

LE DROIT PRIVÉ BRÉSILIEN : *STRUCTURE, PRINCIPES CARDINAUX ET VOIES JURIDICTIONNELLES D'APPLICATION*¹

BRAZILIAN PRIVATE LAW: STRUCTURE, CARDINAL PRINCIPLES AND JUDICIAL WAYS OF APPLICATION

Gustavo Vieira da Costa Cerqueira

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche – université de Strasbourg. Membre du Laboratoire de droit des affaires (UMR 7354) - université de Strasbourg/CNRS. Enseignant invité de la Faculté internationale de droit comparé - Strasbourg (3e Cycle - 2013). Avocat inscrit au barreau de Porto Alegre, Brésil

Résumé : Cette étude vise à présenter le cadre général du droit privé brésilien, privilégiant les droits des obligations et des contrats. Aussi, des incursions dans d'autres domaines, tels que le droit des biens et celui de la famille, permettront d'illustrer également certains de nos développements. L'approche retenue s'inscrit dans un courant qui considère que l'essentiel d'un droit se trouve dans les cadres stables au sein desquels les règles de droit évoluent. C'est pourquoi, sans négliger ces dernières, nous nous intéresserons à cette superstructure. Dans cette perspective, nous vérifierons la manière dont le droit privé brésilien est structuré et mettrons en relief ses principes cardinaux ainsi que les voies juridictionnelles permettant sa mise en œuvre. La réalisation de cette étude est fondée sur la conviction de l'importance des éléments de droit positif jugés fondamentaux pour la compréhension de la structure et du fonctionnement des ordres juridiques susceptibles d'être mis en comparaison. La connaissance de tels éléments permet au comparatiste d'avancer avec moins de risque sur le terrain toujours mouvant qu'est le système juridique d'autrui.

Mots-clefs: droit privé brésilien – pluralisme juridique - codification - méthodes de codification – codification civile – codification commerciale – protection du consommateur (codification) – droit international

¹ Cet article est une version remaniée de l'étude comparative intitulée « Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien », que nous avons publiée dans l'ouvrage : *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 67-149.

privé (absence de codification) – unification des obligations civiles et commerciales – droit de l’entreprise : dépassement de la notion de droit commercial – micro-systématisation de la protection des consommateurs - intégration des systèmes de droit privé (articulation entre les codes) - principes cardinaux du droit privé brésilien – principes à portée structurante – paradigmes de la codification civile - lignes directrices du droit des contrats (vers une justice contractuelle) - phénomènes de modulation du droit privé – constitutionnalisation du droit privé - incidence de l’ordre international sur le droit privé - prééminence des droits de l’Homme - impact de l’intégration régionale sur le droit privé - voies juridictionnelles d’application du droit privé - voie judiciaire (voie traditionnelle) - unicité judiciaire brésilienne - autorité des décisions des cours supérieures – arbitrage (voie en expansion).

Abstract: This paper aims to present a general framework of private law in Brazil, with a special regard on contract law. Incursions in the domain of property and family law will also provide an illustration for some of these achieved developments. The chosen approach belongs to a current which considers that what is essential in a legal system is the framework from which legal rules evolve rather than the rules themselves. That is why, without neglecting the latter, we focus on the superstructure of Brazilian private law. In this perspective, the paper shows how private law is structured in Brazilian legal order and highlights its cardinal principles as well as the judicial ways for its application. The knowledge provided of the basic elements of a legal system allows the comparatist to progress with less risk on the ever-changing foreign legal system field.

Keywords: Brazilian private law - Legal pluralism - codification – methods of codification - civil codification - commercial codification - consumer protection (codification) - Private International Law - unification of civil and commercial obligations – *direito da empresa* : moving beyond the concept of commercial law - consumer protection as a micro-system of private law- integration of private law systems - Brazilian cardinal principles of private law - guidelines of contract law (towards a new philosophy of contractual justice) – constitutionalization of private law - pre-eminence of human rights - the impact of regional integration on private law - judicial ways of application of private law - Brazilian judicial unity - authority of supreme courts decisions - arbitration (a form of ADR in constant expansion).

Lorsqu'il entame sa recherche, le comparatiste est confronté au besoin de connaître les éléments fondamentaux des systèmes juridiques qu'il étudie. Outre la difficulté de déterminer ces éléments fondamentaux que l'on peut aisément qualifier de « données fondamentales »², ce sont des questions d'ordre méthodologique qui se posent. Sous quelle perspective mener l'étude : diachronique et dynamique ou synchronique et structurale ? Est-il convenable de n'envisager que certaines branches du droit ? Enfin, quelle définition de droit privé retenir quand chaque ordre juridique en a une définition particulière résultant de sa propre histoire ? Les réponses dépendront, bien entendu, de l'objectif de l'analyse. Ainsi, le choix même des données préalables à toute analyse comparative est déjà une source de réflexion.

Loin de prétendre offrir un panorama exhaustif du droit privé brésilien, notre propos n'aspire qu'à être une introduction à ce dernier³. Ce travail se limitera à présenter un cadre général, privilégiant les droits des obligations et des contrats dans la mesure où ils constituent le noyau du droit privé et le tronc commun des droits civil et commercial et, plus récemment, du droit de la consommation. Aussi, des incursions dans d'autres domaines, tels que le droit des biens et celui de la famille, ainsi que dans d'autres systèmes juridiques, nous permettront, ici et là, d'illustrer également certains de nos développements.

Notre travail souhaite s'inscrire dans la démarche de René David⁴, qui considère que l'essentiel d'un droit se trouve dans les cadres stables au sein desquels les règles de droit évoluent, conformément aux mœurs. En effet, comme l'explique Mme Jauffret-Spinosi⁵, le droit d'un État est plus qu'un ensemble de règles existantes à un moment

2 Comme l'a relevé D. Paiva de Almeida, l'un des efforts les plus remarquables tendant à identifier explicitement les critères d'analyse qui seraient « substantiels » pour la comparaison et la classification des différents droits nationaux à l'échelle mondiale est celui du professeur J.-L. Constantinesco, dans son *Traité de droit comparé* - Tome III : La science des droits comparés (Paris, LGDJ, 1983). Cf. PAIVA DE ALMEIDA (D.), « Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, op. cit., p. 41-66, p. 41, *ad notam* 1.

3 Une vaste bibliographie francophone sur le droit brésilien, préparée par l'auteur de ces lignes en collaboration avec Thales Morais da Costa, se trouve dans l'ouvrage collectif : *Droit français et droit brésilien* : perspectives nationales et comparées, Actes du colloque de Porto Alegre du 25 à 29 mai 2009, sous la direction de Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.), Morais da Costa (T.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Graeff (B.), Vilarino (T.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1051-1086. Par ailleurs, nous avons privilégié, tant que faire s'est pu, les références bibliographiques en langue étrangère afin d'indiquer aux juristes non-lusophones des sources qu'ils pourront consulter plus aisément.

4 Cité par C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », in *La structure des systèmes juridiques, sous la direction de Moréteau* (O.) et Vanderlinden (J.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 259.

5 JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Ibid.*

donné et leur connaissance ne permet pas de pleinement l'appréhender. C'est pourquoi, sans négliger ces dernières, nous nous intéresserons aux cadres stables du droit privé brésilien.

Dans cette perspective, nous vérifierons la manière dont le droit privé brésilien est structuré (I), avant de mettre en relief ses principes cardinaux (II) ainsi que les voies juridictionnelles permettant sa mise en œuvre (III).

Il convient en prolégomènes de préciser deux points. En premier lieu, le Brésil est un État fédéral où le droit privé relève de la compétence législative de l'Union, conformément à l'art. 22, I, de la Constitution fédérale de 1988. Aussi, la législation en matière de droit privé est essentiellement uniforme sur l'ensemble du territoire brésilien. Ensuite, la loi n'est pas la seule source du droit privé. En effet, l'art. 4 de la *Loi d'introduction aux normes du droit brésilien* de 1942 dispose que, dans les cas non prévus par la loi, « le juge décidera en appliquant l'analogie, les coutumes et les principes généraux du droit »⁶. En second lieu, si les doctrines et les droits étrangers (portugais, espagnol, français, allemand, italien, suisse, anglo-américain) ont eu une forte influence sur le droit brésilien, nous ne pourrions qu'exceptionnellement la mettre en lumière dans cette étude⁷.

I. LA STRUCTURE DU DROIT PRIVE BRESILIEN

Si la notion de structure d'un droit n'est pas univoque⁸, celle du droit privé semble encore plus délicate à cerner. Elle suppose en effet une incursion dans l'histoire du droit de chacun des pays. Cela afin d'observer leurs évolutions législative, jurisprudentielle et doctrinale, et ainsi comprendre la circonscription du droit privé. Sans approfondir cette question, nous pouvons néanmoins affirmer que cette délimitation se fait tant en fonction des principes permettant d'identifier et de circonscrire le champ d'application d'un certain nombre de règles et d'institutions juridiques, qu'en fonction des intérêts - publics ou privés - en jeux, qui induisent une distinction presque naturelle face au droit public⁹.

