

La Lettre du CFDC



Centre français de droit comparé

Editorial: Numéro spécial MERCOSUR

Comme il est malaisé - quand, depuis des siècles, les nations se sont constituées en États indépendants et souverains - de vouloir les regrouper en des ensembles structurés pour augmenter leur commune puissance et leur importance dans le monde!

Depuis la fin du second conflit mondial, nous le constatons en Europe où, par efforts successifs et négociations interminables, nous tentons d'avancer à petits pas, par bonds approximatifs sans toujours de bons résultats, sur la voie de la construction, sinon d'un État fédéral (devant lequel bronchent certains) du moins d'une zone homogène où de vieux États qui se sont tant combattus pourraient enfin, pour l'avenir, déterminer des politiques publiques communes....

On aurait pu espérer qu'en se limitant à une zone géographique homogène, à des pays au passé identique, à des ethnies de même nature, à des populations parvenues à un développement économique semblable, on eût la chance d'esquisser un ensemble cohérent capable de parler et d'agir d'une seule voix. Sans doute l'Europe a-t-elle voulu faire trop vite et trop bien. À vingt-sept il est plus difficile de se mettre d'accord qu'à moins de dix.

Reconnaissons cependant que certaines tentations, plus récentes, moins nombreuses et moins ambitieuses rencontrent les mêmes difficultés, suscitent les mêmes déceptions....

Le Centre français - qui n'a point oublié que nous fêtons - à quelques mois près, cette année le vingtième anniversaire du Mercosur, se penche, dans sa 65^e Lettre, sur l'histoire de cette institution qui semblait, au départ, devoir connaître un avenir prometteur.

Le 26 mars 1991 était conclu entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, le Traité d'Asunción qui avait comme ambition de donner naissance, en se référant au modèle de l'Union européenne, à un marché commun de l'Amérique du Sud.

Le lecteur constatera à l'examen des quelques articles que nous publions aujourd'hui que - pour l'instant - les résultats de cette initiative ne sont guère probants. Très enthousiastes au départ, les pays concernés ne semblent point avoir par la suite pris les décisions indispensables à la constitution d'une véritable organisation internationale. Ils demeurent dans le cadre d'une zone de libre échange plus facile à faire fonctionner et moins contraignante.

Selon l'habitude de notre Lettre nous avons voulu non seulement donner à nos lecteurs les éléments d'information indispensables à la connaissance de la zone couverte mais aussi l'état des problèmes juridiques rencontrés par elle. À cet égard nous avons voulu mesurer l'importance des risques que courent les investisseurs étrangers qui envisagent l'acquisition d'une participation dans une société au Brésil tout en mentionnant les garanties dont ils bénéficient par ailleurs déjà par le vote de certains textes protecteurs.

Nous n'avons pu réaliser ce numéro spécial que grâce au concours inappréciable d'avocats et collègues de Buenos Aires et Sao Paulo - et plus particulièrement de Valeria Pasqualini-Salerno - dont la plupart connaissent aussi bien leur pays que le nôtre. Remercions-les.

Bonne lecture à tous,

Jacques ROBERT
Président du CFDC

Sommaire :

- **Editorial**, Jacques Robert 1
- **Le 20^e anniversaire du Traité d'Asunción**, V. Salerno-Pasqualini 2
- **Les investisseurs étrangers au Mercosur : La situation de la législation argentine**, M. U. Salerno 4
- **La situation actuelle des principaux arbitrages devant le CIRDI à l'encontre des pays du Mercosur** : M. Rothenberg 5
- **Le besoin d'un Code des douanes du Mercosur** : S. Palenque Bullrich 7
- **Les risques inhérents à l'acquisition d'une participation dans une société au Brésil**: A. Moritz & H. Arroyo 9
- **Prix de thèses du CFDC 2011** 11
- **Colloque de l'AIDC** Taiwan 24-26 mai 2012 11
- **Annonces-Brèves : Société de Législation Comparée** 12

LE VINGTIÈME ANNIVERSAIRE DU TRAITÉ D'ASUNCIÓN



Valeria Pasqualini-Salerno

*Avocat au Barreau de Buenos Aires
Docteur en droit de l'Université Paris-
Dauphine*

1.- Au début des années 1980, le retour à la démocratie a favorisé le rapprochement entre les principaux pays du sud du continent, l'Argentine et le Brésil, qui ont signé des accords de coopération économique. L'augmentation des échanges entre les deux partenaires a eu des répercussions si bénéfiques que, rapidement, ils ont conçu un projet plus vaste et plus ambitieux : l'établissement d'un marché commun selon le modèle de la Communauté européenne.

Le Traité d'Asunción, conclu le 26 mars 1991 entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay a donné ainsi naissance au Marché commun du sud, plus connu sous le nom de Mercosur¹. Les pays fondateurs se sont inspirés du modèle de l'Union européenne : le Traité d'Asunción énonce ainsi qu'il a pour finalité la constitution d'un marché commun et prévoit ensuite les instruments pour parvenir à cet objectif de manière graduelle et évolutive. Ce texte apparaît, en quelque sorte, comme la pierre angulaire à partir de laquelle l'édifice va être construit. Les États membres se sont engagés à prendre les mesures pertinentes afin d'atteindre le but poursuivi par le traité. Toutefois, le cadre juridique élaboré postérieurement s'est éloigné de l'exemple européen visé à l'origine et ne s'est pas révélé efficace pour accomplir les ambitieux objectifs fixés. Le bilan de ces deux décennies d'intégration sous-régionale est mitigé : les objectifs du traité fondateur n'ont pas encore été atteints et les progrès réalisés jusqu'à présent laissent songeur quant à son avenir.

2.- Au départ, les pays du bloc sud-américain, animés par des solides convictions et motivés par l'augmentation des échanges commerciaux entre eux, ont prévu un très bref délai pour l'établissement de l'union douanière et la suppression des barrières tarifaires et non tarifaires² entre les membres : vers la fin 1994. Avant cette date également, les parties devaient trouver un accord pour fixer un tarif extérieur commun applicable aux échanges avec les pays tiers. Pour réaliser ces objectifs, les membres du bloc sud-américain devaient donc adopter les mesures nécessaires à la mise en place de la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production, élément caractéristique des marchés communs. Afin d'assurer l'exercice de ces libertés, les parties se sont engagées à coordonner leurs politiques macro-économiques et sectorielles de manière à promouvoir des conditions de concurrence équitable entre eux et à harmoniser leurs législations internes³.

Hélas, le délai prévu à l'origine était trop optimiste et ne considérait pas la réalité et la spécificité d'une région où les pays, ayant des niveaux de développement très hétérogènes, connaissent une grande instabilité politique et économique. De plus, ce phénomène est accentué par les effets de la mondialisation qui rendent les économies des États membres dépendantes les unes des autres et, pour cette raison, les conséquences des crises financières se répandent dans tout le continent, ce qui perturbe sérieusement le commerce intra-communautaire.

