

# L'ARBITRAGE ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

FABIANO MAGALHAES, PROCUREUR DE L'ÉTAT DE RIO DE JANEIRO

Tout d'abord, je suis très reconnaissant de l'accueil et de l'invitation de Monsieur Didier Le Prado et de la Société de Législation Comparée, au nom de laquelle je salue les autres membres du séminaire et toutes les personnes présentes.

L'application de l'arbitrage au Brésil, en particulier par l'administration publique, a une histoire tortueuse, pour diverses raisons, responsables d'une longue période de rejet jusqu'à son admission et son développement progressif. Pour ces raisons, je trouve intéressant de partager cette présentation en trois parties. La première sur ce passé, la seconde sur l'état actuel des connaissances et, enfin, je prendrai des notes sur les défis à relever à l'avenir.

Ce qui est curieux, c'est que, bien que le recours à l'arbitrage par l'État n'ait pas été admis depuis des décennies, le cas le plus important formé dans la jurisprudence des tribunaux brésiliens concerne l'administration publique. Dans la célèbre affaire Lage, le décret-loi 9.521/1946 a établi un tribunal arbitral spécifique pour fixer le montant de l'indemnisation due par le gouvernement fédéral. L'origine de la condamnation a été l'incorporation au patrimoine national des biens et des droits des entreprises de l'Organisation Lage, précédemment déterminés par le décret-loi 4.648/1942, sous l'argument des intérêts de la défense nationale dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale.

Après qu'une décision unanime ait fixé l'indemnité en 1948, le gouvernement fédéral a changé de position et a commencé à faire valoir que la sentence arbitrale était inconstitutionnelle et a opposé son veto au projet d'ouverture d'un crédit budgétaire spécial pour payer le montant dû. La controverse a finalement été tranchée par le Suprême Tribunal Fédéral, en 1973, dans un jugement unanime qui a reconnu la légalité de l'arbitrage, y compris dans les litiges impliquant le Trésor public.

Toutefois, ce précédent historique des plus emblématiques n'a rien changé à la forte résistance contre le recours à l'arbitrage dans les conflits avec l'administration publique.

Le scénario général de l'arbitrage au Brésil a commencé à changer de manière significative avec l'approbation, en 1996, de la loi 9.307, qui est apparue dans le contexte de la privatisation et de la débureaucratiation de l'État brésilien dans les années 1990.

Le changement législatif ne s'est pas avéré suffisant pour modifier le scénario selon lequel l'arbitrage n'était pas disponible pour l'administration publique, matérialisé par la jurisprudence, comme les décisions de la Cour fédérale des comptes, et par la controverse vivante dans la doctrine jusqu'à récemment.

La résistance forte et persistante contre l'adoption de l'arbitrage par l'administration publique était basée sur trois ordres d'arguments.

Premièrement, le principe de légalité conditionnerait la participation des entités publiques aux procédures d'arbitrage à une autorisation légale expresse et spécifique, ce qui n'existait pas dans le passé.

En outre, le principe d'indisponibilité de l'intérêt public n'autoriserait les agents publics qu'à gérer et conserver les biens et intérêts de l'Administration, qui appartiennent à la collectivité, sans pouvoir en disposer librement. La doctrine a cependant contesté la corrélation entre la disponibilité ou l'indisponibilité des droits de propriété et la disponibilité ou l'indisponibilité de l'intérêt public.

La troisième raison consisterait en l'incompatibilité entre la confidentialité essentielle de l'arbitrage et le principe de publicité des actes de l'administration.

En fait, il existe des facteurs théoriques et historiques qui expliquent cette résistance, comme la formation historique du droit administratif brésilien, marqué par un système de prérogatives et de privilèges dérogatoire au droit commun et la verticalisation des relations administratives-contractuelles.

Le patrimonialisme - étudié par le juriste et procureur d'État Maître Raymundo Faoro - et la tradition de la pensée nationaliste autoritaire brésilienne (renforcée pendant la dictature militaire de 1964) constituent ce cadre. Il convient également de souligner les prérogatives procédurales et les raisons pragmatiques et économiques - telles que la non-production des effets du défaut, le réexamen nécessaire, les doubles délais et le régime spécial de paiement - comme raisons supplémentaires de la préférence de l'Administration pour la solution juridictionnelle.

