

Chapitre 7

Le Brésil et la doctrine Calvo

Jan Kleinheisterkamp *

Un des points à la fois les plus controversés et récurrents des diverses négociations d'accords multilatéraux et bilatéraux sur le commerce international, est celui du cadre juridique des investissements étrangers. Aujourd'hui comme hier, le Brésil rejette catégoriquement l'arbitrage international comme mode de résolution des litiges avec les investisseurs étrangers. Il est un des derniers pays au monde à refuser ce type de solution, souvent au nom d'une vieille doctrine nationaliste, longtemps prisée en Amérique latine, énoncée par un juriste argentin de la fin du XIX^e siècle, Carlos Calvo, et selon laquelle il convient de dénier aux étrangers tout traitement de faveur lors de différends avec l'Etat. Pourtant, ce type de solution constitue un élément essentiel du système de protection des investissements étrangers. Certes, le refus brésilien n'a pas empêché le pays d'être, depuis la fin des années 1990, l'une des principales destinations des investissements étrangers. Mais la rude concurrence entre pays émergents, notamment avec la Chine et l'Inde, a notamment pour

* Professeur assistant au Département Droit & Fiscalité, Groupe HEC, mail : kleinheisterkamp@hec.fr ; ancien chercheur au Département de l'Amérique latine de l'Institut Max-Planck de Droit international privé, Hambourg.

effet d'accroître la pression sur le Brésil pour qu'il améliore son « climat d'investissement » et accepte l'arbitrage international en matière d'investissements étrangers. Or on sait à quel point le Brésil de Lula a besoin d'investissements pour résoudre ses problèmes d'intégration interne et muscler son économie confrontée aux défis d'intégration internationale. On comprendra mieux la position brésilienne et la longévité de la doctrine Calvo, en rappelant la façon dont, ces dernières années, le problème des investissements a été abordé à l'échelle internationale, puis en soulignant la saillance des enjeux juridiques de l'arbitrage en matières d'investissements étrangers.

1. Les « questions de Singapour » : du multilatéralisme au bilatéralisme

Après l'échec de l'Accord Multilatéral d'Investissement (« MAI ») de l'OCDE en 1998, le problème des investissements refait surface lors de la première Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Singapour en décembre 1996. Alors que les rangs de l'OMC s'étoffent (l'Organisation compte désormais 120 membres), est mis en place un groupe de travail consacré à l'investissement, mais aussi à la transparence des marchés publics, à la politique de la concurrence et à la facilitation des échanges. Dès lors, dans le jargon diplomatique, ces quatre dossiers sont dénommés « questions de Singapour ». En novembre 2001, la quatrième conférence ministérielle de l'OMC – qui ouvre le cycle de Doha – décide que les négociations sur les questions de Singapour débiteront lors de la Conférence suivante, prévue à Cancun en septembre 2003. On sait ce qui advint à Cancun. L'opposition du G-21 (groupe de 21 pays – ils ne seront plus que 20 quelques jours plus tard – représentant la moitié de la population mondiale et plus des trois-quarts des personnes vivant en milieu rural, conduit par le Brésil, l'Inde et la Chine) sur ces questions et sur d'autres (l'agriculture

principalement) fit capoter ce sommet. Malgré l'échec de Cancun, l'Union Européenne continua de penser, quelques temps encore, que les problèmes d'investissements pouvaient être résolus de façon multilatérale dans l'OMC. Plus pragmatiques, les Etats-Unis avaient, dès l'échec du MAI, abandonné l'espoir d'obtenir un traité multilatéral sur l'investissement et s'étaient concentrés sur la voie des négociations bilatérales. Cette insistance européenne fit que le sujet, pour l'OMC, ne fut déclaré officiellement mort que le 1^o août 2004. Ce jour là, une déclaration du Conseil général de l'Organisation présentait le programme de la Sixième Conférence ministérielle [elle s'est tenue à Hongkong en décembre 2005] et précisait que certaines des questions de Singapour, notamment celles des investissements, ne figuraient plus à l'ordre du jour et que « par conséquent il n'y aura pas de travaux en vue de négociations sur l'une quelconque de ces questions dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha ».¹

Toutefois, le sujet des investissements semble être un chat doté de plusieurs vies. Ecarté de l'OMC, il ressurgit dans d'autres arènes de discussions. Ainsi, le 12 novembre 2003 (soit quelques semaines après le « Non de Cancun » aux « questions de Singapour »), lors de la onzième réunion ministérielle « Union Européenne – MERCOSUR », les deux blocs se sont accordés sur un programme de travail prévoyant plusieurs sessions dédiées aux négociations commerciales : « Conformément à ce programme, le futur chapitre inclura un accord de libre échange de marchandises et de services. En outre, il couvrira, entre autres sujets, l'accès aux marchés et les normes en matière de contrats publics, investissement, [...] politique de la concurrence [...]. Grâce à l'impulsion politique de la réunion ministérielle et les circonstances adéquates [...], peut-être sera-t-il possible d'obtenir des avancées nécessaires dans les différents domaines, à tel point que les négociations pourraient aboutir en octobre de la présente année [2004] »². Mais bientôt, il apparut évident que ces estimations étaient trop optimistes. Les efforts de négociation entrepris en 2005 ont échoué. Pourtant, des

¹ Le texte intégral de cette décision, appelée « The July Package » peut être consulté sur la page http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/draft_text_gc_dg_31july04_f.htm.