Structurellement, le droit privé brésilien est un droit codifié (A). Dans la mesure où elle ne relève pas d'une seule méthode, il est

6 Sur les sources du droit brésilien, v. LANNI (S.), *Brasile*, Estratto da Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile, UTET Giuridica, 2012, p. 125-157, p. 127-134.

7 La bibliographie mentionnée à la note 2, *supra*, rend compte des principaux travaux déjà réalisés sur les influences qui ont marqué la construction et l'évolution du droit privé brésilien.

8 JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La structure du droit français », art. préc., p. 259.

9 Sur la problématique générale de la distinction entre le droit public et le droit privé, v. dans les *Archives de philosophie du droit* : La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique, tome I, 1952, et, Le privé et le public, tome 41, 1997.

opportun de s'intéresser aux modalités de codification au Brésil (B). Enfin, il faut comprendre la manière dont ce système codifié s'intègre (C).

A. Organisation codifiée du droit privé

La structure essentiellement codifiée du droit privé brésilien relève d'un processus historique commun à d'autres pays d'affirmation de leurs droits nationaux (1). Cette construction, essentielle pour affirmer l'État nouveau, passe par une systématisation de l'ordre juridique qu'opère la codification (2) et dont résulte une constellation de codes (3).

1. Le pluralisme juridique précédant la codification moderne: le Brésil colonial et le Brésil à l'aube de son indépendance

La codification du droit privé brésilien s'inscrit dans le mouvement de codification des droits de tradition civiliste. Pour cette raison, une approche comparatiste s'impose pour comprendre l'importance de cette méthode dans l'organisation actuelle du droit du privé au Brésil.

Les nations de l'ancienne Europe ont été marquées par une diversité juridique, corrélative d'un morcellement politique à partir duquel le Vieux Continent s'est organisé à la chute de l'Empire romain d'Occident au Ve siècle. Il en résulte que les droits en vigueur au début du XVIIIe siècle étaient fidèles à des traditions juridiques ancestrales¹⁰ à travers différentes catégories de sources communes à l'ensemble des États européens. La première de ces sources est le droit romain à travers l'interprétation des compilations de Justinien, « redécouvertes » en Italie à la fin du XIe siècle¹¹. Ce droit romain redécouvert se distingue du droit romain originel par l'interprétation qu'en a fait la doctrine médiévale, notamment en le faisant dialoguer avec le droit canonique¹².

10 HALPERIN (J.-L.), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, p. 18.

11 Il convient de citer l'ouvrage-phare permettant de comprendre l'importance du droit romain dans la construction du droit et des discours juridique et politique en Occident après la « découverte » de l'œuvre de Justinien à la fin du XIe siècle : SCHIAVONE (A.), *Ius – L'invenzione del diritto in Occidente*, Turino : Giulio Einaudi editore, 2005.

12 Si jusqu'à Gratien le droit romain et le droit canonique ne sont pas comparables, ils s'ouvrent l'un à l'autre à partir de la moitié du XIIe siècle. En effet, ils utilisent les mêmes méthodes (glose, commentaire, *disputatio*, etc) et ont longtemps la même capitale : Bologne. Ces deux droits finissent par avoir une dénomination commune : *l'utrumque jus* (« l'un et l'autre droit »). Ces deux droits se distinguent par leurs domaines mais sont « liés ensemble comme l'âme et le corps ». Ainsi, si canonistes et civilistes s'opposent politiquement, « leurs disciplines

À partir du Moyen Âge, le droit romain est considéré comme le *jus commune*, le droit commun, de l'Europe qui s'applique subsidiairement aux *jura propria*, aux droits locaux. Ces derniers sont les coutumes locales, provinciales et régionales, ainsi que les statuts octroyés aux différents corps – villes, corporations, universités, etc. –, mais aussi le droit d'origine royal ou impérial à travers les ordonnances applicables à l'ensemble d'un royaume¹³.

Il en allait ainsi pour le droit portugais, qui s'est appliqué au Brésil pendant toute la *période coloniale*, et même après l'*indépendance* de celui-ci le 7 septembre 1822. À cette époque, le droit portugais était essentiellement compilé dans les Ordonnances Philippines de 1603 et composé de quelques lois complémentaires, toutes assez lacunaires. Subsidiairement, mais assez largement, on appliquait les règles romaines fixées à la Renaissance ainsi que le droit canonique¹⁴. La coutume y jouait un rôle considérable au XVI^e siècle où elle était d'application principale face au droit romain et aux lois générales, contenues dans les Ordonnances du royaume. Ces dernières constituaient un droit commun aux deux pays et sont restées en vigueur jusqu'en 1867 au Portugal et jusqu'en 1916 au Brésil, dates respectives d'adoption de son premier code civil par chacun des deux pays¹⁵.

Parallèlement, une législation spéciale faite au Portugal pour le Brésil enrichie le corpus normatif en vigueur pendant la période coloniale. Cette législation propre au Brésil pouvait revêtir en la forme les aspects les plus variés (*Alvarás, Cartas Régias, Regimentos, Forais*,

s'entremêlent [voire] se complètent » - particulièrement après le milieu du XIII^e siècle où les auteurs puisent « à toutes les sources ». Dès lors « à la fois distincts et complémentaires, droit civil et droit canonique finissent par constituer un double *jus commune* : le droit commun de l'Europe » (J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 142-146).

13 CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, p. 85.

14 BRAGA DA CRUZ (G.), « Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro », *Scientia Iuridica*, IV (1954-1955), p. 32-77, esp. 34-38 (56).

15 René David nous apprend que dans la période des capitaineries héréditaires (1532-1548), les chartes de donation octroyées aux capitaines héréditaires déclaraient applicables, comme règle générale, les Ordonnances du royaume et les lois générales et les coutumes du Portugal. Postérieurement, en 1751, lorsqu'est créée la *Relação do Rio de Janeiro*, « on impose à cette nouvelle juridiction d'appel de se procurer les Ordonnances du royaume avec leurs répertoires, en même temps qu'une collection des lois postérieures et aussi la glose d'Accurse, un Bartolo dans sa dernière édition, et une collection de canons, tous documents indispensables pour connaître, à cette époque, le droit de la métropole. Certains actes, du reste, précisent formellement que leur domaine d'application est non seulement le Portugal, mais aussi les possessions portugaises d'outre-mer : l'application des canons du Concile de Trente est ainsi prescrite e tant dans le royaume que dans ses colonies par un Décret de 1569 » (René DAVID, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 25-182, p. 50).

Instruções) et toucher aux questions les plus hétérogènes intéressant la colonie (organisation administrative et judiciaire, protection des Indiens, organisation de l'exploitation économique du territoire : les mines, les eaux, l'industrie et le commerce, les exploitations agricoles et les travaux publics)¹⁶. À côté de cette législation portugaise faite à l'usage du Brésil, coexistaient des textes adoptés, dans la Colonie, par les autorités locales en vertu du pouvoir réglementaire qui leur était conféré par les différents actes qui les instituaient, souvent conçus dans les termes les plus vastes¹⁷. Il s'agit plus particulièrement, dans un premier moment, des dispositions prises par les capitaines-majeures (*Capitão-môr*) et, puis, des édits des gouverneurs, ceux des municipalités et, enfin, ceux des autorités ecclésiastiques, notamment ceux de l'archevêque de Bahia¹⁸. Toute cette législation spéciale dérogeait au droit commun portugais pour les aspects qu'elle couvrait.

Dans le même temps, une autre source d'origine brésilienne s'associait à cette législation spéciale dérogeant au droit commun portugais : la coutume. C'est en conformité avec le droit portugais lui-même¹⁹ que la coutume a joué un rôle de premier plan au Brésil colonial. Comme l'a enseigné René David, les conditions de vie y étant très différentes de celles de la métropole, la situation était propice à la naissance de coutumes locales dérogeant aux dispositions des Ordonnances Philippines²⁰. De surcroît, le défaut de publication appropriée au Brésil de certains textes législatifs édictés au Portugal, ainsi que le manque de documents et de juristes provoquait des situations d'incertitude ou d'impossibilité pratique d'appliquer le droit et la législation portugaise²¹. Dès lors, pendant toute l'époque coloniale, l'existence du droit privé brésilien « *était restée toute théorique, la vie réelle du pays étant commandée par une structure géographique et sociale qui laissait bien peu de place à l'application des règles théoriquement en vigueur* »²².

En tout état de cause, la variété de sources ne permettait pas de circonscrire le contenu du droit privé brésilien ni pendant la période coloniale ni pendant celle qui suit immédiatement l'indépendance du pays.

