pour que nous puissions continuer à nous enrichir par ce dialogue.

Le plaisir mais aussi l'utilité de regarder l'autre et de nous regarder à travers le regard de l'autre.

Paris, le 21 juin 2010
Mauricio Almeida Prado