² Communication de la Commission au Parlement européen de 7/4/2004, <<http://trade-info.cec.int/doclib/html/116665.htm>>.

acteurs économiques s'étaient mobilisés. En janvier 2005, par exemple, des chefs d'entreprises de l'Union Européenne et du MERCOSUR, réunis au sein du MERCOSUR–EU Business Forum, avaient à nouveau fortement insisté pour que l'Accord bilatéral établisse « un environnement de régulation pour des investissements étrangers qui soit stable, prévisible et favorable aux entreprises »³. Bref, même si le sujet des investissements ne semble pas être l'un des problèmes les plus imminents des discussions en cours entre Bruxelles et le MERCOSUR, il constitue néanmoins un sujet traditionnellement délicat en Amérique latine et, plus particulièrement, au Brésil.

2. Les enjeux concernant les accords sur les investissements étrangers

Les craintes qui ont donné lieu à la résistance massive des pays en voie de développement contre l'inclusion du sujet des investissements étrangers au programme de discussions de Doha et qui cristallisent l'essentiel des enjeux de tous les accords sur le sujet, ont bien été résumées par le représentant indien à l'OMC : « L'objectif principal [pour initier des négociations sur les investissements] semblait être d'utiliser les dispositions du Mémoire d'accord sur le règlement des différends pour l'avantage des investisseurs privés, sans que soient véritablement compris les doutes et les problèmes des pays en développement. »⁴ Dit autrement, c'est le mode de solution des litiges entre les investisseurs étrangers et le pays d'accueil qui trouble les pays qui craignent de voir leur souveraineté restreinte à cause de puissants intérêts économiques étrangers. En effet, c'est seulement *via* la soumission à une instance internationale que les décisions politiques et administratives d'un pays peuvent être contestées de manière efficace. Pour mieux comprendre les enjeux liés à

³ MEBF Luxembourg Declaration (31/1/2005), <<http://trade-info.cec.eu.int/doclib/html/121351.htm>>.

⁴ Groupe de travail des liens entre commerce et investissement - Rapport sur la réunion tenue les 14 et 15 avril 2003 - Note du Secrétariat, WT/WGTI/M/21 (28/5/2003), paragraphe 35, via <<http://docsonline.wto.org>>.

cette question, il est utile de récapituler le développement historique des modes de résolutions des litiges avec les investisseurs étrangers, spécialement en Amérique latine.

2.1. De la force brute à l'arbitrage

Une expérience traumatisante pour les pays latino-américains fut, en 1902, le blocage naval et le bombardement des ports vénézuéliens par l'Allemagne, l'Angleterre et l'Italie, qui exigeaient des dédommagements pour les pertes subies par leurs entrepreneurs au Venezuela pendant la guerre civile qui venait de déchirer ce pays. Face à la supériorité militaire des puissances impérialistes, les Vénézuéliens acceptèrent de soumettre les revendications à des tribunaux arbitraux ayant siège à La Haye. Ceux-ci condamnèrent le Venezuela à des paiements significatifs⁵, mais ce furent surtout les suites de cette affaire qui furent ressenties comme humiliantes par les pays de l'Amérique latine. Suite aux protestations furieuses de la part du ministre des Affaires étrangères argentin Drago contre les interventions militaires,⁶ la Conférence de La Haye adopta en 1907 une convention qui interdit, pour la première fois de manière multilatérale, l'emploi de la force entre États dans la récupération des dettes réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux. Cependant, à l'initiative du représentant américain Porter, cette interdiction fut relativisée par une exception prévoyant que l'interdiction ne serait pas applicable quand l'État débiteur refusait de soumettre le litige à l'arbitrage⁷.

⁵ George W. Scott, « Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims » *American Journal of International Law* 2 (1908) pp. 78, 81.

⁶ Voir aussi Luis Drago, « State Loans in Their Relation to International Policy », *American Journal of International Law* 1 (1906), pp. 692-726.