Il faut dire que le phénomène n'était absolument pas isolé. En

16 DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 51-52.

17 DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 52-53.

18 DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 51-52.

19 Cf. note 15, *supra*.

20 Pour quelques exemples, v. DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 53-54.

21 DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 53.

22 DAVID (R.), « Structure et idéologie du droit brésilien », *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, n° 17-18, Janvier-Juin 1954, p. 5-20, p. 6.

effet, un manque de clarté et de cohérence prévalait à l'intérieur de tous les ordres juridiques nationaux alors en formation d'autant que, correspondant plus ou moins à « des périodes de synthèse » ou de « stagnation juridique », certains ensembles législatifs avaient pour objectif principal d'organiser des inventaires actualisés du droit en vigueur, sans grand souci quant à leur structure interne²³. La méthode de « consolidation » juridique engendrait des compilations globalisantes réunissant plusieurs domaines juridiques et l'autonomie du droit privé n'était que relative compte tenu des tensions suscitées par la réception du droit romain face à l'essor des particularismes nationaux, qui parfois s'y opposaient. La distinction épineuse entre droit public et droit privé²⁴, liée aux questions des compétences et des fonctions des juridictions qui se posaient au sein des États européens jusqu'au moins le XVIII^e siècle, a fortement contribué à la difficulté d'appréhender les frontières du droit privé. En outre, le caractère mixte de certaines institutions, à la fois civiles et religieuses, à l'instar du mariage, fut un élément non moins important de complication.

Nonobstant leurs problèmes de clarté et de cohérence, le droit des pays européens et le droit privé brésilien - dont le droit portugais fut le « porte-parole » jusqu'en 1916²⁵ - étaient largement considérés comme un ensemble de règles relativement « universelles ». En effet, ces droits étaient les fruits d'un héritage commun : le droit romano-canonique qui s'était développé à travers une unité intellectuelle entre les juristes européens. Ainsi, malgré les disparités parfois non négligeables entre les différents ordres juridiques occidentaux en phase de nationalisation, cette tradition commune formait une unité au sein de laquelle pouvait s'exprimer une diversité²⁶.

Toutefois, ce socle que constituait le droit commun n'excluait pas des tensions entre lui et les *jura propria* dans la portion continentale de l'Europe. Prenons le Portugal et la France comme repère. D'une part, alors que le Saint Empire recevait le droit romain en vertu d'une décision impériale, les rois de France, s'inscrivant dans un processus d'affirmation de leur indépendance (cf. Lettres patentes de Philippe IV le Bel de 1312), ne l'acceptèrent que du fait de l'impérieux besoin de la raison, et non eu égard à l'Empire. Rappelons, par ailleurs, que dans le nord de la France, le droit romain n'avait qu'une valeur

23 ALMEIDA COSTA (M. J.), *História do direito português*, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 420-421.

24 Pour un exemple bien illustratif en droit français, système juridique de référence à ce stade de la formation des droits nationaux de tradition civiliste, v. BIGOT (G.), « La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, 38, 2003, p. 97-111.

25 V. *infra*, I.A.2.

26 GERKENS (J.-F.), *Droit privé comparé*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 16.

supplétive, s'appliquant là où la coutume faisait défaut²⁷. De même, les Ordonnances portugaises en vigueur au Brésil colonial plaçaient le *jus commune* comme source subsidiaire, dont l'application était conditionnée à l'autorisation du monarque. Tout comme en France, la publication des Ordonnances au Portugal s'inscrivait dans une logique d'affirmation de la souveraineté royale. D'autre part, le droit romain réglait de nombreuses questions de droit privé, sans rencontrer d'obstacles importants de la part des droits territoriaux. Tel était le cas en matière d'obligations et de contrats, terrain de prédilection du *jus commune*²⁸. Face à un droit coutumier et à des ordonnances royales peu développés ou insuffisants – si l'on excepte *Las Siete Partidas* de 1265²⁹, c'est donc le droit romain, beaucoup plus sophistiqué, qui s'imposa comme *ratio scripta*³⁰, à un moment où l'activité économique et le niveau d'instruction progressaient³¹.

Au sein de ces structures assez semblables, le droit privé se présente aussi comme un droit résultant de l'autorité accordée au passé et qui échappe, dans une certaine mesure, à l'intervention législative de pouvoir royaux en pleine affirmation de leur autorité depuis le XIII^e siècle, comme l'attestent les exemples portugais³² et français³³. Dans le même temps, la diversité des sources du droit ne correspondait plus

27 En 1789, la France connaissait encore 65 coutumes générales et 300 variations coutumières locales dans le nord du royaume, tandis que le Midi obéissait au droit romain en tant que *ratio scripta*, dont l'interprétation variait néanmoins au gré des ressorts parlementaires. Cf. BOUINEAU (J.) et ROUX (J.), *200 ans de Code civil*, Paris, ADPF, p. 35 ; v. aussi, ZENATI-CASTAING (F.), « Le Code civil et la coutume », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 607 sq.

28 HALPERIN (J.-L.), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, op. cit., p. 19-21.

29 Les règles sur les contrats contenues dans la 5^e Partida sont elles-mêmes d'origine romaine. Cf. la préface de L. Moreau Lislet et d'Henry Carleton à la traduction des Sietes Partidas vers l'anglais, faite par les auteurs: *The laws of Las siete partidas: which are still in force in the state of Louisiana*, Volume 1, New Orleans, James M'Karahrer, 1820, p. viii. La cinquième Partida se trouve dans le volume II de la même édition.

30 J. KRYNEN, « Le droit romain : droit commun de la France », *Droits*, 38, 2003, p. 21-35, rappelle l'attachement des glossateurs à la supériorité du *jus commune* de vocation à fournir principes, définitions, règles et techniques valant universellement (non exclusivement, ni uniformément).

31 GERKENS (J.-F.), *Droit privé comparé*, op. cit., p. 74.

32 V. ALMEIDA COSTA (M. J.), op. cit., p. 173 sq, qui souligne néanmoins la difficulté, au plan méthodologique, d'opérer une division chronologique adéquate à l'histoire du droit politique et du droit privé (p.173).

33 « Si les ordonnances [royales en France] concernent la réformation du royaume, la politique, l'administration ou la police, jamais le roi n'intervient dans le domaine du droit privé » (P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code Civil*, Albin Michel, coll. « L'évolution de l'humanité, 1985, p. 142). Pour plus de développement sur la circonscription du pouvoir législatif de roi par son rôle de gardien des bonnes coutumes : v. CARBASSE (J.M.), op. cit. p. 191-209.

à l'esprit d'un temps qui marchait vers l'affirmation du rationalisme moderne au XVIII^e siècle, dont les premiers fondements ont été posés au XIV^e siècle par la scolastique tardive, notamment avec le philosophe Guillaume d'Occam (v. 1285 - v. 1349)³⁴. Après avoir cherché à unifier le droit pour marquer l'unité de leurs royaumes sous un pouvoir unique, les monarques européens vont uniformiser le droit en le soumettant à une loi unique, « clef de voûte » de tout le système moderne³⁵. Les ordres juridiques européens sont alors en phase d'évolution vers une nationalisation complète, dont les codifications modernes en ont témoigné de manière exacerbée en se projetant comme un moyen rationnel d'organisation du droit interne. Le Brésil a suivi ce mouvement.

2. La codification moderne: moyen rationnel d'organisation du droit

On peut affirmer que la codification moderne du droit privé des pays de tradition civiliste est l'aboutissement d'un mouvement tendant à l'unification initiée au X^e siècle. Lors de la « découverte » du Brésil, le Portugal venait d'entamer ce même mouvement : en 1446 sont publiées les Ordonnances Alphonsines, considérées comme un des plus anciens codes de l'Europe moderne. En 1521, elles ont été remplacées par les Ordonnances Manuelines qui sont restées en vigueur jusqu'en 1603, date de la parution des Ordonnances Philippines³⁶. D'ailleurs, on ne connaîtra en Europe un texte comparable aux Ordonnances Alphonsines que huit ans plus tard en France, avec l'Ordonnance de Montils-lès-Tours d'avril 1454, de Charles VII³⁷.