Ce scénario a considérablement changé à partir de 1997, avec l'approbation de lois spéciales, dans des secteurs spécifiques du domaine des infrastructures, qui ont admis le recours à l'arbitrage pour régler les conflits avec l'État. Il convient de mentionner la loi générale sur les télécommunications et la loi générale sur le pétrole, toutes deux de 1997, la loi créant l'Agence de régulation des transports terrestres et fluviaux, de 2001, la loi sur les partenariats public-privé de 2005, l'amendement, en 2005, de la loi sur les concessions, la loi des ports, de 2013, et, enfin, la loi d'arbitrage de l'État de Minas Gerais, de 2011, la

première loi qui a commencé à admettre l'adoption de l'arbitrage de manière généralisée par l'administration publique pour résoudre les conflits liés aux droits de propriété disponibles.

Dans le même temps, une évolution lente et progressive de la jurisprudence des tribunaux brésiliens, sous l'impulsion de la Cour Supérieure de Justice, a commencé à reconnaître la validité et l'efficacité des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats conclus par des entreprises publiques d'économie mixte exerçant des activités économiques. Deux conditions étaient obligatoires: la relation contractuelle devait être formée, non pas par l'Administration directe, mais par une société d'économie mixte exerçant une activité économique de production ou de vente de biens ou de prestation de services, et le litige devait porter sur des droits de propriété à caractère aliénable, en excluant de la procédure d'arbitrage les actes accomplis dans l'exercice du pouvoir d'empire de l'État.

Dans une décision importante rendue en 2006, la Cour Supérieure de Justice a estimé que le concept de droits de propriété disponibles n'était pas incompatible avec l'idée d'intérêt public, créant ainsi la base théorique nécessaire au recours à l'arbitrage par l'administration publique pour résoudre les problèmes de propriété et de disponibilité.

C'est l'évolution qui a conduit au moment actuel, établi depuis l'approbation, en 2015, de la loi 13.129, véritable cadre réglementaire de l'arbitrage dans l'Administration publique, dans la mesure où elle a promu une réforme importante de la loi d'arbitrage pour prévoir la possibilité de recourir à l'arbitrage dans les conflits impliquant l'Administration publique (directe et indirecte) des trois sphères de la Fédération.

Ce fait pertinent s'est produit dans le contexte de l'ouverture à un système "à portes multiples" et de l'admission de différents moyens appropriés de résolution des conflits. En effet, en 2015, deux changements législatifs ont été importants: le nouveau Code de Procédure Civile a institué le devoir de l'État de promouvoir l'incitation à la résolution consensuelle des conflits et la loi 13.140 a réglementé la médiation judiciaire et extrajudiciaire, y compris pour l'Administration publique.

En plus de renverser les arguments selon lesquels l'arbitrage n'est pas réalisable pour l'Administration, la loi 13.129 a confirmé les avantages de son utilisation, tels que la sécurité juridique et la prévisibilité garanties aux parties privées, la célérité des procédures, la plus grande participation des parties, une plus grande efficacité due à la spécialisation technique des arbitres et le potentiel d'attraction des investissements.

L'option de l'arbitrage est également privilégiée dans les cas où la divergence se limite à des aspects hautement techniques, ainsi que lorsque le retard de la solution peut nuire à la fourniture adéquate du service ou au fonctionnement de l'infrastructure ou empêcher des investissements prioritaires.

L'approbation de la loi 13.129 a provoqué l'édition d'autres actes normatifs spécifiques importants pour la consolidation de ce moment de croissance de l'arbitrage dans l'Administration publique: la loi 12.815, de 2013, cadre réglementaire du secteur portuaire, et son décret régulateur numéro 10.025, le décret 46.245/2018 de l'État de Rio de Janeiro et le décret 64.356/2019 de l'État de São Paulo, tous deux réglementant l'arbitrage dans le cadre de l'Administration publique.