⁷ Article 1.2 de la Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, signée à la Haie en 18 octobre 1907; voir www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague072.htm

2.2. Résistance latino-américaine contre l'arbitrage : la doctrine Calvo

La menace potentielle consacrée par cet accord pour l'intégrité territoriale des pays plus faibles fut seulement éliminée par l'interdiction générale de l'emploi de la force dans la Charte de l'ONU en 1947. Il est donc peu surprenant que l'attitude des pays latino-américains soit longtemps restée défavorable à l'arbitrage en matière d'investissements étrangers⁸, perçu comme l'outil de l'impérialisme étranger. Ces derniers ont systématiquement invoqué la « doctrine Calvo » dont les postulats sont les suivants : les étrangers ne peuvent pas revendiquer du pays d'accueil plus de droits que les nationaux, spécialement en ce qui concerne la liquidation de dommages subis ; en conséquence, le pays d'origine ne peut pas intervenir dans ce sens en faveur de son citoyen ; au contraire, les étrangers restent soumis exclusivement au droit matériel et à la juridiction de l'État d'accueil⁹.

2.3. La Convention de Washington (1965)

Cette position ne changea pas quand la Banque Mondiale, dans les années 1960, commença à propager le « syllogisme » de l'arbitrage international. En postulant que le développement économique des pays de la périphérie exige des investissements internationaux, que les investissements internationaux exigent de la sécurité juridique, que la sécurité juridique ne peut être garantie, dans les pays les moins développés, que par l'arbitrage international, la logique sera donc que le développement économique nécessite un

⁸ Et plus largement, même contre l'arbitrage commercial international; voir Jan Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America: Practice and Regulation in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Dobbs Ferry/New York: Oceana Publications Inc. 2005, pp. 1, 465.

⁹ Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, vol. II, 5^{ème} édition, Paris 1896, p. 348-349, et vol. III, p. 138-142. Pour un résumé dans l'œuvre fondamental sur le sujet voir Donald Shea, *The Calvo Clause : A Problem of Inter-American and International Law*, Minneapolis 1955, p. 16-20.

système d'arbitrage entre les investisseurs étrangers et les pays d'accueil.¹⁰ La Convention de Washington de 1965 sur la solution des litiges relatifs aux investissements a mis cette logique en œuvre en créant le Centre International de Résolution des Différends d'Investissement (CIRDI).¹¹ L'une des premières sentences arbitrales insistait sur le fait que « La Convention vise à protéger, avec la même portée et la même rigueur, l'investisseur et l'État d'accueil, sans qu'on puisse oublier que protéger les investissements c'est protéger l'intérêt général du développement et des pays en développement »¹².

Malgré les efforts substantiels déployés pour rencontrer la plupart des objections des pays latino-américains en rédigeant la Convention¹³, son rejet par ces derniers fut catégorique. En 1964, le gouverneur chilien à la Banque mondiale et au FMI, Mr. Ruiz, déclara au nom des tous les pays latino-américains : « Le nouveau système proposé donnerait à l'investisseur étranger, pour la seule raison qu'il est un étranger, le droit de demander un État souverain en dehors de son territoire national, en se dispensant des tribunaux de droit. Cette norme est contraire aux principes juridiques acceptés par nos pays et, *de facto*, donnerait à l'investisseur étranger un privilège, en attribuant aux nationaux des pays concernés une position d'infériorité. Je dois donc constater, M. le Président, que la procédure proposée ne doit pas compter sur l'approbation de nos pays parce qu'elle est en violation des principes constitutionnels relatifs à cette question qu'on ne peut pas ignorer. »¹⁴

¹⁰ Voir en plus de détail, Jan Kleinheisterkamp, « O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros », in : Mônica T. Costa Sousa Cherem & Roberto di Sena Jr. (coord.) : *Comércio Internacional e Desenvolvimento : uma perspectiva brasileira*, São Paulo : Saraiva 2004, pp. 157, 158-159.

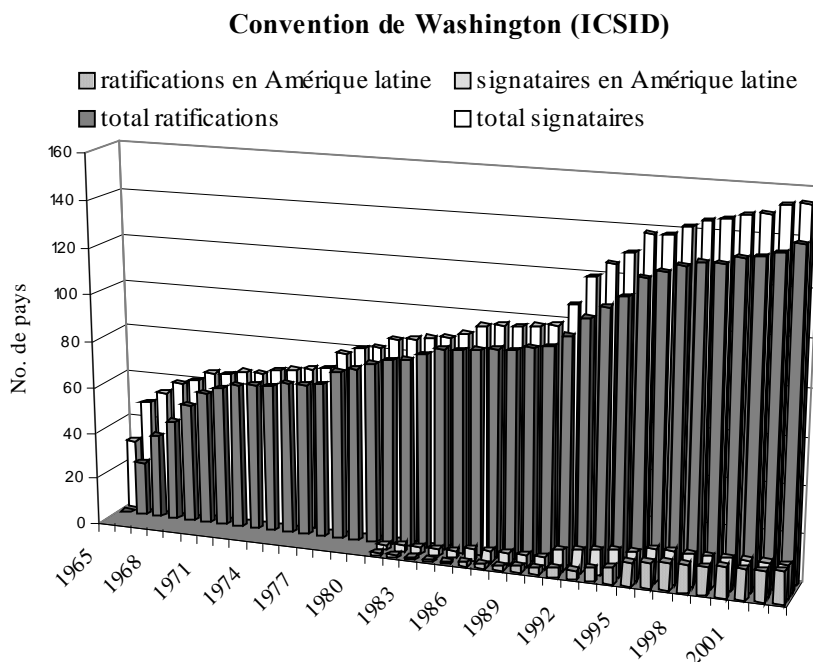
¹¹ Voir <<http://www.worldbank.org/icsid>>.