34 Sur l'apport de la philosophie nominaliste du *franciscain* Guillaume d'Occam à la perception future et moderne du droit, en opposition au *aristotélisme* du *dominicain* de Saint Thomas d'Aquin, v. CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, p. 241 *sq.*

35 BOUINEAU (J.) et ROUX (J.), *op. cit.*, p. 35.

36 Sur leur différentes sources, v. ALMEIDA COSTA (M. J.), *op. cit.*, p. 276-277.

37 L'Ordonnance de Montils-lès-Tours d'avril 1454 prise par Charles VII sur « le fait de la justice » marque, en France, le commencement de l'unification du droit (cf. J.-L. GAZZANIGA, « Rédaction des coutumes et codification », *Droits*, n° 26 (1998), p. 71-80 ; A. WIJFFELS, *Introduction historique au droit – France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2010, p. 100-105). En effet, ce texte, qui consacre le pluralisme juridique, ordonne la rédaction de toutes les coutumes du Royaume. Cependant cette ordonnance, elle est sans effet. Il faut attendre le règne de Louis XII pour que le mouvement de rédaction débute. Mais cela n'arrive que dans le Nord puisque le Sud argue de ne pas avoir de coutume mais seulement le droit romain (v. note 27, *supra*). Ces coutumes rédigées sont avalisées par les états-provinciaux et sont l'objet d'éditions imprimées qui assurent leur diffusion. De cette dernière naît une comparaison entre les coutumes et avec le droit romain (on appelle cela la « conférence des coutumes »). Ces comparaisons vont générer des critiques qui susciteront un désir d'amélioration duquel découlera un second mouvement de rédaction. L'objectif de ces nouvelles rédactions de réformation, dans la seconde moitié du XV^e siècle, est de chercher une convergence entre

Le processus de codification moderne du droit est ainsi la conséquence d'une politique d'édification et d'affirmation des États nationaux de l'Europe continentale³⁸. D'une part, la codification devait mettre fin à la multiplicité des sources de droit ; d'autre part, elle envisageait de mettre sur pied un système qui couvrirait la totalité du droit privé, en excluant les sources juridiques « rivales », notamment le *jus commune* romano-canonique³⁹. Elle marquait, en même temps, le passage d'une culture fondée sur la prééminence et la diversité de la coutume à un régime fondé sur et par la loi. Modernisatrice et progressive, la codification envisageait le renouvellement par rapport à la pratique de la compilation : à la place d'une simple synthèse globale du droit ancien, il fallait faire une œuvre prospective et de classification rationnelle des règles de droit.

Dans cette logique, la codification française est considérée comme le premier grand travail de réforme, d'uniformisation et de systématisation moderne du droit privé (civile en 1804 et commerciale en 1807), ayant à cet égard servi de modèle à un très grand nombre de codifications nationales⁴⁰.

Le Brésil a suivi ce mouvement suite à son indépendance en 1822. Tout en maintenant l'application des lois portugaises en vigueur au Portugal au 25 avril 1821, l'Alvará du 20 octobre 1823, promulgué par l'*Assembleia Constituinte Legislativa* de l'Empire brésilien (1822-1889), ordonnait l'élaboration d'un code civil et d'un code de commerce. Cette démarche du législateur brésilien est bien l'héritage de la tradition juridique portugaise, marquée par un droit formaliste, individualiste et codifié⁴¹.

À la différence de la France et de l'Allemagne, mais à l'instar du Portugal, le Brésil s'est d'abord doté d'un code de commerce en 1850, puis d'un code civil en 1916. Cela n'est pas anodin pour le comparatiste.

les coutumes. C'est ainsi qu'émerge la notion de droit commun coutumier ; cette notion vient des juristes coutumiers parisiens, notamment Charles du Dumoulin, qui considèrent ce droit commun coutumier comme le droit commun français, par opposition au droit commun romain. Cette affirmation d'un droit commun national marque la naissance de l'idée de droit français, idée que Louis XIV consacrera par l'érection de ce droit propre en matière universitaire (édit de Saint-Germain-en-Laye, art. 14, 1679). Là est l'origine du droit unique mise en œuvre dans le Code civil de 1804 (J.-M. CARBASSE, *op. cit.* p. 210 sq ; v. également, C. LOVISI, *Introduction historique du droit*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 351-356).

38 L'essor du mouvement de codification consécutif aux développements de l'École du droit naturel moderne est illustré par les codifications prussienne de 1794, française de 1804 et autrichienne de 1811.

39 GERKENS (J.-F.), *op. cit.*, p. 18.

40 V. *La circulation du modèle juridique français*, Trav. de l'Assoc. Henri Capitant, vol. XV, Paris: Litec, 1994.

41 COUTO E SILVA (C. V.), « O Direito civil em perspectiva histórica e visão de futuro », *Revista de Informação Legislativa*, n° 97 (I-1988), p. 163 sq, p.167.

Ce décalage temporel explique que le Code de commerce brésilien ait réglementé les obligations et les contrats commerciaux, lorsque le Code de commerce français de 1807, pourtant modèle pour le législateur brésilien⁴², ne contenait qu'une seule disposition en la matière – elle était relative à la preuve (ancien art. 109).

La configuration dichotomique du droit privé par la codification civile et commerciale restera immuable, au sein de ces structures assez semblables, jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle. En effet, à partir des années 1970 surgit la figure du consommateur, dont la protection est devenue une exigence d'ordre public. Comme en France⁴³ ou en Italie⁴⁴, elle s'organise, au Brésil, au sein d'un code spécifique qu'est le Code de protection des consommateurs, adopté en 1990. La promulgation au Brésil d'un nouveau Code civil en 2002, malgré la prétention qu'était la sienne d'unifier les obligations civiles et commerciales, n'a pas abrogé le Code de protection des consommateurs⁴⁵.

Au sens large, la codification du droit privé brésilien se présente comme moyen permettant un certain degré d'unification du droit. Elle cherche également à réformer le droit en dépassant la simple compilation⁴⁶. Elle converge ainsi tout naturellement avec les systèmes de droit continental, où le code constitue, comme l'a affirmé Frédéric Zenati⁴⁷, « un mythe fondateur et acquiert une dimension transcendante, au sens de donnée a priori, de l'expérience juridique ».

Au sens strict, toutefois, le droit privé brésilien n'a pas été unifié par la codification du début du XXe siècle. Celle-ci a obéi à la dichotomie alors régnante entre le droit civil et le droit commercial. Il n'a pas été unifié non plus par la nouvelle codification civile de 2002, qui n'a absorbé qu'une partie des règles fondamentales applicables aux rapports privés. On ne parle plus alors de codification, mais de *codifications* du droit privé brésilien.

42 V. AGUILAR VIEIRA (I.) et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « L'influence du Code de commerce français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807) », RIDC, 2007-1, p. 27-78 ; DE MELO VALENÇA FILHO (C.) « Le Code de commerce: un point de vue brésilien », in *Bicentenaire du Code de commerce: 1807-2007* – Les actes des colloques, Paris, Dalloz, 2008, p. 265-270.

43 Le 26 juillet 1993 est publiée la loi n° 93-949, relative au Code de la consommation (partie législative). Le décret n° 97-298 du 27 mars 1997 a codifié la partie réglementaire.

44 Decreto legislativo 06.09.2005, n. 206 (S.O. n. 162 alla Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2005, n. 235).

45 V. *infra*, I.B.2.c ; I.B.3.c.

46 GOLAB (S.), « Théorie et technique de la codification », *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, vol. I, Modena, Società Tipografica Modenese, 1930, p. 296.

47 ZENATI (F.), « Les notions de code et de codifications », *Mélanges Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 217-253, p. 217.

3. Les codifications du droit privé brésilien

Le droit brésilien possède un droit privé fondé sur un groupe de codes. Jusqu'à l'avènement du nouveau Code civil brésilien en 2002⁴⁸, la constellation de codes avait par ailleurs la même configuration que celle de certains ordres juridiques de l'Europe continentale⁴⁹ : un code civil, un code de commerce et un code de la consommation⁵⁰. Dans cette configuration, le Code civil constitue l'élément central du droit privé (a), tandis que le Code de commerce représentait un élément d'importance, révélateur d'une dichotomie persistante (b). La codification des rapports consuméristes en 1990 a introduit un nouvel élément dans la constellation. En ce qui concerne le droit international privé, l'absence de codification nationale diverge du traitement législatif accordé aux règles matérielles qui en forment le socle (d).

a. La codification civile: projection d'un texte central du droit privé

Comme dans les autres systèmes de tradition civiliste, le Code civil se tient au cœur du droit privé brésilien. Il est la réglementation principale des rapports interpersonnels et se fonde sur l'égalité et la liberté. Il constitue ainsi la source première du droit civil, unanimement considéré comme le droit privé commun en raison de sa vocation universelle⁵¹.

La codification brésilienne civile de 1916 a été précédée d'une compilation des lois en vigueur, qui pour l'essentiel reprenaient le droit portugais dans ses grandes lignes - la très grande influence de ce dernier

48 Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002 (en vigueur depuis le 11 janvier 2003). V. *Code Civil brésilien*, Édition bilingue Brésilien/Français, traduit sous la direction d'A. Wald, Paris, SLC, 2009.

49 A l'instar de l'Allemagne, du Portugal, de la Belgique ou de la France.

50 La similitude la plus remarquable est avec l'ordre juridique français, dont le droit privé est structuré par un code civil, un code de commerce et un code de la consommation. L'Italie, qui a unifié les droits civil et commercial en 1942, a néanmoins adopté en septembre 2005 un code de la consommation (*Codice del consumo*) qui rassemble tous les textes jusqu'alors en vigueur dans le pays, dont la plupart avait une origine communautaire. Au Portugal, l'initiative, toujours en cours, de codifier le droit de la consommation fut entamée en 1996, avec la mise en place d'une commission en charge d'élaborer un avant-projet de code de la consommation. En mars 2007, un avant-projet de code du consommateur fut publié par le Ministère de l'économie et de l'innovation. Cf. CRISTAS (A.), « O Código civil no contexto do direito privado », in *Verträge der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung*, S. Grundmann et alii (dir.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, p. 29-40.