3.- Du point de vue du perfectionnement de l'ordre juridique du Mercosur, la réalisation des objectifs du traité fondateur est aussi en retard. Cet accord contenait une ébauche de structure institutionnelle, comportant un organe décisionnel, le Conseil du marché commun, ainsi qu'un organe exécutif, le Groupe du marché commun⁴. Pour la réalisation de leurs missions, ces deux organes sont assistés d'un Secrétariat⁵. Cependant, les États membres ont prévu que ces organes n'auraient qu'un caractère provisoire et ont reporté la consolidation institutionnelle au moment de l'établissement du marché commun. Ainsi, quelques années plus tard, le Protocole d'Ouro Preto du 17 décembre 1994, relatif à la structure institutionnelle, a été adopté. À côté des organes mentionnés, ce traité additionnel a créé une instance technique, la Commission du commerce du Mercosur, qui veille à l'application du tarif extérieur commun⁶. Des organes ayant de missions consultatives ont également été établis afin d'assurer une certaine participation des différents acteurs du processus d'intégration⁷.

Toutefois, à la différence de ceux de l'Union européenne, aucun de ces organes ne représente les intérêts régionaux⁸. En réalité, ils ne disposent que de faibles pouvoirs et leurs actions sont soumises à la volonté des gouvernements des États membres. Des réformes ont été adoptées à partir des années 2000 pour tenter de pallier à ces faiblesses⁹, mais elles ne furent qu'autant de feux de paille. Les organes supplémentaires récemment créés ne bénéficient pas de l'indépendance suffisante pour prendre des décisions au nom du Mercosur qui s'imposeraient aux gouvernements des pays membres.

4.- Ces défaillances institutionnelles sont responsables de la précarité de l'ordre juridique du Mercosur. En ce qui concerne le contenu de la législation du bloc économique sud-américain, la plupart des normes édictées jusqu'à présent sont semblables à celles qui existent dans d'autres processus d'intégration. Néanmoins, il convient de remarquer que les règles en vigueur aujourd'hui ne recouvrent pas encore la totalité des domaines que les parties avaient envisagés initialement (politique commerciale commune à l'égard des pays tiers, régime commun en matière agricole, industrielle, fiscale, monétaire, concurrence, etc.). De plus, un grand nombre de dispositions adoptées ne sont pas applicables en raison du faible taux de transposition¹⁰. Il en résulte que l'ordre juridique du Mercosur est incomplet et que de nombreuses lacunes subsistent (le libre établissement des sociétés, le régime financier). Par ailleurs, le système

judiciaire actuel¹¹, qui prévoit le règlement des différends par le biais d'une procédure arbitrale, n'est pas suffisant pour sanctionner les violations de la réglementation positive, ce qui porte atteinte à la qualité et à l'efficacité des normes du Mercosur¹².

5.- La précarité de l'ordre juridique de ce marché affecte sérieusement son fonctionnement. Malheureusement, les États membres n'ont pas réussi à concevoir des mesures communes applicables pour pallier les effets néfastes des asymétries du niveau économique des parties. De ce fait, la plupart du temps, les pays du Mercosur bafouent allègrement les règles du bloc sud-américain en adoptant des mesures unilatérales pour restreindre le commerce interne¹³. Les règles du Mercosur se sont révélées incapables pour régler ce genre de conflit et rendent possible l'attitude protectionniste des gouvernements, car elles ne précisent pas quelles sont les restrictions non-tarifaires interdites et n'envisagent pas de sanctions.

6.- Comme le dit un célèbre tango¹⁴, vingt ans ce n'est pas grande chose, mais force est de constater que le Mercosur n'est toujours pas devenu le marché commun tant espéré. En dépit de leur flexibilité, les prescriptions du traité fondateur n'ont pas su s'adapter aux changements intervenus à l'échelon régional et mondial. De ce fait, les pays membres ont préféré retarder les objectifs initialement fixés et demeurer pour le moment une zone de libre-échange dotée d'institutions ressemblant à celles d'une organisation internationale et dont l'ordre juridique est difficile à faire respecter. Ceci dit, et contre toute attente, ces

faiblesses n'ont pas fait obstacle au développement du commerce intra-communautaire, ce qui constitue un atout pour des économies émergentes. L'espoir de progresser dans l'intégration économique régionale subsiste encore.



Réunion du Conseil du Mercosur

¹ D'autres pays se sont postérieurement associés à ce processus d'intégration, ce qui signifie qu'ils font partie non pas de l'union douanière, mais de la zone de libre-échange créée entre eux et les États membres du Mercosur : la Bolivie et le Chili en 1996, le Pérou en 2003, la Colombie, l'Équateur et le Venezuela en 2004. Ce dernier a demandé à devenir membre plein en 2005 et la Bolivie a fait de même en 2007. Les protocoles d'adhésion de ces deux pays sont en cours de ratification. Cette évolution démontre le dynamisme et le rayonnement de ce jeune marché qui s'étendra progressivement à tout le sous-continent.

² Les premières, c'est-à-dire les droits de douane, sont licites mais ne peuvent pas être modifiés unilatéralement. Les deuxièmes prennent la forme de restrictions déguisées qui peuvent être définies comme les mesures adoptées par les États pour freiner l'accès à leur territoire de produits étrangers. À titre d'exemple, on peut citer les formalités douanières exigées lors du franchissement des frontières par les marchandises. Valeria Pasqualini-Salerno, « *Essai sur un système juridique d'intégration des marchés américains* », Atelier national de reproduction des thèses, Villeneuve d'Ascq, 2011, p. 129 et s.

³ Traité d'Asunción, art. 1^{er}.

⁴ Traité d'Asunción, art. 9 à 14.

⁵ Traité d'Asunción, art. 15.

⁶ Protocole d'Ouro Preto, art. 28.

⁷ Il s'agit de la Commission parlementaire conjointe, du Forum consultatif économique et social et du Forum de consultation et de concertation économique.

⁸ Valeria Pasqualini-Salerno, *op. cit.*, p. 192 et s.

⁹ Il s'agit du Centre Mercosur de promotion de l'État de droit créé par la décision du Conseil CMC 24/04 ; de l'Observatoire de la démocratie du Mercosur, CMC 05/07 ; de l'Institut social du Mercosur, CMC 03/07. Cependant, l'une des réformes les plus significatives a été la création du Parlement du Mercosur (inauguré en 2007) par le Protocole de Montevideo du 9 décembre 2005 (CMC 23/05).

¹⁰ L'article 42 du Protocole d'Ouro Preto prescrit que les normes adoptées par les États membres ne sont pas immédiatement applicables dans leurs territoires respectifs tant qu'elles n'ont pas été intégrées dans les ordres juridiques internes. Le principe de transposition obligatoire connaît toutefois quelques exceptions.

¹¹ Le Protocole d'Olivos du 18 février 2002 a modifié le système de règlement des différends du Mercosur en introduisant un Tribunal permanent de révision qui a des attributions en matière de révision des sentences arbitrales et dispose de compétences limitées en matière d'interprétation de l'ordre juridique du marché.

¹² Valeria Pasqualini-Salerno, *op. cit.*, p. 293 et s.

¹³ Durant l'année 2009, la région ayant subi de plein fouet les conséquences de la crise mondiale, l'Argentine et le Brésil ont appliqué des licences non-automatiques (ont soumis les marchandises importées à l'obtention d'une autorisation administrative préalable) ce qui a entraîné une diminution considérable du commerce bilatéral.

¹⁴ « Volver » 1935, musique: Carlos Gardel; paroles: Alfredo LePera.

LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS AU MERCOSUR

LA SITUATION DE LA LÉGISLATION ARGENTINE *

Marcelo Urbano Salerno

*Avocat au Barreau de Buenos Aires
Professeur Émérite à l'Université Catholique Argentine
Membre de l'Académie Nationale des Sciences de Buenos Aires*

1.- Les États membres du Mercosur, reconnaissant que la création de conditions favorables aux investissements étrangers dans la région contribuera à augmenter leur développement économique et leur prospérité et à consolider le processus d'intégration entre les quatre pays, ont adopté, le 5 août 1994¹, le Protocole de Buenos Aires. Ce traité, ainsi que celui applicable aux investissements intra-communautaires² est fondé sur la clause de la nation la plus favorisée afin d'encourager les investisseurs extérieurs au marché commun en leur assurant un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les investisseurs nationaux ou régionaux.

Néanmoins, il convient de préciser que ce traité n'est pas encore en vigueur car il n'a pas été ratifié par la totalité des États membres³. En effet, la législation du Mercosur n'est pas immédiatement applicable et la transposition dans les ordres juridiques internes est nécessaire pour la plupart des dispositions⁴. Ce qui signifie, qu'à l'heure actuelle, les investissements étrangers sont soumis au régime établi par les législations nationales. On étudiera le cadre juridique de l'Argentine en ce domaine qui est particulièrement intéressant.

2.- À partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la richesse potentielle de ce pays n'a pas cessé d'attirer les investisseurs étrangers. À l'aube de la Première Guerre Mondiale, lorsque le Président Clémentineau a visité cette jeune république il l'a qualifiée de « grenier du monde ». Cette phrase a laissé une empreinte indélébile à travers le temps, mais elle demeure toujours actuelle, car l'activité agricole continue à être le moteur principal de l'économie argentine, sans oublier les autres ressources naturelles.

Cependant, ces richesses naturelles ne sauraient contribuer à favoriser la croissance d'un pays si elles ne sont pas associées au capital et à la technologie qui sont aussi indispensables au développement de l'économie. Il convient toutefois de remarquer que l'Argentine, n'étant pas un pays fortement industrialisé, ne dispose pas de capitaux suffisants, ce qui rend d'autant plus nécessaire d'encourager et de protéger les investissements étrangers. L'afflux de

ces capitaux externes permet d'équilibrer la balance des paiements, de promouvoir l'épargne nationale et d'optimiser la concurrence. Ainsi, diverses dispositions de l'ordre juridique interne argentin visent la promotion et la protection des investissements étrangers. L'Argentine a également conclu de nombreux traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements.

3.- La Constitution nationale argentine, modifiée en 1994, contient les garanties essentielles à la protection des investissements. Le Préambule énonce le principe de liberté dont bénéficient toutes les personnes désirant habiter le territoire argentin, quelle que soit leur nationalité, qui est réaffirmé par les articles 16 et 20 qui proclament l'égalité entre les personnes nées dans le pays et les étrangers. Ces derniers sont donc protégés au même titre que les nationaux dans l'exercice des droits fondamentaux⁵. Selon la Constitution nationale, la faculté d'édicter des lois relatives à l'importation des capitaux étrangers appartient au Congrès⁷. La loi n° 21.382 du 19 août 1976⁶ relative à la promotion et à la protection des investissements étrangers reproduit les principes garantis par la Constitution en reconnaissant l'égalité entre les investisseurs nationaux et les étrangers et en interdisant toute discrimination entre les personnes en raison de leur nationalité⁸. Cette loi a

pour objectif de promouvoir toutes les activités de nature économique, finalité très vaste dont la portée dépend de l'interprétation des juges.

4.- Aux termes de ce texte, l'investissement de capital étranger est défini comme tout apport de capital ou toute prise de participation dans le capital d'une entreprise locale en provenance d'investisseurs étrangers⁹. L'investisseur étranger peut être une personne physique ou morale domiciliée à l'étranger, mais il peut s'agir d'une entreprise nationale qui investit dans le pays et dont les capitaux proviennent de l'étranger¹⁰. Les formes que peuvent prendre les apports sont larges et variées : devises nationales et étrangères, utilités, biens de production ou de tout autre nature, y compris le transfert de technologie et le « savoir faire »¹¹. La loi autorise également les investisseurs à transférer à l'étranger les bénéfices résultants des investissements ainsi qu'à rapatrier leur investissement¹².

Les investisseurs étrangers disposent de la faculté de choisir librement la forme sociale à adopter pour organiser leur activité dans le pays, à condition qu'elle soit prévue par la législation argentine¹³. Il convient de souligner que les entreprises étrangères sont habilitées à exercer des actes isolés et à installer des succursales ou filiales en Argentine sans qu'aucune autorisation administrative ou judiciaire ne soit requise, si elles remplissent les conditions exigées par la loi, notamment en ce qui concerne l'élection d'un domicile dans le territoire ainsi que le respect des formalités de publicité légale¹⁴. De plus, l'Argentine a ratifié la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité



Siège du Mercosur Montevideo

morale des sociétés étrangères¹⁵, ce qui démontre que le cadre juridique de ce pays est favorable à l'établissement des sociétés étrangères.

5.- Le règlement des différends relatifs aux investissements n'est pas ignorée par la législation argentine. Ce pays a approuvé la Convention de Washington de 1965 par la loi n° 24.353 du 2 septembre 1994, ce qui permet aux investisseurs étrangers de soumettre leurs plaintes à l'arbitrage du CIRDI qui résoudra les litiges conformément aux règles choisies par les parties¹⁶. En vertu du principe de la clause de la nation la plus favorisée, les investisseurs étrangers disposent d'une ample liberté à l'heure de déterminer la loi applicable aux conflits qui les opposent à l'État argentin ou à ses ressortissants, et ce d'autant plus que l'Argentine est le pays de la région qui a souscrit le plus grand nombre de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements¹⁷. À titre d'exemple, on peut citer l'Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements du 3 juillet 1991¹⁸ conclu avec la France qui, faisant écho des fructueuses relations commerciales qu'entretiennent réciproquement depuis longtemps ces deux pays, établit les bases pour protéger et encourager les investissements français.

Traduit de l'espagnol par Valeria Pasqualini-Salerno.

¹ CMC 11/94.

² Protocole de Colonia du 17 janvier 1994, CMC 11/93.

³ Il a été ratifié par l'Argentine (loi n° 24.554 du 14 mars 1996), le Paraguay (loi n° 593 du 15 juin 1995) et l'Uruguay (loi n° 17.531 du 9 août 2002). Le Brésil, ainsi que les pays associés au Mercosur, le Venezuela, la Bolivie et le Chili ne l'ont pas encore ratifié.

⁴ Protocole d'Ouro Preto, art. 42.

⁵ P. ex., le droit de travailler, d'exercer le commerce, de disposer de ses biens, de s'associer, entre autres (Constitution nationale, art. 14).

⁶ Constitution nationale, art. 75, al. 18.

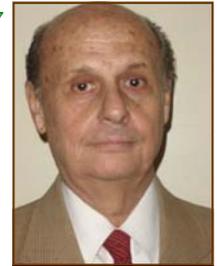
⁷ Réglementée par le décret n° 1853 du 8 septembre 1993.

⁸ Loi n° 21.382, art. 1^{er}.