¹² *Amco v. Indonesia*, décision sur la juridiction du Tribunal (25/9/1983), *ICSID Reports* 1 (1993), p. 400.

¹³ Voir Kleinheisterkamp, *supra* note 10, pp. 159-161.

¹⁴ « Press Release No. 57 » (Tokyo 9/9/1964), in : ICSID (ed.), *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, vol. II/1, p. 606.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la Convention de Washington, texte devenu l'un des plus ratifiés au monde, n'ait obtenu en Amérique latine que des ratifications très hésitantes et très tardives: en 1981 par le Paraguay et le Costa Rica, en 1982 par El Salvador, en 1986 par l'Équateur et le Honduras, en 1991 par le Chili, la Bolivie, l'Argentine et le Pérou, en 1992 par l'Uruguay, en 1993 par le Venezuela, en 1994 par le Nicaragua et en 1995 par le Guatemala et Panama.¹⁵

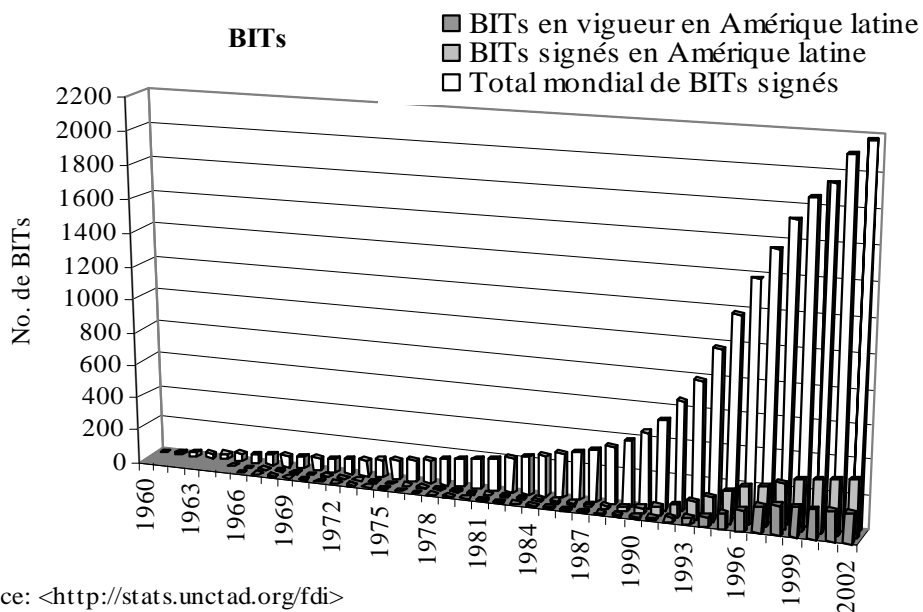


2.4. Les accords bilatéraux d'investissement

Précisément, l'une des concessions accordées aux préoccupations latino-américaines dans la Convention de Washington avait été l'absence de tout « automatisme » dans le déclenchement de l'arbitrage : selon la conception originale, il fallait toujours un accord

¹⁵ Source : <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/constate/htm>>.

spécifique et explicite, un compromis arbitral, entre d'une part l'investisseur étranger considérant que ses droits avaient été violés et, d'autre part, l'État d'accueil, pour donner lieu à un tribunal arbitral constitué selon la Convention. Néanmoins, d'autres formes de soumission ont vite été développées pour augmenter l'efficacité du système de la Convention : l'État d'accueil peut aussi accepter la juridiction du CIRDI dans un contrat avec l'investisseur, avant l'apparition d'un litige précis ou, de manière encore plus généralisée, par une disposition dans ce sens qui serait intégrée dans une loi nationale ou dans un traité international¹⁶. En réalité, la dernière variation se révélera être la clé pour enclencher le mécanisme de l'arbitrage en matière d'investissement. Depuis 1969, presque tous les traités bilatéraux sur la promotion et protection des investissements (souvent appelés par leurs sigles en anglais « BITs » – *Bilateral Investment Treaties*) conclus entre les pays du « premier » et du « tiers » monde contiennent des clauses qui donnent aux investisseurs étrangers le droit de soumettre leur différend avec l'État d'accueil à un tribunal international d'arbitrage.



¹⁶ Pour plus de détails, voir Kleinheisterkamp, supra note 10, pp. 163-167.