Ainsi, deux premières questions ont été résolues: l'arbitrabilité dite subjective et l'arbitrabilité objective. En effet, la loi 13.129 inclut expressément l'administration publique parmi les personnes aptes à utiliser l'arbitrage comme moyen de résolution des conflits. En outre, elle a limité aux droits de propriété disponibles l'univers des questions pouvant être soumises à l'arbitrage. Cependant, il est important de définir spécifiquement le contenu de ces droits, comme nous le verrons.

Il est également nécessaire d'adopter des mesures de planification. En fait, l'option pour l'arbitrage et la rédaction de la convention exigent une planification stratégique spécifique et une décision mûrement réfléchie, pour laquelle les avantages de l'adoption de l'arbitrage dans le cas spécifique sont évalués, sur la base d'études et d'évaluations techniques et économiques. Même si l'administration publique peut conclure une convention d'arbitrage sans qu'il y ait de disposition dans l'avis public ou de clause contractuelle d'arbitrage, cette mise en garde est appropriée.

Ce point nous amène à la troisième et dernière grande partie de la présentation: les défis de l'arbitrage pour l'administration publique à l'avenir.

La grande question qui se pose et à partir de laquelle toutes les autres se déploient est la nécessité d'entreprendre un profond mouvement d'amélioration réglementaire et de densification de l'arbitrage pour l'Administration publique.

La densification de cadres réglementaires clairs et spécifiques et de paramètres normatifs minimaux pour la performance des agents publics contribuera de manière significative à surmonter l'incertitude juridique et la création de politiques publiques visant à promouvoir des moyens alternatifs de résolution des conflits, en surmontant la résistance susmentionnée, au sein de l'État, aux changements culturels et aux habitudes dans la conduite de ses relations avec les acteurs privés.

Le renforcement de la réglementation appropriée, attentive aux spécificités et aux pratiques de l'administration publique au Brésil, peut permettre, à mon avis, une nouvelle culture de résolution des conflits dans les sièges administratifs.

La densification réglementaire devrait se faire par le biais de quatre types d'instruments, utiles pour la définition de questions fondamentales, telles que l'option pour l'arbitrage institutionnel, le choix de la chambre arbitrale et des arbitres, la spécification des questions arbitrables, le détail de la procédure d'arbitrage, le siège, la loi applicable, le critère de jugement, la publicité, le paiement des coûts et les honoraires de l'arbitre.

Premièrement, je cite les actes normatifs réglementaires, tels que les règlements et les décrets de l'État. Les règlements des chambres d'arbitrage privées peuvent également jouer un rôle important dans la consolidation.

Une autre collaboration importante de l'administration publique consiste en l'élaboration de projets de clause compromissoire standardisée qui, en définissant un contenu minimal et uniforme de la clause, apporte une prévisibilité contractuelle et une plus grande sécurité juridique aux relations.

À cet égard, je considère qu'il est essentiel de citer la résolution 4.212 de 2018 du Bureau du Procureur Général de l'État de Rio de Janeiro, qui a approuvé la clause compromissoire type pour les contrats de concession de services publics, les concessions parrainées et administratives, les contrats de concession de travaux et les contrats de l'État de Rio de Janeiro dont la valeur dépasse vingt millions de reais.

Cette clause, qui suit la réglementation contenue dans le décret 46.245 de l'État de Rio de Janeiro, prévoit l'application de l'arbitrage aux litiges pécuniaires qui ne mettent pas en cause des intérêts publics primaires, la possibilité d'une soumission préalable à la médiation et le mode de choix des arbitres, le siège de l'arbitrage, l'adoption de la loi brésilienne et de la langue portugaise, l'application de la procédure d'arbitrage établie dans le décret, la règle de l'avance des frais par l'entrepreneur lorsque celui-ci est demandeur, la publicité des actes et la règle de répartition des honoraires.

Il appartient également à l'administration publique de progresser dans la structuration interne des organismes publics, la formation de ses employés et la formulation de lignes directrices pour un traitement uniforme des affaires, en vue de la consolidation de l'arbitrage dans l'État.