⁹ Loi n° 21.382, art. 2.1.

BIBLIOGRAPHIE

- MARZORATTI, Osvaldo et MANOVIL, Rafael, "The protection of foreign investments" in *Rapports de l'Association Argentin de Droit comparé au XVIII^{ème} Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé*, Buenos Aires, 2010.
- PASQUALINI-SALERNO, Valeria, *Essai sur un système juridique d'intégration des marchés américains*, Villeneuve d'Ascq, Atelier de reproduction de thèses, 2011, p. 179 et s.
- SALERNO, Marcelo Urbano, "El derecho de la empresa en el siglo XXI : obligaciones y contratos", La Ley, Buenos Aires, 2005.
- TEPLITZCHI, Eduardo, "Derecho de la inversión", in "Mercosur y empresas", Cuadernos de época, Serie Integración económica n° 2, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, p. 177 et s.



Marcelo Urbano Salerno

¹⁰ Loi n° 21.382, art. 2.2. L'article 2.3 précise que l'entreprise locale de capital étranger est celle domiciliée en Argentine dont les personnes physiques ou morales résidant à l'étranger détiennent plus de 49% du capital.

¹¹ Loi n° 21.382, art. 3.

¹² Loi n° 21.382, art. 5.

¹³ Loi n° 21.382, art. 6.

¹⁴ Loi n° 19.550 du 25 avril 1972, art. 118 et 123.

¹⁵ Loi n° 24.409 du 30 novembre 1994.

¹⁶ Malheureusement, dans l'ordre juridique interne il n'existe pas encore de loi sur l'arbitrage, bien que des projets aient été élaborés.

¹⁷ L'Argentine a souscrit 57 traités bilatéraux en ce domaine ; le Paraguay 27, l'Uruguay 26 et le Brésil seulement 13.

¹⁸ Loi n° 24.100 du 14 juillet 1992, réglementée par le décret n° 93-834 du 28 mai 1993.

LA SITUATION ACTUELLE DES PRINCIPAUX ARBITRAGES EN COURS DEVANT LE CIRDI À L'ENCONTRE DES PAYS DU MERCOSUR*

Mónica Rothenberg

Avocat au Barreau de Buenos Aires

I.- Introduction

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est une institution internationale autonome qui fonctionne au sein de la Banque Mondiale et a été établie par la Convention de Washington¹ relative au règlement des différends en matière d'investissements entre investisseurs ressortissant d'un État partie et d'un

autre État. Aujourd'hui, cent cinquante-sept pays sont parties à cette convention. La principale mission du CIRDI est de veiller au règlement des litiges relatifs aux investissements concernant les pays signataires de la convention

La plupart des arbitrages soumis à cette juridiction internationale mettent en cause des pays sud-américains et l'Argentine détient le palmarès de demandes à son encontre. On examinera à présent l'état des procès qui se trouvent en cours actuellement.

II.- Les arbitrages où les pays du Mercosur sont défendeurs

a) Les demandes contre la République Argentine

Au début des années 1990, l'Argentine traversait une très grave crise qui avait provoqué une hyperinflation sans précédent. Il était alors nécessaire de rendre les Argentins confiants à l'égard des institutions financières. Afin de sortir de cette crise, la loi n° 23.928 du 28 mars 1991, appelée de

« conversion », fut adoptée. Elle établissait la parité fixe entre le dollar américain et la monnaie argentine applicable à partir du 1^{er} avril 1991. Le peso argentin avait donc la même valeur que le dollar américain. Par ailleurs, cette loi a également interdit tous les mécanismes d'indexation monétaire des dettes, même si elles avaient été contractées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Une période de stabilité et de croissance économique a ainsi suivi la mise en œuvre des piliers fondamentaux posés par cette loi. La vente des entreprises et l'aide internationale ont contribué à l'augmentation des actifs de l'État redressant de la sorte l'économie argentine.

Ce programme a connu durant les premières années un grand succès, ce qui a eu des effets positifs sur la situation financière de l'Argentine (croissance, stabilité, facilité d'accès au crédit). Néanmoins, cette période fut de courte durée. Les crises économiques internationales (Tequila, Sud-Est asiatique, Brésil) ainsi que la mauvaise gestion des fonds publics ont replongé le pays dans la récession.

Il convient également de mentionner les lois qui, sous prétexte d'assurer la sécurité juridique, ont porté atteinte aux droits des particuliers. Le gouvernement argentin a adopté la loi n° 25.466 du 25 septembre 2001 qui prescrit l'intangibilité de tous les dépôts, qu'ils soient en monnaie nationale ou étrangère, et interdit à l'État de modifier les stipulations convenues entre les titulaires des sommes et les entités financières. Ce principe a été réaffirmé par le décret n° 1570/2001 du 1^{er} décembre 2001 qui a instauré le tristement célèbre « *corralito* » (petit enclos) portant restriction aux retraits d'espèces. Ces deux normes ont été des instruments de préservation du système financier et, en affirmant le respect absolu du contenu des accords conclus, ainsi que l'impossibilité de modifier la monnaie convenue pour exécuter les obligations, elles ont enterminé, durant la crise économique, le cadre légal existant jusqu'alors.

Le 6 janvier 2002, la loi n° 25.561 a déclaré l'urgence publique en matière sociale, économique, administrative et cambiaire. Cette norme, ainsi que les décrets complémentaires édictés par le gouvernement, a établi que toutes les obligations de payer une somme d'argent en devise étrangère seront converties de plein droit en monnaie argentine, le taux de change étant équivalent à un peso pour un dollar. Étant donné qu'à cette époque la devise américaine s'échangeait à hauteur de quatre pesos, cette disposition peut être considérée comme celle qui a le plus affecté le droit de la propriété dans l'histoire argentine. Le même taux de change était applicable aux tarifs des services publics, la loi interdisant aussi toute augmentation ou indexation.

Face à ces mesures restrictives, certains actionnaires des sociétés étrangères ont entamé des poursuites judiciaires contre l'Argentine devant le CIRDI en raison du manquement aux obligations contractées dans les traités bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection des investissements. L'argument invoqué devant l'instance arbitrale était que les mesures adoptées par les lois d'urgence économique constituaient une expropriation des investissements effectués dans

le pays.

À l'heure actuelle, le statut des procédures d'arbitrage soumises au CIRDI à l'encontre de l'Argentine est le suivant : (i) dix-sept procédures sont en cours² ; (ii) six arbitrages ont été suspendus par consentement des parties³; (iii) quinze arbitrages ont été désistés pour des raisons différentes⁴.

Par ailleurs, il existe des sentences arbitrales prononcées dans des litiges dans lesquels l'Argentine était partie et qui lui ont été défavorables. Ce pays a demandé l'annulation de certaines sentences afin de se soustraire à leur exécution, comme ce fut le cas de « LG&E Energy Corporation »⁵ et de « Continental Casualty Company »⁶. Dans

les affaires « Suez Société générale des Eaux de Barcelone S.A. et Interaguas Services intégrales de l'Eau S.A. »⁷ et « Suez, Société générale des Eaux de Barcelone S.A. et Vivendi Universal S.A. »⁸, le tribunal a condamné l'Argentine en responsabilité en raison du manquement au traitement juste et équitable des investisseurs, mais l'évaluation des dommages a été reportée à des arbitrages postérieurs.