Toutefois, les BITs ne se limitèrent bientôt plus au système de la Banque mondiale, c'est-à-dire à l'arbitrage CIRDI. Pour optimiser la position de leurs citoyens à l'étranger, les pays du « premier monde » ont utilisé leur poids et leur force de négociation pour formuler les clauses arbitrales dans les BITs, de telle manière que l'investisseur peut choisir entre l'arbitrage CIRDI et un arbitrage dit « *ad hoc* » : il s'agira typiquement d'un arbitrage selon les règles de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). Or ces dernières garantissent une confidentialité presque totale du litige et confèrent, en conséquence, un pouvoir de négociation additionnel aux investisseurs.

Encore une fois, il est peu étonnant que les pays latino-américains aient été très hésitants à participer à cette nouvelle dimension. Cependant, à la suite de l'acceptation de la Convention de Washington à partir des années 1990, ils ont progressivement accepté des BITs – presque tous selon les modèles de négociation des pays européens et nord-américains.¹⁷

2.5. La troisième dimension : les accords multilatéraux

La grande vague des BITs a inspiré des efforts encore plus ambitieux : la conclusion d'accords multilatéraux pour la protection d'investissements étrangers. En 1988, un tel accord est entré en vigueur entre les membres de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (« ASEAN »), qui inclut aussi l'accès à l'arbitrage¹⁸. L'exemple le plus connu de ce type d'accord est sûrement l'ALENA (1994), à l'origine de nombreux arbitrages en matière d'investissement contre le Mexique, les États-Unis ou le Canada¹⁹. On citera encore le Traité

¹⁷ Ibid. pp. 168-169.

¹⁸ Article X du « ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments » (15/12/1987) ; <<http://www.aseansec.org/6464.htm>>.

¹⁹ Article 1120 du « North American Free Trade Agreement » (17/12/1992) ; in : <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx ?CategoryId=42>.

de libre commerce liant la Colombie, le Mexique et le Venezuela (1995) et le Traité sur la Charte de l'Énergie ratifié par les États d'Europe de l'Ouest, de l'Est, la Russie, la plupart des anciennes républiques soviétiques, la Mongolie, le Japon et l'Australie (1998)²⁰.

Les pays du MERCOSUL (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay) ont également signé le 17 janvier 1994 un accord sur la protection des investissements intra-MERCOSUL, ainsi qu'un accord sur les concessions maximales en matière d'arbitrage que les pays membres peuvent faire dans leurs relations avec les pays tiers, qui incluent tous deux la possibilité pour l'investisseur de choisir l'arbitrage²¹. Pourtant, ces deux accords ne sont finalement pas entrés en vigueur à cause de la résistance brésilienne comme on le verra ultérieurement.

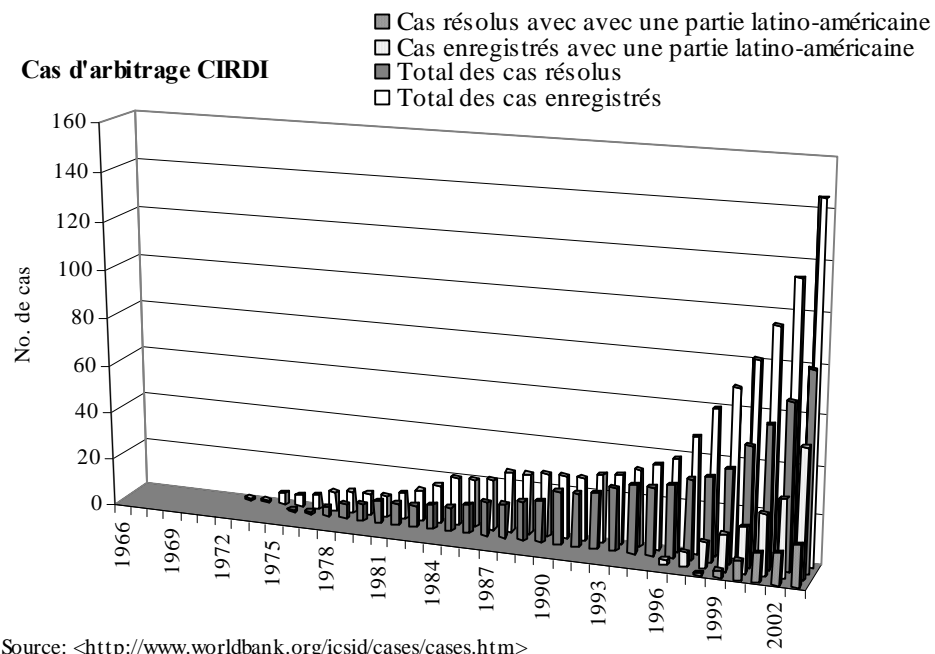
2.6 Le succès des conventions

Le succès de cette stratégie ne peut être mesuré que de manière approximative en observant l'évolution du nombre d'arbitrages menés au sein du CIRDI car le nombre d'arbitrages *ad hoc* reste méconnu de par leur confidentialité. Néanmoins, en assumant qu'il existe une certaine corrélation entre les deux voies d'arbitrage, il semble légitime d'affirmer que le système d'arbitrage pour les questions d'investissement a explosé dans les dernières années, spécialement « grâce » aux cas dans lesquels un investisseur entame une procédure arbitrale contre un pays latino-américain. Plus particulièrement, l'Argentine, le « champion »