51 Cf. CRISTAS (A.), « O Código civil no contexto do direito privado », art. préc., p. 31.

sur la formation du droit brésilien est, pour cette raison, indéniable⁵². C'est ainsi qu'en 1857 Teixeira de Freitas présente *La Consolidation des lois civiles* à l'Empereur, don Pierre II, qui l'approuve le 22 décembre 1858⁵³. Cette compilation se substituait aux textes dont elle reproduisait les solutions et jouissait d'une telle autorité, qu'elle a été maintes fois utilisée par les juristes comme source du droit⁵⁴. Teixeira de Freitas a été également responsable de l'élaboration du projet de Code civil et songea, alors qu'il finissait l'élaboration de son « ébauche » (*Esboço*), à la rédaction d'un code de droit privé, contenant les matières civiles et commerciales unifiées. Pour le *Jurisconsulte* de l'Empire, ce même code de droit privé devrait être précédé d'un code général, « *dominant toute la législation, et nécessaire à la compréhension de celle-ci* »⁵⁵. Outre le retard dans l'accomplissement de sa tâche, les nouvelles conceptions de systématisation du droit privé qu'il prônait, hautement inspirées de la pandectiste allemande, ont largement contribué à l'échec des travaux de Teixeira de Freitas. Après quelques tentatives postérieures de codification (1872, 1882, 1889, sous l'Empire ; et 1890, sous la République), la codification civile fut finalement achevée sous la plume de Clóvis Beviláqua, en 1899. Une longue période de discussion s'en est suivie, en particulier sur les aspects linguistiques et sur le style du projet. Le premier code civil brésilien a été promulgué le 1^{er} janvier 1916 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1917⁵⁶. Il est resté en usage pendant 85 ans.

À la différence du Code civil français ou du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand (BGB), la codification civile brésilienne de 1916 n'avait pas une tâche première d'unification, nonobstant la confusion

52 PONTES DE MIRANDA (F. C.), *Fontes e evoluções do direito civil brasileiro*, Col. Econômica e jurídica, vol. CCXIV, Rio de Janeiro, 1928, p. 50-51.

53 Un commentaire de la Consolidation fait par l'*Annuaire de Législation Étrangère* de 1877, publié par la Société de Législation Étrangère en 1878, se trouve dans WALD (A.), « Le droit brésilien et le Code civil de 2002 », in *Code Civil brésilien*, op. cit., p. 15-28, p. 18-19, ad notam 6.

54 Avant la *Consolidation de lois civiles* préparée par Teixeira de Freitas, le Brésil avait connu, pendant l'époque coloniale, une « compilation » des lois portugaises spécialement adoptées pour le pays. En effet, pour remédier le manque de publication de la législation faite au Portugal pour le Brésil, le roi don José I ordonna, en 1754, au magistrat Ignácio Barbosa Machado de réunir en une collection toutes les lois, les règlements et les résolutions expédiées jusque là au Brésil (à l'année d'avant, le même ordre avait concerné les possessions portugaises d'outre-mer). Seul le British Museum possède la collection prescrite par le roi don José I, qui comporte 30 volumes et va jusqu'à l'année 1757, selon les informations recueillies par DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », op. cit., p. 52.

55 Apud DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », op. cit., p. 76.

56 Pour une version française du Code : GOULE (P.) et alii, *Code civil des États-Unis du Brésil loi n° 3071 du 1er janvier 1916, avec les modifications résultant de la loi n° 3725 du 15 janvier 1919*, Paris, Imprimerie Nationale, 1928.

résultant de la multiplicité des sources du droit portugais en vigueur au Brésil jusqu'alors. À ce propos, le fait que le droit brésilien ne prenne aucune racine dans les coutumes des populations indigènes est illustratif. En outre, la population noire, très importante au Brésil, n'a pas davantage contribué, par un apport de coutumes africaines, à la formation du droit privé brésilien. Les projets de Teixeira de Freitas (1860) et de Clóvis Beviláqua (1899) sont partis d'une perspective plutôt cosmopolite (conservatrice sans être nationaliste), en se basant sur les Ordonnances Philippines de 1603 et la tradition juridique portugaise, la pandectiste allemande, les droits italien et suisse, la littérature brésilienne, les lois en vigueur au Brésil et, à certains égards, le Code civil français⁵⁷.

La codification civile brésilienne de 1916, suivant l'esprit libéral qui animait les codifications du XIX^e siècle, s'est également fondée sur la famille, la propriété et le contrat. Mais, à la différence des codifications européennes, elle n'a pas totalement libéré la société brésilienne de son passé féodal. En effet, le Code civil de 1916 (CC/16) en prévoyait un modèle contractuel affirmant avec force l'autonomie individuelle d'une part, et en maintenait un système fortement conservateur de relations sociales et familiales d'autre part. Il illustre ainsi la contradiction du tissu social d'après l'indépendance, composé d'une bourgeoisie mercantile et urbaine en ascension et d'une population rurale majoritaire (de l'ordre de 80 %), où les rapports de production s'approchaient du modèle féodal et duquel les indigènes⁵⁸ et les noirs libres⁵⁹ restaient pratiquement en marge.

En 2002, le Brésil s'est doté d'un nouveau Code civil⁶⁰. La commission nommée en 1969 pour la révision du Code de 1916 a constaté la difficulté de réaliser une simple révision de ce dernier. Un certain décalage avec la société contemporaine et les changements significatifs de la science du droit justifiaient l'édition d'un nouveau code, plus en phase avec son temps et porteur de certaines valeurs considérées comme essentielles.

Ces principes fondamentaux, auxquels on reviendra ultérieurement plus amplement, sont les valeurs éthiques, la sociabilité

57 F. C. PONTES DE MIRANDA (*Fontes e evoluções do direito civil brasileiro*, op. cit., p. 93) a relevé que 172 des 1807 articles du Code de 1916 trouvaient leur origine dans le Code civil français (plus de sa formulation moderne de règles romaines que du Code lui-même).

58 Sur le droit du peuple indigène au Brésil, v. LANNI (S.), *Brasile*, préc., p. 151 sq.

59 L'esclavage au Brésil a été officiellement aboli le 13 mai 1888.

60 A propos, v. WITZ (Cl.), «Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien», in Wald (A.) (dir.), *Le code civil brésilien*, op. cit., p. 29-45.

et l' « opérationnalité » (efficacité⁶¹)⁶². Un certain degré d'unification sera par conséquent atteint avec la nouvelle codification, comme corollaire des principes fondamentaux l'inspirant.

Comme le Code de 1916, le nouveau Code civil de 2002 (CC/02) est appelé à jouer un rôle central au sein du droit privé brésilien, notamment en raison de l'unification des obligations civiles et commerciales qu'il réalise et de la réglementation nouvelle du droit de l'entreprise qu'il comporte⁶³.

b. La codification commerciale : révélatrice d'une dichotomie persistante

Ce que l'on comprend sous le nom de droit commercial – ou sous ses variations les plus répandues aujourd'hui: *droit de l'entreprise* ou le *droit des affaires* – n'était à l'origine que des institutions forgées par la pratique coutumière des commerçants italiens d'avant le douzième siècle. À partir du douzième siècle, on a vu s'établir avec force en Italie des coutumes dont le caractère spécial est d'avoir été adoptées, dans le reste de l'Europe, « par tous les commerçants, à quelque peuple qu'ils appartenissent, à quelques lois qu'ils fussent d'ailleurs soumis ; en sorte que tous les commerçants de l'Europe, considérés en cette qualité, formaient vraiment un peuple qui se régissait par ses propres lois »⁶⁴. Fondamentalement, la *lex mercatoria*, dont les premières manifestations seraient le *contrat de change* et la *juridiction consulaire*, constituait à l'origine, et pendant plusieurs siècles, le droit commun commercial⁶⁵.

Ce droit commun des marchands, librement élaboré au fil des siècles, ne résistera cependant pas au mouvement d'organisation rationnelle du droit qu'ont connu les pays de tradition civiliste à partir du XVIII^e siècle. La codification du droit commercial, malgré les critiques qu'elle a suscitées⁶⁶, ira, par conséquent, largement contribuer

61 Selon la traduction proposée par un auteur : Vera J. de FRADERA, « La culture Juridique et l'acculturation du droit – Rapport national brésilien », in *La culture Juridique et l'acculturation du droit*, *Revue Juridique de l'ISaidat*, (2011), volume 1 Special Issue 1, Article 4, 11p., p. 7, *ad notem* 8.

62 REALE (M.), « Visão Geral do novo Código Civil », in *Novo Código Civil brasileiro, estudo comparativo com o Código de 1916, Constituição Federal, legislação comparada e extravagante*, 2^a ed., São Paulo, RT, 2002, p. IX-XIX.