À l'heure actuelle, des sentences définitives ont été rendues dans les affaires CMS, Asurix et Aguas de Aconquija. Dans les affaires Enron et Sempra les sentences ont été annulées et les demandeurs ont engagé un nouveau procès devant le CIRDI. Les plaintes de « Metalpar S.A. »⁹, de « TSA Spectrum d'Argentine S.A. »¹⁰ et de « Wintershall Aktiengesellschaft »¹¹ ont été rejetées par le tribunal.

b) Les demandes contre les autres pays membres du Mercosur

De nombreuses plaintes ont aussi été interposées contre les autres États membres du Mercosur en raison de la violation des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements, bien que les arguments invoqués aient été différents. Le statut des affaires est le suivant : (i) Paraguay : trois procédures d'arbitrage concernent ce pays. Une sentence a été rendue et les deux autres affaires sont en cours¹²; (ii) Uruguay : une seule affaire est en cours¹³; (iii) Brésil : ce pays n'a pas encore ratifié la Convention de Washington.

c) Les demandes contre les États associés au Mercosur

Il convient ici de rappeler que, parmi les pays associés au marché sud-américain, l'Équateur (en juillet 2009) et la Bolivie (en novembre 2007) ont dénoncé la convention portant création du CIRDI. Le Chili a été demandé à trois reprises devant cette juridiction¹⁴. Seize procédures en cours mettent en cause le Venezuela¹⁵ et cinq sentences ont été rendues¹⁶. Aucune plainte n'a été déposée contre la Colombie. En revanche, plusieurs affaires concernent le Pérou : trois affaires sont en cours¹⁷ et quatre autres ont été définitivement réglées¹⁸.

III.- Conclusion

Au vu de ce qui vient d'être exposé, il convient de constater que, depuis sa mise en œuvre, la procédure d'arbitrage pour résoudre les différends en matière



d'investissements devant le CIRDI a été utilisée à maintes reprises en raison de la violation des obligations contractées dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. La plupart des plaintes concernent les pays d'Amérique latine. La quantité et la diversité des demandes portées devant cette juridiction met en évidence la confiance des investisseurs à l'égard de cette procédure arbitrale qui apparaît comme un moyen efficace de protection de leurs investissements à l'étranger.

• Traduit de l'espagnol par Valeria Pasqualini-Salerno.

¹ Entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

² Au mois de mars 2011, les procès en cours sont les suivants :

(i) *Teinver S.A., Transportes de Cercania S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/09/1) ; (ii) *Giordano Alpi et autres c/ Argentine* (Cirdi, ARB/08/9) ; (iii) *Hochtief Aktiengesellschaft c/ Argentine* (Cirdi, ARB/07/31) ; (iv) *Urbaser S.A. et Consorcio Aguas de Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine* (Cirdi, ARB/07/26) ; (v) *Impreglio S.p.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/07/17) ; (vi) *Giovanni Alemanni et autres c/ Argentine* (Cirdi, ARB/07/8) ; (vii) *Giovanna Beccara et autres c/ Argentine* (Cirdi, ARB/07/5) ; (viii) *Asset Recovery Trust S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/05/11) ; (ix) *Daimler Financial Services AG c/ Argentine* (Cirdi, ARB/05/1) ; (x) *Mobil Exploration et Development Inc. Suc. Argentina et Mobil Argentine S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/16) ; (xi) *SAUR International c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/4) ; (xii) *Total S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/1) ; (xiii) *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/23) ; (xiv) *Enerdis S.A. et autres c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/21) ; (xv) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/19) ; (xvi) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/17) et (xvii) *El Paso Energy International Company c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/15).

³ Les procédures ayant été suspendues sont les suivantes: (i) *Azurix Corp. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/30) ; (ii) *Unisys Corporation c/ Argentina* (Cirdi, ARB/03/27) ; (iii) *Electricidad Argentina S.A. et EDF International S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/22) ; (iv) *Gas Natural SDG, S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/10) ; (v) *Camuzzi International S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/2) et (vi) *AES Corporation c/ Argentine* (Cirdi, ARB/02/17).

⁴ Les procédures ayant été désistées a la demande de l'une des parties ou par accord mutuel sont les suivantes: (i) *Impreglio S.p.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/08/14) ; (ii) *Compañía General de Electricidad S.A. et CGE Argentina S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/05/2) ; (iii) *RGA Reinsurance Company c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/20) ; (iv) *France Telecom S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/18) ; (v) *CIT Group Inc. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/9) ; (vi) *BP America Production Company et autres c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/8) ; (vii) *Telefónica S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/20) ; (viii) *Aguas Cordobesas S.A., Suez, et Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/18) ; (ix) *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/13) ; (x) *Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. et Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/12) ; (xi) *Camuzzi International S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/7) ; (xii) *Siemens A.G. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/02/8) – il convient de préciser que dans cette affaire le tribunal a statué le 6 février 2007 en faveur du demandeur, mais deux ans plus tard les parties, par accord du 9 septembre 2009, ont laissé sans effet la décision arbitrale - ; (xiii) *Empresa Nacional de Electricidad S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/99/4) ; (xiv) *Mobil*

Argentina S.A. c/ Argentine (Cirdi, ARB/99/1) et (xv) *Lanco International, Inc. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/97/6).

⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International Inc. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/02/1).

⁶ *Continental Casualty Company c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/9).

⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/17).

⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/19).

⁹ *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/03/5).

¹⁰ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentine* (Cirdi, ARB/05/5).

¹¹ *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine* (Cirdi, ARB/04/14).

¹² Une sentence arbitrale a été rendue dans l'affaire *Enduro A. Olguín c/ Paraguay*, (Cirdi, ARB/98/5). Les arbitrages en cours sont: *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c/ Paraguay* (Cirdi, ARB/07/9); et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ Paraguay* (Cirdi, ARB/07/29).

¹³ *FTR Holding S.A. (Suisse), Philip Morris, Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c/ Uruguay* (Cirdi, ARB/10/7).

¹⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c/ Chili* (Cirdi, ARB/01/7); *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c/ Chili* (Cirdi, ARB/04/7); et *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c/ Chili* (Cirdi, ARB/98/2). Les deux premières sentences ont été annulées. Dans la troisième espèce, le Chili a demandé l'annulation de la sentence et le tribunal n'a pas encore statué sur ce point.

¹⁵ Sont actuellement en cours: *Vannessa Ventures Ltd. c/Venezuela* (Cirdi, ARB(AF)/04/6); *Vestey Group Ltd c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/06/4) ; *Mobil Corporation et autres c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/07/27); *ConocoPhillips Company et autres c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/07/30); *Brandes Investment Partners, LP c/Venezuela* (Cirdi, ARB/08/3); *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/08/15), *Holcim Limited, Holderfin B.V. et Caricement B.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/09/3) ; *Gold Reserve Inc. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB(AF)/09/1) ; *Tidewater Inc. et autres c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/10/5) ; *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/10/9); *Opic Karimum Corporation c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/10/14); *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/10/19) ; *Highbury International AVV et Ramstein Trading Inc. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/11/1); *Nova Scotia Power Incorporated c/ Venezuela* (Cirdi, ARB(AF)/11/1); *Longreef Investments A.V.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/11/5); *Crystallex International Corporation c/ Venezuela* (Cirdi, ARB(AF)/11/2).