²⁰ Article 17-18 du « Tratado de libre comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela » (13/6/1994) ; <<http://www.sice.oas.org/TRADEF.ASP#grupo>>. Article 26 du Traité sur la Charte de l'Énergie (17/12/1994), <<http://www.encharter.org/upload/1/ECT-French.pdf>>.

²¹ Article 9 du « Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (Intrazona) », approuvé par le Conseil du Marché Commun comme Décision CMC/Dec. 11/93 ; article 2 H.3 du « Protocolo de Buenos Aires sobre la promoción y protección recíproca de inversiones provenientes de estado no partes del MERCOSUR », approuvé comme Décision CMC/Dec. 11/94 ; voir <<http://www.mercosur.org.uy>> (→ Español → Normativa → Decisiones).

en Amérique latine en termes de BITs conclus²², a massivement influencé ces statistiques : Depuis sa chute économique et la déclaration de son moratoire en décembre 2001, l'Argentine est le pays impliqué dans le plus grand nombre d'arbitrages entamés à l'initiative d'investisseurs étrangers : un cinquième de toutes les affaires (total mondial) devant le CIRDI concernent l'Argentine²³.



²² Signés : 54 ; en vigueur : 43 ; source : <<http://stats.unctad.org/fdi>>.

²³ Source : <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>>. Pour plus de détails, voir Kleinheisterkamp, supra note 10, pp. 172-173.

3. La position du Brésil

Dans toute cette évolution – ou presque : révolution – de l'arbitrage entre des investisseurs étrangers et les pays d'accueil, la position du Brésil est très particulière. Quand on observe la longue liste des pays ayant ratifié la Convention de Washington, il est frappant de constater que le Brésil, le Mexique et l'Inde sont les seuls pays d'une certaine importance économique qui ne figurent pas sur la liste.²⁴ En outre, l'accord du MERCOSUL sur les investissements des pays tiers, ratifié par tous ces partenaires, n'a pas pu entrer en vigueur à cause du refus du Brésil.²⁵ Mais surtout, le Brésil est encore virtuellement « virginal » en ce que concernent les BITs : hormis trois accords avec l'Italie (1950), le Paraguay (1957) et les États-Unis (1965), qui ne contiennent pas de règles sur l'accès direct des investisseurs à l'arbitrage, le Brésil n'a ratifié aucun BIT jusqu'à présent.

3.1. L'offensive de la diplomatie brésilienne

Mais ce bilan n'est pas sans tache. Alors que la vague des BITs atteignait sa plus grande dynamique dans les années 1990, et face à plusieurs demandes pressantes de conclure des BITs (surtout de la part des pays européens), le gouvernement brésilien a élaboré un « Modèle d'Accord de Promotion et Protection des Investissements Étrangers » pour négocier avec les pays intéressés. Ce modèle ne contenait pas de clause arbitrale, conformément à la position traditionnelle du Brésil, basée sur la doctrine Calvo et toujours très sceptique

²⁴ Voir : <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-fr.htm>>. L'abstention du Mexique, pourtant, a été qualifiée comme purement symbolique car il s'est fortement obligé à l'arbitrage d'investissement par le NAFTA et le nombre des BITs : Patrick Del Duca, « The Rule of Law: Mexico's Approach to Expropriation Disputes in the Face of Investment Globalization », *UCLA Law Review* 51 (2003), p. 35, 115. L'Inde a, contrairement au Brésil, ratifié au moins trois BITs (Royaume Uni, Pays Bas et Corée du Sud), voir <<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/india.htm>>.

²⁵ Cf <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm> (no. 6).

concernant l'arbitrage. Equipés de ce modèle, les diplomates brésiliens commencèrent à négocier plusieurs accords et finirent par signer 14 BITs entre 1994 et 1999²⁶ – mais aucun d'eux ne fut rédigé conformément à leur propre modèle ! Au contraire, tous ces BITs sont entièrement fondés sur les modèles des autres pays, ce qui implique qu'ils contiennent tous des clauses arbitrales. En 1997, le gouvernement brésilien avait même annoncé que l'adhésion à la Convention de Washington par le Brésil était imminente²⁷.