63 LIMA MARQUES (C.), « Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch vom 2002 : Bemerkung zum neuen Unternehmensrecht und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzbuch von 1990 », in Jayme (E.) et Schindler (Ch.) (dir.), *Portugiesisch – Weltsprache des Rechts*, Aachen : Shaker, 2004, p. 127-153, p. 138. Cf. *infra*, I.B.2.

64 FREMERY (A.), *Études de droit commercial ou le droit fondé sur la coutume universelle des commerçants*, Paris, Alex-Gobelet, 1833, p. 12-13.

65 *Ibid*, p. 13.

66 Suite aux premières codifications nationales, A. FREMERY, *Études de droit commercial*

à la structuration du droit privé de ces pays⁶⁷.

Au Brésil, la codification commerciale de 1850 intervient dans le contexte d'affirmation du nouvel Empire brésilien⁶⁸. Le besoin même d'élaborer un Code de commerce résulterait du contexte précédant l'indépendance du pays, notamment l'installation de la famille impériale portugaise au Brésil le 24 janvier 1808 et l'ouverture des ports brésiliens aux Nations amies le 28 janvier 1808. Avant l'avènement du code en 1850, la législation commerciale applicable au Brésil était principalement étrangère : le législateur brésilien allait puiser dans le Code de commerce français de 1807, le Code de commerce espagnol de 1829 et le Code de commerce portugais de 1833⁶⁹. L'application de ces

ou le droit fondé sur la coutume universelle des commerçants, op.cit., p 19, s'exprimait : « depuis deux cents ans, le véritable droit commercial, œuvre lente et successive de l'unanimité des commerçants et dont les sources se retrouvent dans les monuments épars de leur coutume, a été divisé et mis en lambeaux par les législateurs de nations diverses et au lieu d'un droit commercial simple, grand, universel comme le commerce qui l'avait produit, on a eu le droit commercial français, le droit commercial anglais, le droit commercial espagnol. Puis sont venus les commentateurs qui, par principe, n'admettant pas d'autres sources du droit que le texte de la loi, ont cherché, chacun en son pays, dans des textes mal rédigés, confus, incohérents, la solution de toutes ces questions que multiplient et compliquent les paroles du prolix législateur ».

67 Cf. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.) et RIBEIRO OERTEL (R.), « O direito comercial », in Morais da Costa (Th.), *Introdução ao direito francês*, vol. II, Curitiba: Juruá, 2009, p. 313-392. Si l'on se tient à l'exemple français, la codification de 1807 a été la première codification *stricto sensu* de la matière et a exercé une influence universelle (cf. A. SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les Codes étrangers et le Code de commerce français*, 2e éd., Paris, Videcoq, 1851, p. XI-XVII). En France, jusqu'alors on se trouvait devant de simples tentatives de coordonner et de compiler les règles régulatrices des rapports commerciaux, y compris le commerce maritime, à l'instar des Ordonnances de Louis XIV de 1673 (« code de Savary ») et 1681 (sur le commerce maritime, dont une traduction portugaise est disponible dans l'ouvrage de J. SILVA LISBOA, *Princípios de direito mercantil e lei de marinha*, vol. II, Rio de Janeiro, Cândido Mendes, 1874). Ces ordonnances ont à la fois réformé le droit commercial statutaire d'alors (institué par l'édit de Charles IX en 1563) et lui ont offert un cadre juridique plus scientifique et systématique en unifiant le droit commercial, le droit maritime et la procédure (cf. E. RICHARD, « Les sources et l'encadrement du droit des affaires », in É. Richard (dir.), *Droit des affaires – Questions actuelles et perspectives historiques*, Rennes, PUR, 2005, p. 102). Le Code de 1807 était ainsi l'aboutissement d'une longue, complète et universelle période de préparation de la codification commerciale en France. Le fait que la France disposait d'un droit commercial écrit et national précédant la codification explique, d'un point de vue historique, les différences de forme, de contenu et d'esprit entre la codification civile et commerciale, ainsi que le « démembrement du droit privé » (expression empruntée à F. TERRE, citée par L. LEVENEUR, « Code Civil, Code de commerce et Code de la Consommation », in *Le Code de Commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2007, p. 81-93, p. 82).

68 FERREIRA (W.), *Tratado de direito comercial*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1960, p. 86-87.

69 CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I, 2^a éd., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933, p. 79-80 ; BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, t. I – Do comércio em geral, Parte Primeira, Rio de Janeiro, Coelho Franco Filho, 1947, p. 34.

derniers avait été rendue possible grâce à la *Lei da boa razão* (Loi de la saine raison) du 18 août 1769⁷⁰, loi portugaise demeurée en vigueur au Brésil même après son indépendance. En effet, cette loi autorisait l'application subsidiaire, pour les affaires politiques, économiques, commerciales et maritimes, des lois des nations chrétiennes, éclairées et cultivées⁷¹. Cette loi portugaise permettait ainsi indirectement aux juges brésiliens d'utiliser les droits étrangers pour justifier leurs décisions ; et ainsi assurait l'influence de la conception européenne⁷² commune du droit dans la formation du droit brésilien. En matière commerciale, les tribunaux de commerce du Brésil, durant leur courte existence, statuaient *ex æquo et bono* dans la plupart des affaires. Ils avaient pour sources juridiques les lois générales et parfois les dispositions spéciales énonçant les principes adoptés par les nations plus civilisées, mais ils se référaient surtout aux dispositions du Code français de 1807⁷³.

Deux idées phares ont guidé les travaux d'élaboration du projet du Code de commerce brésilien. D'une part, le code devait être « *rédigé sur la base des principes adoptés par toutes les nations commerçantes, en harmonie avec les usages et les coutumes du commerce qui réunissent sous un même drapeau les peuples du nouveau et du vieux Monde* »⁷⁴. D'autre part, il devait être « *aménagé selon les circonstances spéciales*

70 BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, *op. cit.*, p. 34.

71 La *Lei da boa razão* rendait le droit canonique sans valeur légale devant les tribunaux laïques (V. *Code civil portugais du 1er juillet 1867 : Ministère de la justice / traduit et annoté par G. Laneyrie, Joseph Dubois, Paris, Impr. Nationale/ Société de législation comparée (Paris). 1896, p. XXIX*). Elle disposait que les gloses et les opinions de Accurse et Bartolo ne pouvaient plus être invoquées en justice ni suivies par la pratique. En sus, cette loi stipulait que le droit romain ne s'appliquerait que subsidiairement aux lois du Royaume, de façon complémentaire et seulement si en accord avec la *recta ratio*, celle-ci étant fondée sur le droit naturel et les *usus modernus pandectarum* que le droit des gens avait unanimement établis pour diriger et gouverner toutes les nations civilisées. La doctrine aurait même soutenu que la *Lei da Boa Razão* permettrait d'exclure, dans bien des cas, l'application du droit portugais en faveur de solutions, conformes à la raison, admises par les législations les plus modernes des nations civilisées. Des exemples peuvent être trouvés dans SANTOS JUSTO (A.), « *Direito Brasileiro: raízes históricas* », *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 2, p. 1-14, p. 5 ; et BRAGA DA CRUZ (G.), « *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro* », art. préc., p. 60-64.

72 Pour R. DAVID (« *Structure et idéologie du droit brésilien* », art. préc., p. 8), « *cette référence, dans le monde du dix-neuvième siècle, constituait en fait une référence au droit français, lequel avec la codification napoléonienne, avait été le premier (...) à fonder sa structure et ses solutions nouvelles sur les exigences de la raison* ». Pourtant, très critique à cet égard : BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, *op. cit.*, p. 34.

73 SAINT-JOSEPH (A.), *Concordances entre les Codes étrangers...* *op. cit.*, p. 171 (notice fournie par Pinheiro-Ferreira à l'auteur).

74 Exposé des motifs du Projet *apud* W. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, vol. I, *op. cit.*, p. 93.

du peuple pour lequel il est fait »⁷⁵. Parler d'un aspect réformateur de cette codification s'avère cependant difficile, d'autant plus que les circonstances spéciales du pays pour lequel le Code de 1850 a été conçu étaient celles d'une monarchie constitutionnelle, fondée sur une structure économique essentiellement agraire et esclavagiste. À cela s'ajoute le fait qu'il y eût un décalage du code avec les transformations de son temps : comme la plupart des codes de commerce adoptés au XIX^e siècle et aux débuts du XX^e siècle en Europe et en Amérique latine, le Code de commerce brésilien n'a pas résisté à la fracture entre ses règles et le bouleversement de l'économie que connut le XIX^e siècle. Mais, après sa promulgation en 1850, le législateur a en effet renoncé à enrichir le Code de commerce de nouvelles dispositions, préférant satisfaire les besoins nouveaux du commerce en dehors de ce cadre normatif⁷⁶.