¹⁶ Les procédures contre le Venezuela dans lesquelles le tribunal a statué sont les suivantes: *Fedax N.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/96/3); *GRAD Associates, P.A. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB-70073); *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/00/5); *I&I Beheer B.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/05/4); *Eni Dación B.V. c/ Venezuela* (Cirdi, ARB/07/4).

¹⁷ Les arbitrages en cours contre le Pérou sont les suivants: *Tza Yap Shum c/ Pérou* (Cirdi, ARB/07/6), *Convial Callao S.A. et CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c/ Pérou* (Cirdi, ARB/10/2), et *Renée Rose Levy de Levi c/ Pérou* (Cirdi, ARB/10/17).

¹⁸ Les procédures contre le Pérou dans lesquelles le tribunal a statué sont les suivantes: *Aguaytia Energy, LLC c/ Pérou* (Cirdi, ARB/06/13); *Compagnie Minière Internationale Or S.A. c/ Pérou* (Cirdi, ARB/98/6); *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c/ Pérou* (Cirdi, ARB/03/4), et *Duke Energy International Peru Investments n° 1 Ltd. C/Pérou* (Cirdi, ARB/03/28).



LE BESOIN D'UN CODE DES DOUANES DU MERCOSUR *

Silvína Palenque Bullrich
Avocat au Barreau de Buenos Aires

Durant les négociations de l'accord de libre-échange entre le Mercosur et l'Union européenne, cette dernière a exigé que le marché sud-américain démontre clairement son intention de consolider l'union douanière par l'adoption d'une législation commune, ce qui a conduit, au mois d'août 2010, à l'approbation du Code des douanes du Mercosur.

I.- Antécédents

Le Conseil du marché commun a adopté il y a seize ans, par la décision n° 25/94, la première version du projet de législation douanière. Depuis lors, les membres du Mercosur ont tenté en vain de trouver un accord pour élaborer un nouveau projet (en 1997, en 1998 et en 2005), mais ces tentatives sont restées inconnues en raison d'un supposé pacte de confidentialité. Pour cette raison, l'approbation du nouveau Code des douanes par une récente décision du Conseil paraît surprenante.

II.- La décision CMC 27/2010

Le Code des douanes du Mercosur a été approuvé le 2 août 2010 par la décision du Conseil du marché commun n° 27/2010. Ce texte constitue une démarche nécessaire à l'approfondissement de l'union douanière, qui est l'un des objectifs recherchés par les États membres selon les termes du Traité d'Asunción. Ce code sera transposé dans la législation des pays du sous-continent par la correspondante sanction législative. Ils disposent d'un délai de six mois pour solliciter les consultations nécessaires afin d'assurer la correcte adéquation avec les ordres juridiques internes respectifs. À ce jour, aucun des États membres n'a intégré ce texte dans sa législation interne.

III.- Observations critiques

Selon la terminologie juridique, on appelle « code » un ensemble unitaire, ordonné et systématisé de normes et de principes juridiques. En suivant cette définition, le Code de douanes du Mercosur ne constitue pas un code étant donné qu'il ne contient pas un ensemble unitaire de normes et de principes juridiques, ce qui est dangereux pour la sécurité juridique du commerce extracommunautaire du marché, puisqu'il manque l'élément essentiel dont il a besoin : la certitude.

Le nouveau Code des douanes du Mercosur, de même que le projet initial de 1994, ne peut être considéré que comme une loi-cadre qui détermine les grands traits des différentes institutions douanières, sans pour autant établir nettement les droits et les obligations qui correspondent à chacune d'entre el-

les. Plus grave encore, le code prévoit qu'il appartient aux États membres d'adopter la législation applicable en matière des institutions douanières telles que l'autorité douanière, les agents de douanes ou le dépôt temporaire, entre autres. Cette délégation est non seulement dangereuse, mais aussi en ouverte contradiction avec les exigences de consolidation douanière posées par l'Union européenne. Il en résulte alors que le pays qui souhaite exporter ses marchandises au Mercosur est tenu, au lieu de se référer à une seule et unique norme commune, d'analyser la législation douanière de chaque pays membre ce qui implique difficulté supplémentaire.

Par ailleurs, tout au long des articles du code on fait mention de « normes à adopter », ce qui suppose que le Mercosur a délégué ses compétences législatives auprès des parlements nationaux. En réalité, les normes qui seront approuvées en vertu de cette délégation viendront compléter les institutions définies dans le code, en établissant des droits et des obligations ainsi que des délais et des conditions de mise en œuvre selon le cas. Sur cent quatre-vingt articles, il y a un total de quarante délégations.

Ainsi, il ne serait pas conforme à une bonne technique législative d'appeler la décision du CMC n° 27/2010 « code » car elle ne constitue qu'une énumération de définitions des institutions douanières dont les conditions d'exercice seront fixées postérieurement par les autorités nationales. De même, on ne saurait pas qualifier de réglementaires les normes destinées à compléter ces définitions, puisqu'elles n'ont pas vocation à faciliter la mise en œuvre des dispositions douanières du Mercosur.

Il ne faut surtout pas oublier que la plupart des normes qui viendront compléter le code sont susceptibles de porter atteinte au droit de propriété et à la liberté individuelle et, pour cette raison, la délégation des compétences législatives en ce domaine, en faveur d'organes qui ne sont pas précisément déterminés, apparaît comme dangereuse voire contraire au texte de la Constitution argentine. De plus, le fait que le nouveau régime douanier soit essentiellement réglementaire lui donne un caractère instable, car il peut être modifié à tout moment, et le rend également hétérogène, puisque chaque pays le transposera selon des critères différents.

Le Congrès national argentin est, en principe, l'autorité compétente pour approuver la décision du CMC n° 27/2010. Cependant, cette faculté semble incompatible avec la législation argentine. En effet, la décision du Mercosur mentionnée ne contient pas de dispositions précises en ce qui concerne la création d'impôts, les marchandises prohibées ou autorisées ou le paiement de la rente douanière, entre autres, et le Congrès argentin ne dispose pas des attributions pour approuver des lois aussi lacunaires en ce domaine.

IV.- Conclusion

L'union douanière du Mercosur n'a pas encore été consolidée étant donné qu'il n'existe pas de *clearing* ni de système de paiement unique de la rente dou-



nière. Cela semble étonnant si l'on fait référence aux considérants de la décision CMC n° 27/2010 qui rappelle que: « la décision du CMC n° 54/04 relative à l'élimination du double paiement du tarif extérieur commun et à la distribution de la rente douanière prévoit, dans son article 4, qu'afin d'assurer la libre circulation de marchandises en provenance de pays tiers vers le Mercosur, les États membres doivent approuver un Code de douanes du Mercosur ». Toutefois, les pays membres du bloc sud-américain n'ont pas constitué une véritable union douanière dans la mesure où la distribution de la rente douanière entre eux n'a pas encore été mise en œuvre et que la

libre circulation de marchandises à l'intérieur du marché connaît de nombreuses restrictions. En conséquence, l'absence d'union douanière implique que le Code de douanes du Mercosur constitue un ensemble confus composé de normes nationales ainsi que de normes communautaires existantes et à venir, ce qui fait que les pays qui veulent faire des échanges avec ce marché ne disposent pas d'une législation uniforme de référence qui les éclaire sur la manière de conduire et de protéger leurs négociations.