3.2. La résistance du parlement

La fin de l'isolement brésilien reste encore incertaine, notamment à cause de la résistance du dernier bastion du « Calvinisme » en Amérique latine : le Congrès brésilien. Tout d'abord, quand un premier « package » de BITs signés a été soumis par le gouvernement à la Chambre des députés en 1994/1995 en vue d'obtenir l'autorisation législative pour leur ratification et, ensuite, lorsque ce package a été transformé en projets de décrets législatifs en 1996, la victoire des diplomates semblait devoir couler de source : tous les avis des rapporteurs de la Commission des Affaires Étrangères étaient positifs. Seul un député, M. Gushiken, l'un des principaux dirigeants du Parti des Travailleurs (PT), avait présenté fin 1996 un avis divergeant très détaillé, dans lequel il attaquait précisément la clause arbitrale contenue dans l'accord avec le Portugal considéré comme contraire aux principes constitutionnels, en invoquant l'essentiel de la vieille doctrine Calvo : la nécessité de l'épuisement de la voie juridictionnelle interne (autrement dit, le respect de la primauté de la juridiction souveraine du pays d'accueil) et la discrimination à rebours des nationaux du pays d'accueil (autrement dit, l'interdiction de favoriser des étrangers par rapport à des nationaux

²⁶ Voir : <<http://stats.unctad.org/fdi/treaties/bits/brazil.htm>> : Portugal (9/2/1994), Chili (22/3/1994), RU (19/7/1994), Suisse (11/11/1994), France (21/3/1995), Finlande (28/3/1995), Italie (3/4/1995), Danemark (4/5/1995), Venezuela (4/7/1995), Corée du Sud (1/9/1995), Allemagne (21/9/1995), Cuba (26/6/1997), Pays Bas (25/11/1998), Belgique/Luxembourg (6/1/1999).

²⁷ Pour plus de détails, voir Kleinheisterkamp, *supra* note 10, pp. 173-177.

qui ne disposeraient pas d'un recours aux tribunaux arbitrales contre leur gouvernement)²⁸. Cette rébellion ne fut que le début d'une insurrection générale du Congrès, dirigée par le PT (formation politique qui, à l'époque, était encore marquée par le radicalisme de ses positionnements de gauche). En avril 1999, le député pétiste Delgado présentait un avis divergeant encore plus élaboré contre le BIT conclu avec la France et exigeait l'inclusion d'une clause interprétative précisant que « le recours à l'arbitrage dépendra de l'assentiment du gouvernement brésilien »²⁹, ce qui aurait substantiellement réduit le pouvoir des investisseurs. Cet avis a eu d'importantes répercussions dans les différentes commissions et cette exigence s'est vite retrouvée dans la plupart des avis formulés sur les autres BITs. Finalement, après de nombreuses batailles au sein des commissions, le gouvernement de Fernando Henrique Cardoso, face à cette résistance organisée des parlementaires, décida d'abandonner la tentative d'ouverture du Brésil à l'arbitrage en matière d'investissement. Le 12 décembre il retira du Congrès toutes les propositions d'approbation des BITs³⁰, sauf celle concernant l'accord du MERCOSUL. Toutefois, face à la résistance persistante des parlementaires, même celle-ci dut être retirée, le 23 avril 2004³¹ ; marquant ainsi la fin d'une étrange aventure diplomatique.

3.3. Contexte de l'arbitrage en général

Cet épisode des accords d'investissement doit aussi être vu dans une perspective plus large. L'arbitrage en général, c'est-à-dire surtout l'arbitrage commercial (entre deux parties privées), avait déjà été l'objet de longues batailles au Congrès. La loi qui a réformé le droit de

²⁸ Exposé du Député Luiz GUSHIKEN dans la Commission des Affaires Étrangères (13/11/1996) ; accessible via <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=24633>.

²⁹ Vote en séparé du Député Paulo DELGADO dans la Commission des Affaires Étrangères et de la Défense Nationale (15/4/1999), accessible via <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=24422>.

³⁰ Diário da Câmara de Deputados de 13/12/2002, pp. 54409-54415. Pour plus de détail, voir Kleinheisterkamp, supra note 10, pp. 179-181.

³¹ Chercher PDC 301 de 30/9/1999 sur <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

l'arbitrage au Brésil en 1996 (presque deux décennies après sa proposition originale) avait été fortement attaquée parce qu'elle avait introduit, conformément aux standards internationaux, la possibilité d'autoriser l'arbitrage de manière abstraite avant la survenance d'un litige.³² De même, en 2002, la ratification par le Brésil de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères dépendait essentiellement de la possibilité de surmonter la forte opposition émise par les mêmes députés au Congrès contre la fortification de l'arbitrage international privé comme alternative au pouvoir judiciaire brésilien³³. Finalement, une proposition de 2000 visant à modifier la Constitution brésilienne pour interdire à l'État brésilien, ainsi qu'à toutes entités de droit public, l'accès à l'arbitrage en général, a été rejetée en dernière instance en novembre 2004 (après avoir été cependant approuvée par la Chambre et par une commission du Sénat)³⁴.