Si le Code de 1850 demeure aujourd'hui toujours en vigueur, il n'a qu'une place très marginale au sein du droit privé brésilien. En effet, l'émancipation du droit de la faillite depuis 1890, l'unification du droit des procédures civiles et commerciales depuis 1939, l'émancipation du droit des sociétés anonymes depuis 1940 et l'unification des obligations civiles et commerciales et la réglementation du droit de l'entreprise par le nouveau Code civil de 2002⁷⁷, ont considérablement réduit son rôle.

Une telle configuration pourrait toutefois connaître des évolutions importantes dans l'avenir. En effet, une proposition d'un nouveau code de commerce est actuellement en débat au Congrès national⁷⁸. Ce projet, inspiré de l'ébauche élaboré par le professeur Fábio de Ulhoa Coelho⁷⁹, vise à redonner une autonomie systématique et méthodologique au droit de commercial, aujourd'hui absorbé par le Code civil de 2002. L'éventuel aboutissement de ce projet renforcera la dichotomie persistante, mais aujourd'hui anéantie, du droit privé brésilien, également marqué par la codification du droit de la protection du consommateur.

c. La codification du droit de la protection du consommateur : origine d'un nouvel élément de la constellation

Dans les pays qui l'ont expérimentée, la codification de la

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ RUSSELL (A.), « O direito comercial e sua codificação », in *Livro do centenário dos cursos jurídicos (1827-1927)*, vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1928, p. 125-156, p. 131.

⁷⁷ L'art. 2.045 du nouveau Code civil brésilien a abrogé la partie première du Code de commerce.

⁷⁸ Projet de loi n° 1572, de juin 2011, disponible à l'adresse : <http://participacao.mj.gov.br/codcom/>

⁷⁹ ULHOA COELHO (F.), *O futuro do direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 2011.

consommation connaît un décalage temporel de plus d'un siècle et demi par rapport aux codifications civiles et commerciales. Elle est le résultat d'une politique de protection d'une partie au contrat présumée en position d'inégalité et de faiblesse⁸⁰.

Au Brésil, un Code de protection du consommateur (*Código de Defesa do Consumidor* - CDC) a été adopté par la Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990. Ce code traite de manière unitaire et systématique de la protection du consommateur. Celle-ci est constitutionnellement assurée par l'art. 5, XXXI de la Constitution fédérale du 5 octobre 1988 (CF) – qui inscrit la protection du consommateur, devoir de l'État, dans la liste des droits et des garanties fondamentales – et par l'article 170, V – qui, reconnaissant le consommateur comme un acteur économique vulnérable au sein du marché, inscrit sa protection comme l'un des principes de l'ordre économique national. En outre, il était prévu à l'art. 48 des Actes et des dispositions constitutionnelles transitoires, l'obligation attribuée au Congrès national d'élaborer un Code de protection du consommateur dans les 120 jours suivant la promulgation de la Constitution. Le CDC était ainsi spécialement conçu pour régir les rapports entre le consommateur et les professionnels⁸¹. À cet égard, les rédacteurs de ce Code se sont largement inspirés du projet de code de la consommation français, du professeur J. Calais-Auloy⁸², dont

80 Sur la définition de consommateur, v. GRAEFF (B.), « L'interdiction des clauses abusives dans les contrats de consommation en France et au Brésil », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, op. cit., p. 321-337, p. 323-326. La codification des règles de protection du consommateur, voire des règles régissant la consommation, n'est point la conséquence d'un impératif épistémologique imposant la délimitation des frontières au sein du droit privé, notamment du droit des contrats. Ainsi MAZEAUD (D.), « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297-724.

81 À propos, v. LIMA MARQUES (C.), « L'expérience de la codification et de la réforme du droit de la consommation au Brésil », in *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Cowansville : Yvon Blais, 2006, p. 74-91 ; TEPEDINO (G.), « Les contrats de consommation au Brésil », in *Le droit brésilien*, op.cit., p. 433-443. Plus récemment, LIMA MARQUES (C.), « Rapport national : droit brésilien », in Fernández Arroyo (D. P.) (dir), *La protection des consommateurs dans les relations internationales*, Asunción : CEDEP/ASADIP/Brasilcon, 2010, p. 47-95 ; GALINDO DA FONSECA (P.), « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 23.1 (2010), p. 115-155.

82 En France, les initiatives officielles de codification remontent à 1982, quand une commission de refonte du droit de la consommation, présidée par le professeur Jean Calais-Auloy, a été installée. Cette commission a publié, en 1985, un rapport intitulé *Propositions pour un nouveau droit de la consommation* (La documentation française, 1985), où figure un projet de code contenant 326 articles. Ce rapport a été mis à jour par M. Calais-Auloy au sein de la Commission supérieure de codification, créée en 1989, et remis au secrétaire d'État chargé de la consommation, en avril 1990, sous l'intitulé «Propositions pour un code de la consommation»

l'influence était majeure parmi les sources étrangères consultées lors des travaux préparatoires⁸³.

Nonobstant son origine constitutionnelle, il est à noter avec M. Claude Witz que le Code de protection du consommateur a aussi pu résulter d'un manque d'alternative législative.

« Il est aisément compréhensible que les vieux codes ou les codes plus récents conçus à une époque où le droit de la consommation n'existait pas encore ou n'en était qu'aux balbutiements, ne laissent au législateur d'autre choix que l'adoption de textes successifs de protection des consommateurs, appelés le cas échéant à former plus tard un code-compilation ou à voir leur contenu intégré dans un authentique code de la consommation. La voie suivie par le Brésil, doté à la fois d'un Code civil et d'un Code de protection des consommateurs, s'éclaire d'autant mieux que le Nouveau Code civil repose, rappelons-le, sur un projet achevé en 1974. Ainsi, l'expérience brésilienne converge avec celle de la plupart des pays européens, dont les codes civils antérieurs au mouvement de protection des consommateurs n'incluent pas les textes

(*Propositions pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990). Après une validation du périmètre de ce code et d'un premier projet de plan par le CSC en août 1990, la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs a entériné le principe d'une codification « à droit constant » du droit de la consommation. Le 26 juillet 1993 est publiée la loi n° 93-949 relative au Code de la consommation (partie législative). Le décret n° 97-298 du 27 mars 1997 a codifié la partie réglementaire. Le Code de la consommation de 1993 n'est donc pas l'aboutissement du Projet Calais-Auloy, jugé trop ambitieux, mais la consolidation d'une série de lois élaborées progressivement depuis les années 1970. Ces textes couvrent de nombreux secteurs, dont la publicité trompeuse, les actions en justice des associations de consommateurs, le démarchage à domicile, le crédit, les clauses abusives, la sécurité des produits et des services. Alors que l'on s'était déjà interrogé sur le bien fondé d'une telle codification (D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002), une refonte du Code de 1993 est prévue par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, qui habilite le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adaptation de la partie législative du Code de la consommation, « afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et d'aménager le plan du code » (art. 35, I, 1°). Les lois postérieures à 1993 ont été, pour la plupart, introduites dans ce Code par la méthode de la codification « à droit constant ». Sur cette dernière méthode, v. note 111, *infra*.

83 PELLEGRINI GRINOVER (A.) et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9^a éd., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 9-10.

consoméristes. [...]»⁸⁴.

Avec la codification du droit de la protection des consommateurs, l'ensemble des règles matérielles les plus fondamentales applicables aux rapports privés se trouvent codifiées au sein de l'ordre juridique brésilien. Toute autre chose se vérifie avec le droit international : à l'absence d'une codification nationale, s'ajoute une pluralité de sources.

d. L'absence de codification nationale et la pluralité de sources du droit international privé

Le droit international privé brésilien (DIPr) se voit attribuer un domaine moins vaste que celui qu'il connaît dans certains pays, comme la France, où il englobe à la fois les conflits de lois, les conflits de juridictions, la condition des étrangers et la nationalité. Au Brésil, le DIPr ne concerne traditionnellement que le conflit de lois, certains auteurs y associant néanmoins de nos jours les conflits de juridictions⁸⁵, voire la condition des étrangers et la nationalité⁸⁶.

Actuellement, la Loi d'introduction aux normes du droit brésilien de 1942⁸⁷ en est la principale source⁸⁸. Elle ne lui dédie cependant

84 WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », art. préc. p. 33.

85 ARAUJO (N.), *Direito internacional privado*, 4^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

86 TIBURCIO (C.), « La diversité des sources du droit international privé – Rapport brésilien », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, op. cit., p. 171-185.