Après avoir établi ces prémisses, il est important de passer en revue les questions spécifiques essentielles qui nécessitent un traitement plus adéquat et plus approfondi, et qui posent des défis pour l'avenir.

Tout d'abord, je me réfère à l'importance de la spécification détaillée, dans un acte normatif ou une clause compromissoire, des questions soumises à l'arbitrage. La mention des droits de propriété disponibles, de nature pécuniaire et ne portant pas sur des intérêts publics primaires, bien que révélant les exigences fondamentales de propriété et de disponibilité des droits, n'est plus suffisante.

La description des hypothèses, dans une liste d'exemples dans le règlement ou dans la clause compromissoire, apporte une plus grande sécurité juridique et une meilleure prévisibilité à la relation établie. En règle générale, les cas suivants peuvent faire l'objet d'un arbitrage: (i) les clauses contractuelles qui régissent le mode et la forme de la prestation du service; (ii) les clauses économique-financières; (iii) le maintien et le rétablissement de l'équilibre économique-financier du contrat; (iv) la violation des obligations contractuelles par l'une ou l'autre des parties, y compris l'incidence et le montant des pénalités; (v) le calcul des indemnités résultant de la résiliation ou du transfert du contrat; et (vi) les conséquences exclusivement patrimoniales résultant de l'utilisation de prérogatives administratives.

Le deuxième point à souligner est l'adoption préalable de l'arbitrage institutionnel, qui est plus adéquat et efficace pour l'Administration publique, car il garantit la structure spécifique de l'organisme d'arbitrage institutionnel, une plus grande prévisibilité des règles de procédure, le choix des arbitres, la fixation des honoraires, le paiement des frais et des dépenses. C'est l'option expressément retenue par le décret de l'État de Rio de Janeiro.

Une fois la voie institutionnelle choisie, la grande question qui se pose est de savoir comment choisir la chambre d'arbitrage et les arbitres. La doctrine brésilienne s'est consolidée en ce qui concerne la non-obligation de soumissionner pour le choix de l'institution d'arbitrage et de l'arbitre, marquée par la spécialisation notoire et la confiance de la relation, qui rendent la concurrence irréalisable.

Ce processus de choix peut toutefois être nuancé par l'adoption de l'accréditation, dans laquelle toutes les entités qui répondent aux exigences minimales objectives établies par l'administration, dans un acte réglementaire, peuvent être inscrites sur une liste d'institutions qualifiées. La désignation de la chambre d'arbitrage, parmi celles qui obtiennent l'accréditation, doit de préférence être laissée à la partie privée. Le choix

discrétionnaire est réduit, ce qui garantit l'impersonnalité, la compétitivité, l'économie des services, ainsi que l'adéquation et la qualification des services et des règlements.

C'est l'option adoptée par le décret de l'État de Rio de Janeiro, qui a élu les exigences minimales suivantes: disponibilité d'une représentation dans l'État de Rio de Janeiro, constitution régulière depuis au moins cinq ans, être en fonctionnement régulier en tant qu'institution arbitrale, ainsi qu'avoir une réputation, une compétence et une expérience reconnues dans l'administration des procédures d'arbitrage, avec la preuve de la conduite d'au moins quinze arbitrages dans l'année précédant l'enregistrement.

Quant aux critères objectifs pour le choix des arbitres, la compétence, l'impartialité et l'indépendance, l'expertise technique, l'expérience dans l'arbitrage, le nombre d'affaires jugées, les questions d'expertise en droit public sont essentiels, en faisant attention, toujours, aux éventuels cas d'empêchement et de suspicion qui peuvent invalider la nomination.

D'autre part, il est nécessaire de souligner les préoccupations de nature pragmatique liées à l'existence et à l'affectation de fonds pour le lancement de la procédure d'arbitrage, le remboursement des dépenses ordinaires, l'expertise, les honoraires et le paiement éventuel des sentences. Il convient donc de procéder à la planification budgétaire nécessaire et de prévoir des ressources publiques à cette fin.