4. Observations finales

L'hostilité brésilienne contre l'arbitrage international en matière d'investissements étrangers est devenue un fait incontournable pour toute négociation portant sur cette matière : le gouvernement brésilien ne peut pas conclure d'accords qui contiennent la possibilité, pour les investisseurs, d'éviter les tribunaux brésiliens pour leurs demandes contre l'État brésilien. C'était aussi l'un des facteurs qui fit que l'accès direct des investisseurs à l'arbitrage n'était pas envisageable dans le contexte des négociations de l'OMC, forum successeur de l'OCDE

³² Voir Kleinheisterkamp, supra note 8, pp. 114-116.

³³ Voir Kleinheisterkamp, supra note 10, pp. 183-184.

³⁴ Voir Kleinheisterkamp, supra note 8, pp. 99-100.

et de son MAI. De toute façon, le mécanisme des panels de l'OMC pour les litiges entre les États n'inspirait pas plus de confiance³⁵, car le système de l'OMC est le seul à disposer d'un mécanisme très efficace de mise en œuvre des décisions de ses organes de juridiction arbitrale: la rétorsion par l'imposition de sanctions douanières³⁶. Il est probable que le Congrès brésilien n'aurait pas non plus accepté un tel mécanisme risquant de limiter sérieusement la marge de manœuvre du pouvoir souverain brésilien pour régler les investissements étrangers. Ceci pourrait, peut-être, valoir également pour l'accord de libre échange entre le MERCOSUL et l'Union Européenne, en cours en négociation.

Néanmoins, la position et la réaction très souverainistes du Congrès brésilien, fondées sur une énième réanimation de la doctrine Calvo, sont révélatrices d'un profond malaise vis-à-vis du système actuel, encore perçu comme un outil impérialiste des pays riches. Ce malaise, s'il ne doit pas être minimisé, fournit cependant quelques précieuses pistes sur la manière dont le système pourrait être réformé et pour une solution qui serait équitable et non abusive. Comment rendre irréprochable le système de l'arbitrage d'investissement ? Il doit être compris comme une juridiction spéciale et transitoire qui offre des garanties contre le pouvoir discrétionnaire de l'administration publique et qui respecte le paradigme fondamental de toute juridiction de droit administratif : le juste équilibre entre intérêts de l'individu et intérêts publics. Ceci implique que l'individu ne peut pas avoir une position privilégiée vis-à-vis l'État d'accueil. En conséquence, la possibilité pour l'investisseur de choisir entre l'arbitrage CIRDI (qui est réglementé et contrôlé par la Banque mondiale) et un arbitrage « ad hoc » (qui reste à l'abri de toute transparence) peut être qualifiée d'abusif. Une seule juridiction internationale suffit amplement pour garantir aux étrangers la sécurité juridique nécessaire. Ceci implique aussi, pour que la société civile puisse connaître les intérêts publics en jeu, que toute décision en matière d'investissement soit publiée – ce qui évitera tout potentiel de collusion, de chantage ou de corruption. La transparence est primordiale pour

³⁵ Voir, par exemple, supra note 4.

³⁶ Pour une critique brésilienne contre la concaténation des standards internationaux avec le mécanisme de solution des différends de la OMC voir Roberto di Sena Jr., *Comércio internacional & globalização – a cláusula social na OMC*, Curitiba : Juruá 2003.

établir la confiance dans ce système et, ainsi, sa légitimité. L'accessibilité de cette jurisprudence internationale serait aussi un facteur important pour développer le système juridique national en cette matière, donnant ainsi une légitimité additionnelle à ce mécanisme transitoire.

En somme, le gouvernement Lula serait bien inspiré de profiter du rare privilège que le Brésil ne soit encore lié par aucune obligation internationale en ce domaine. Ratifier les accords existant serait gaspiller la forte position de négociation qu'offre au Brésil son refus séculaire de l'arbitrage, et se serait donc rendre le Brésil vulnérable. En revanche, la diplomatie brésilienne peut, en s'appuyant sur la grande force symbolique de l'arbitrage d'investissement (elle est une des causes des marasmes de plusieurs négociations internationales), proposer des nouvelles clauses d'arbitrage qui respectent les deux postulats exposés, c'est-à-dire : la limitation à l'option unique de l'arbitrage CIRDI et la condition de toujours accepter la publication des sentences arbitrales. Ceci serait un signal fort, montrant que demain il n'y aura pas de soumission aux termes abusifs des pays du « premier monde » ni aux dictats du « capital international », mais une offre sincère qui reconnaîtra les besoins de sécurité juridiques des investisseurs et qui donnera une solution équitable et juste. Ceci pourrait constituer, de la part du Brésil de Lula, une importante contribution susceptible de faire avancer le projet d'un encadrement équitable et durable pour l'économie globale. Et cela ne contredirait nullement – bien au contraire – le souhait, plusieurs fois exprimé par le président Lula, de voir surgir une mondialisation à visage plus humain.