- Traduit de l'espagnol par Valeria Pasqualini-Salerno.

LES RISQUES INHÉRENTS À L'ACQUISITION D'UNE PARTICIPA- TION DANS UNE SOCIÉTÉ AU BRÉSIL



Anneliese MORITZ

*Avocate au Barreau de Paris et
au Barreau de Sao Paulo (Brésil)
Cabinet Felsberg e as.*

Hector ARROYO

*Avocat au Barreau de Paris
et au Barreau de Goiás (Brésil)
Cabinet Bremond & Associés*



Le Brésil est, comme disent les Brésiliens, "a bola da vez", ou la balle à jouer. En effet, personne n'ose dire qu'il n'est pas le moment de s'engager au Brésil ne serait-ce que pour diversifier son portefeuille d'investissements.

Il existe plusieurs formes pour mettre en œuvre son projet au Brésil. Certains investisseurs préfèrent s'y implanter en passant par la création d'une structure juridique nouvelle (le plus souvent une Sociedade Limitada, équivalent à la SARL, ou une Sociedade Anônima, équivalent à la SA). Dans ce cas, les investisseurs doivent faire face à la bureaucratie brésilienne liée à l'immatriculation d'une entreprise par des personnes de nationalité étrangère, et conquérir leurs parts de marché en partant de zéro.

D'autres investisseurs, apparemment plus prudents, préfèrent s'implanter au Brésil par l'acquisition d'une participation dans une société brésilienne bien intégrée dans ce marché. Il s'agit d'une démarche peut-être plus prudente, car elle permet d'éviter les difficultés susmentionnées.

Néanmoins, eu égard aux dispositions de la loi brésilienne prévoyant la responsabilité solidaire des associés/actionnaires sur certaines dettes, une acquisition au Brésil ne s'avère pas sans risques.

Malgré le principe selon lequel la responsabilité des associés des Sociedades Limitadas ou des

actionnaires des Sociedades Anônimas est limitée à la hauteur de leurs apports, le droit brésilien permet plus facilement que le droit français la mise en jeu de la responsabilité personnelle des associés/actionnaires pour certaines dettes de la société.

C'est pourquoi, toute acquisition au Brésil doit être précédée d'un audit rigoureux, centré notamment sur le passif social, fiscal, environnemental et en matière de consommation.

En effet, c'est justement dans ces domaines que la loi brésilienne prévoit expressément la responsabilité personnelle solidaire ou subsidiaire, selon le cas, de l'associé/actionnaire.

Il convient ainsi de faire une analyse rapide de tous ces cas de responsabilité prévus par la législation brésilienne.

a) la responsabilité en matière sociale

Il ressort des dispositions du paragraphe 2 de l'article 2 de la Consolidation des Lois du Travail ("CLT") le principe du groupe économique, selon lequel "dès lors qu'une ou deux entreprises, même si chacune a sa propre personnalité morale, sont placées sous la direction, le contrôle ou la gestion d'une autre, de telle sorte à constituer un groupe industriel, commercial ou de quelque activité économique, celles-ci seront solidairement responsables avec la société qui les contrôle tout comme avec chacune des sociétés subordonnées" des dettes sociales.

Cela signifie que les employés de chacune des sociétés appartenant au même groupe économique peuvent faire valoir leurs droits indistinctement à l'encontre de toute société appartenant au groupe, alors même qu'il n'ait jamais été employé, ni rendu de services, directement ou indirectement, à la société du groupe qu'il assigne.

Il est à noter que pour l'application du principe du groupe économique, la notion de contrôle sociétaire est basée sur une panoplie de critères, la simple détention de plus de 50% du capital social n'étant pas un critère décisif. En effet, l'immixtion dans la gestion d'une société, notamment par la désignation des personnes ayant vocation à occuper des postes clés, suffit pour caractériser l'appartenance à un même groupe économique.

Ainsi, si une société étrangère acquiert une participation dans une société brésilienne de telle sorte à

exercer sur celle-ci une gestion de fait, cette société peut être amenée à répondre solidairement de toutes les dettes sociales de la société cible. Ce risque de responsabilité solidaire peut être étendu aux dettes sociales d'autres sociétés avec lesquelles la société cible a des rapports capitalistiques, si celles-ci sont considérées comme appartenant à un même groupe économique.

Il est ainsi essentiel que les investisseurs étrangers prennent en compte ce risque lors de la négociation des pactes d'actionnaires concernant des sociétés exerçant une activité au Brésil.

b) la responsabilité en matière fiscale

Selon la loi brésilienne, le repreneur d'un fonds de commerce ou d'une société commerciale est (i) personnellement responsable de toutes les dettes fiscales du fonds ou société acquis, si le cédant cesse d'exercer toute activité commerciale ou industrielle, et (ii) il est subsidiairement responsable, si le cédant continue d'exercer ou vient à exercer dans les six mois suivant la cession, une activité commerciale ou industrielle¹.

Par ailleurs, la loi brésilienne prévoit également un autre cas de responsabilité des associés/actionnaires pour les dettes fiscales de la société. En effet, si une société faisant l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite² ne peut faire face à ses dettes fiscales, ses associés/actionnaires répondent solidairement des impôts dus par la société, lorsqu'ils sont responsables de la création de ce passif fiscal en raison de leurs actes ou omissions³.

Les associés/actionnaires seront aussi personnellement responsables des dettes fiscales qui résultent d'actes pratiqués par eux avec excès de pouvoir ou en infraction à la loi et aux statuts de la société⁴.

À cet égard, la jurisprudence constante de la Cour de cassation brésilienne (STJ) considère que le simple fait de ne pas payer des impôts, ne constitue pas une infraction à la loi. Par conséquent, l'associé/actionnaire ne répond solidairement que des dettes fiscales résultant de la fraude, du dol ou de la simulation, comme par exemple l'absence de déclarations fiscales ou les déclarations erronées.

Il est à noter que la responsabilité de l'associé/actionnaire en matière fiscale est moins facilement retenue qu'en matière sociale, puisque la responsabilité fiscale est subordonnée à un agissement de l'associé/actionnaire qui soit nuisible à la société ou qui soit contraire à la loi et aux statuts.

c) la responsabilité en matière environnementale

Le non-respect des dispositions de la législation environnementale par une société engendre des conséquences pour ses associés/actionnaires de nature civile, pénale et administrative.

En effet, c'est l'application conjointe d'une disposition constitutionnelle (l'article 225 § 3 de la Constitution Fédérale)⁵ et d'une disposition légale (l'article 14 §1^{er} de la loi n° 6.938/81)⁶ qui fonde la mise en jeu de la responsabilité personnelle de toute personne directement ou indirectement responsable d'un dom-

mage environnemental (qualifiée comme étant "pollueur").

Dans la pratique, les tribunaux considèrent souvent les associés/actionnaires comme étant au moins, indirectement responsables des dommages environnementaux causés par la société dans laquelle ils détiennent une participation, dès qu'ils auraient pu avoir connaissance des dommages en question.

d) la responsabilité en matière de consommation

Le Code de la consommation brésilien est très protecteur des consommateurs.