Par ailleurs, le décret de l'État de Rio de Janeiro a fait le bon choix en prévoyant que les dépenses liées à l'exécution de l'arbitrage seront avancées par l'entrepreneur lorsqu'il est demandeur de la procédure d'arbitrage, y compris les honoraires des arbitres, les coûts éventuels des expertises et les autres dépenses liées à la procédure, ce qui ne génère pas d'augmentation des coûts de transaction. Ces frais seront remboursés, proportionnellement, à la fin, en cas de défaite.

En outre, selon ledit décret, en cas de décision arbitrale qui condamne ou ratifie un accord qui impose une obligation pécuniaire à l'égard de l'État, le paiement sera effectué par le système spécial d'un titre de paiement ou d'une réquisition de faible valeur, sous réserve des exceptions prévues par la loi, comme la reconnaissance administrative de dette.

Enfin, et sans plus de précisions, il est important de dire quelques lignes sur le principe de publicité, qui a servi, dans le passé, comme l'un des plus grands obstacles à l'adoption de l'arbitrage par l'Administration publique.

Il ne fait aucun doute que la force des principes démocratique, républicain et de publicité impose la transparence et la publicité des actes de l'État, de sorte que la loi

fédérale sur l'arbitrage, à partir de la modification apportée en 2015, détermine expressément que l'arbitrage impliquant l'Administration publique respectera le principe de publicité.

La règle est donc la publicité. Il ne sera pas possible d'imposer la confidentialité habituelle aux procédures d'arbitrage impliquant l'administration publique.

Cela ne signifie pas, bien sûr, qu'il ne peut y avoir aucune restriction à l'accès à l'information. La confidentialité, cependant, est l'exception et le défi devient la densification et la spécification des hypothèses et de la procédure de décernement, dans des situations de secret protégées par le système juridique.

Tout d'abord, le principe de publicité impose le devoir de divulguer l'option pour l'arbitrage et le processus respectif, ainsi que la divulgation d'informations sur les procédures d'arbitrage auxquelles l'administration est partie, telles que la date de la demande, les noms des parties et des arbitres et le montant impliqué.

Il appartient au tribunal arbitral de conduire l'arbitrage de manière publique et d'accorder l'accès à ces informations, en décrétant le secret des documents et informations ou le secret de la procédure, à titre exceptionnel. En outre, le décret de l'État de Rio de Janeiro confie au bureau du procureur général le pouvoir de mettre à disposition les actes de la procédure d'arbitrage, tels que les requêtes, les rapports d'expertise et les décisions des arbitres de toute nature, à la demande d'une personne intéressée.

L'audience arbitrale doit cependant respecter la confidentialité et est réservée aux arbitres, aux secrétaires du tribunal arbitral, aux parties, aux avocats, aux témoins, aux assistants techniques, aux experts et aux employés de l'institution d'arbitrage.

En outre, il est recommandé que l'Administration publique et les chambres institutionnelles réglementent la publicité dans les procédures arbitrales et précisent les cas et la forme dans lesquels la confidentialité sera décrétée.

En général, le secret de l'information ou de la procédure arbitrale peut être décrété pour trois raisons distinctes: (i) l'existence de documents, d'informations ou de données qui peuvent mettre en danger la sécurité de la société ou de l'État, ou qui peuvent constituer des hypothèses de secret juridique; (ii) lorsque la divulgation de l'information peut porter atteinte aux droits individuels de la partie privée, à l'intimité, à l'honneur et à l'image, ainsi qu'aux secrets commerciaux, aux brevets, aux informations fiscales ou aux contrats enregistrés avec une clause de confidentialité; (iii) lorsque la divulgation de l'information peut mettre en danger les droits de tiers de nature confidentielle.

La consolidation complète du principe de publicité représentera une augmentation significative du contrôle et de la qualité des procédures d'arbitrage pour l'Administration et contribuera grandement à la formation solide de la jurisprudence et des précédents, ainsi qu'à la connaissance des données et statistiques fondamentales pour la performance des juristes.

L'aphorisme du philosophe italien Antonio Gramsci selon lequel "l'ancien résiste à la mort et le nouveau ne peut naître" est bien connu. Le nouveau processus d'arbitrage avec l'Administration Publique est déjà né et il est de notre devoir de faire tous les efforts pour son développement maximal et son renforcement.