À cet égard, le Code de la consommation permet la mise en jeu de la responsabilité des associés/actionnaires à chaque fois que la structure sociétaire constitue un obstacle au dédommagement des consommateurs (article 28 § 5 du Code de la consommation).

Dans ce cas, la responsabilité des associés/actionnaires peut être recherchée indépendamment de la faute de la société ou des associés/actionnaires.

Conclusion

Force est de constater que dans le but de protéger les parties les plus faibles (les employés, les consommateurs) et d'assurer l'efficacité des politiques de protection de l'environnement, la législation brésilienne facilite la levée du voile corporatif.

Ceci est un aspect essentiel à être pris en compte lors de l'acquisition d'une participation - qu'elle soit minoritaire ou majoritaire - dans une société brésilienne, en raison des responsabilités de l'acquéreur qui pourront être mises en jeu, y compris pour les faits antérieurs à l'acquisition de la participation.

En matière fiscale, la levée du voile corporatif est plus difficile, mais reste un point à être soigneusement évalué lors de l'acquisition d'une participation sociétaire.

1. Article 133 du Code fiscal brésilien.
2. Selon les dispositions de la loi n° 11.101/2005 sur le redressement des entreprises en difficulté et la faillite.
3. Article 134 du Code fiscal brésilien.
4. Article 135 du Code fiscal brésilien.
5. Article 225, § 3 de la Constitution fédérale: « Les auteurs d'actes et activités considérés comme étant nuisibles à l'environnement, sont assujettis à des sanctions pénales et administratives, indépendamment de l'obligation de réparer les dommages causés ».
6. Article 14, § 1 de la loi 6.938/81: « Nonobstant l'application des sanctions prévues dans le présent article, le pollueur est obligé, indépendamment de faute, à indemniser ou réparer les dommages causés à l'environnement et aux tiers affectés par son activité. Le Ministère public de l'Union et des États fédérés sont légitime pour intenter une action en responsabilité civile et pénale pour dommages causés à l'environnement ».



Centre Français de Droit Comparé

PRIX DE THÈSES ET DE MÉMOIRES 2010-2011

Lors de la réunion des Organismes français de droit comparé, qui s'est tenue le 17 janvier 2011, le jury, présidé par Mme Marie Goré, professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas et M. Etienne Picard, professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, a décerné les prix suivants :

Prix de thèse

1^{er} prix ex æquo

- **Gabriel BONCKSANG HOLA**, *L'inexistence juridique des actes administratifs. Essai de théorie juridique comparée : France, Chili, Espagne, Italie*
- **Laure LESTIENNE-SAUVE**, *Le beau-parent en droit français et en droits anglais*

2^e prix ex æquo

- **Renaud BOURGET**, *La science juridique et le droit financier et fiscal. Étude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXe et XXe siècles)*
- **Aurore GAILLET**, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*



Règlement

Deux prix sont offerts chaque année par le Centre français de droit comparé pour récompenser des études de droit comparé ou de droit étranger. Des mentions, qui ne donnent pas lieu à une récompense pécuniaire, sont également accordées.

Le prix de thèse est destiné à récompenser la meilleure thèse de droit étranger ou de droit comparé soutenue ou imprimée durant l'année universitaire précédente.

Le prix de mémoire récompense le meilleur mémoire soutenu durant l'année universitaire précédente.

Les candidats doivent adresser pour le 1^{er} novembre 2012 pour les thèses soutenues entre le 1^{er} novembre 2011 et le 1^{er} octobre 2012, un exemplaire de leur étude accompagné d'une lettre de motivation, d'un curriculum vitae et du rapport de soutenance.

Les auteurs d'études publiées ou qui, après récompense par le Centre, viendraient à être publiés, sont tenus de faire hommage d'un exemplaire à la bibliothèque du Centre.

Les prix peuvent, exceptionnellement, être divisés. Ils peuvent aussi n'être pas attribués.

Seuls peuvent être récompensés des travaux de langue française.

Centre français de droit comparé, 28, rue Saint-Guillaume,
75007 Paris

tel : 01 44 39 86 29 fax : 01 44 39 86 28

e-mail : cfdc@legiscompare.com

www.centrefdc.org

Second congrès thématique de l' Académie internationale de droit comparé

Tapei (Taiwan) 24-26 mai 2012
College of Law, National Taiwan University

Sur le thème général de **La Codification**



1. **La codification en droit civil** : Rapporteur général: professeur Julio César Rivera (Argentine)
2. **La codification de la procédure administrative**, professeur Jean-Bernard Auby (France)
3. **La codification nationale et internationale des droits de l'homme**, professeur Giuseppe Ferrari (Italie)

Selon le schéma habituel des congrès de l'AIDC, les trois thèmes abordés auront un rapporteur général et des rapporteurs nationaux. Le CFDC étant le comité national de l'AIDC des rapporteurs français ont été désignés pour chacun des thèmes

Plusieurs conférences et tables rondes sont également organisées

Pour tous renseignements pratiques et inscriptions :

<http://www.law.ntu.edu.tw/iacl/law.html>



Centre français de droit comparé

28 rue Saint-GUILLAUME
75007 Paris

Téléphone : 33 01 44 39 86 29
Fax : 33 01 44 39 86 28
www.centrefdc.org

CONTACT:

ALIETTE VOINNESSON
cfdc@legiscompare.com

ANNONCES

LEX MULTIPLEX



JUS UNUM

NOUVELLES DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

Conseil de direction

Mme **Bénédicte Fauvarque-Cosson**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris 2, a été élue Président de la Société de législation comparée lors de l'Assemblée générale du 12 décembre 2012.

Le Conseil de direction du 23 janvier 2012 a nommé **M. Timothée Paris**, Premier Conseiller à la Cour administrative d'Appel, Professeur associé à l'Université Paris Est-Créteil, en qualité de secrétaire général. **MM. Xavier Le Caron** et **Jean-Pierre Vergne**, experts-comptable comme trésorier et trésorier adjoint.

Pour toutes informations sur la Société de législation comparée
Ses programmes et ses publications
www.legiscompare.com

BRÈVES



Société de législation comparée Dernières publications

Collection Centre français de droit comparé

Vol. 14: *La dénonciation : droit ou devoir?*

Colloque du 9 juin 2011

octobre 2011, 224 p.

ISBN : 978-2-908199-98-7 28€

Collection Trans Europe Experts

Vol. 3: *La citoyenneté européenne*

Direction: B. Fauvarque-Cosson, É. Pataut et J. Rochfeld,

novembre 2011, 129 p.

ISBN : 978-2-908199-99-4 25 €

Collection « UMR de droit comparé de Paris »

Vol. 26: *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*

Direction: T. la Khabrieva & G. Marcou

janvier 2012, 310 p.

ISBN : 978-2-36517-00-0 45€

Collection Colloques

Vol. 16: *Les services d'intérêt économique général et le marché intérieur: régimes nationaux et cadre juridique européen*

Coordinateur: Jean-Louis Dewost

février 2012, 174 p.

ISBN : 978-2-36517-02-4 30€

Pour toute commande s'adresser à la
Société de législation comparée

Christine Zamora : Fax: 33 (0)1 44 39 86 28

E-mail: christine.zamora@legiscompare.com

www.legiscompare.com