87 Version en français disponible dans le *Code Civil brésilien*, op. cit., p. 47-55. Cette loi est venue remplacer l'« *Introduction au Code civil des États-Unis du Brésil* » de 1916. Jusqu'alors, les règles portugaises s'appliquaient au Brésil, sauf en matière commerciale pour laquelle le législateur impérial avait prévu des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions, à l'instar de l'art. 30 du Code de commerce de 1850 (sur la loi applicable aux actes de commerce réalisés au Brésil par des étrangers y ayant leur résidence) ou des arts. 3, 4, 5 (sur la loi applicable au statut personnel, à la forme et au fond du contrat commercial, respectivement) et de l'art. 14, § 3 (sur la compétence de la justice commerciale) du *Regulamento* n° 737 de 1850. À l'image de l'*Introduction* abrogée, la loi de 1942, alors adoptée sous la dénomination *Loi d'introduction au Code civil*, contient des dispositions sur l'application des normes juridiques en général dans le temps et dans l'espace, ainsi que des critères d'herméneutique et des dispositions concernant aussi bien le droit public que le droit privé. Le fait que l'essentiel des règles conflit de lois se retrouvent à l'intérieur d'un ensemble de dispositions ayant trait aux aspects généraux de l'application et de l'interprétation de la loi atteste par ailleurs une démarche qui met en exergue le rôle premier de la règle de conflit, à savoir celui de délimitation du champ d'application des règles matérielles (à propos, cf. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), *L'indivisibilité des règles de conflit et des règles matérielles*, Mémoire, DEA, Université Robert Schuman, 2003).

88 A propos des sources du DIPr brésilien, v. essentiellement DOLINGER (J.), *Private International Law in Brazil*, Kluwer Law International, 2012 ; TIBURCIO (C.), « La diversité des sources du droit international privé – Rapport brésilien », rap. préc., p. 171-185 ; et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « La diversité des sources du droit international privé :

que quelques règles consacrant des solutions classiques. On y trouve ainsi des règles concernant le statut personnel, le mariage, le régime matrimonial et le divorce (art. 7), les biens (art. 8), les obligations (art. 9), les successions (art. 10), les personnes morales (art. 11), la compétence internationale (art. 12), la preuve (art. 13), l'application de la loi étrangère (art. 14), la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères (art. 15), le rejet du renvoi (art. 16), les moyens d'évincement de la loi, des actes et des décisions étrangers (art. 17) et la compétence des autorités consulaires brésiliennes pour la réalisation de certains actes d'état civil ainsi que sur la validité de ces derniers (arts. 18 et 19).

Il convient de souligner que la Loi de 1942 a apporté deux innovations importantes par rapport à l'ancienne l'« *Introduction au Code civil des États-Unis du Brésil* » de 1916 qu'elle a remplacée. D'abord, le critère de la nationalité a été remplacé par celui du domicile en matière de statut personnel (art. 7, *caput*)⁸⁹. Ce changement a permis au Brésil de s'affranchir du modèle nationaliste français ayant inspiré le législateur de 1916 et de créer les conditions d'une meilleure assimilation des étrangers aux origines multiples venus s'installer au pays à partir du XIXe siècle⁹⁰. Ensuite, contrairement à l'*Introduction* de 1916, dont art. 13 stipulait que les obligations, quant à leur substance et leurs effets, étaient régies, *sauf disposition contraire*, par la loi du lieu où elles avaient été formées⁹¹, la loi de 1942 a gardé, dans son art. 9, un étrange silence sur le principe de l'autonomie en matière d'obligations⁹². Si les raisons d'un tel silence sont difficiles à cerner⁹³, la question n'en a pas

commentaires à la table-ronde », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, op. cit., p. 207 sq.

89 Art. 7 : « *La loi du pays où la personne est domiciliée régit le début et la fin de la personnalité, le nom, la capacité et les droits de famille* ».

90 L'idée de pleine égalité entre nationaux et étrangers et le rejet du principe de réciprocité dans la réglementation de la condition des étrangers étaient, par ailleurs, présents déjà dans l'œuvre de Teixeira de Freitas et a fortement marqué l'évolution du DIPr brésilien.

91 Néanmoins, le paragraphe unique de l'art. 13 de l'*Introduction au Code civil brésilien de 1916* disposait que seraient toujours régis par la loi brésilienne : I - *Les contrats conclus en pays étrangers, lorsqu'ils doivent être exécutés au Brésil*. II - *Les obligations conclues entre brésiliens, en pays étranger*. III - *Les actes concernant les immeubles situés au Brésil*. IV - *Les actes relatifs au régime brésilien de l'hypothèque*. Autant d'exceptions en faveur de la loi brésilienne qui rendait presque anodin tout choix d'une loi étrangère.

92 Art. 9 : « *Pour qualifier et régir les obligations, la loi du pays où elles ont été constituées est applicable. § 1 – Au cas où l'obligation doit être accomplie au Brésil et dépende de forme essentielle, celle-ci sera observée, es spécificités de la loi étrangère étant admises en ce qui concerne les conditions extrinsèques de l'acte. § 2 – L'obligation résultant du contrat est réputée constituée au lieu de résidence du proposant* ».

93 Cependant, en consultant les travaux de Mme Vieira-Munschy, l'on apprend d'une part qu'au cours du XIXe et de la première moitié du XXe siècle, une partie expressive de la doctrine brésilienne était réticente à l'application du principe de l'autonomie de la volonté, ce

moins fait l'objet de vifs débats en doctrine⁹⁴. Alors que la majorité des auteurs semblent être en faveur de l'acceptation du principe de l'autonomie par le DIPr brésilien⁹⁵, notamment par une lecture dudit art. 9 à la lumière de la Constitution de 1988⁹⁶ - qui énonce que « nul ne peut être contraint à faire ou empêché de faire quoi que ce soit si ce n'est en vertu de la loi » (art. 5 II) -, certains ont vu dans le silence dudit article un refus du principe par le législateur de 1942⁹⁷. Quoi qu'il en

qui aurait pu contribuer à la suppression de l'expression « sauf stipulation contraire » présente dans l'art. 13 de l'*Introduction* au Code civil de 1916, et, d'autre part que, comme l'observait le Professeur H. Valladão, la Loi d'Introduction de 1942 est le fruit d'un décret présidentiel édicté à une époque dictatoriale où la volonté des individus n'était pas entièrement respectée du fait du non-fonctionnement du Congrès National. L'environnement culturel juridique et politique n'était donc pas favorable à l'épanouissement de la volonté des individus en droit. Cf. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, Thèse, Strasbourg, 2010, p. 113 sq et bibliographie citée par l'auteur. Dans les travaux de Mme Posenato, nous pouvons également lire que H. Valladão et J. Dolinger ont jugé, dans leurs écrits, que le silence de la nouvelle loi sur la possibilité de choix par les parties de la loi applicable à leur contrat (ainsi que le silence sur le choix du for dans le Code de procédure de 1939/1940) était plutôt dû au souci des auteurs du nouveau texte d'éviter, dans un contexte dictatorial (Estado Novo-1937/1945), toute référence à l'autonomie de la volonté que véritablement d'en anéantir le principe. Cf. POSENATO (N.), *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Milano, Cedam, 2010, p. 403. Cf. également, GRANDINO RODAS (J.), « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », in *Contratos internacionais, Contratos Internacionais*, Grandino Rodas (J.) (dir), 3^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-65, p. 57; STRENGER (I.), *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, RT, 1968, p. 212.

94 Sur ce débat : VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, thèse citée, p. 113 sq. ; POSENATO (N.), *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, op. cit., p. 403-405 ; GRANDINO RODAS (J.), « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », art. préc., p. 50-58 ; STRENGER (I.), *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 192-206.

95 Ainsi : BAPTISTA (L. O.), *Dos Contratos Internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 49 ; DOLINGER (J.), *A Evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1979, p. 205; A. CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 1a ed. Rev. e atual. por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, vol. II, p. 177.

96 GAMA ET SOUZA JR. (L.), « Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro : Uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável », in *O Direito internacional contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Tiburcio (C.) et Barroso (L. R.), Rio de Janeiro, 2006, p. 611 sq, spéc. p. 619 sq.

97 A l'instar de GRANDINO RODAS (J.), « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », in *Contratos internacionais, Contratos Internacionais*, Grandino Rodas (J.) (dir), 3^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais,

soit, la validité du choix de la loi applicable aux contrats internationaux est reconnue par certaines cours d'appel⁹⁸, le *Tribunal Superior do Trabalho* (TST) l'admettant dans les contrats individuels de travail⁹⁹. En revanche, le *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) ne s'est pas encore manifesté sur la validité d'un tel choix. Les critiques formulées par la doctrine au texte de l'art. 9¹⁰⁰ et les quelques tentatives de réforme en vue d'adapter la Loi de 1942 aux évolutions les plus récentes en droit comparé sont jusqu'à présent restées lettres mortes ou ont échoué par manque de volonté politique¹⁰¹.

D'autres textes nationaux contiennent encore des dispositions intéressant le DIPr. Ainsi, la Constitution fédérale de 1988 régit certains aspects liés à la nationalité (art. 12), aux droits fondamentaux des étrangers (art. 5, *caput*) et à la loi applicable à leur succession (art. 5, XXXI). La Constitution fixe la compétence du STJ pour la reconnaissance (« homologação ») des décisions étrangères et l'octroi de l'*exequatur* aux documents commis par un juge étranger (« cartas rogatórias ») (art. 105, I, i)¹⁰². Il en va de même pour la compétence de la Justiça Federal en matière de différends relatifs aux traités internationaux et aux contrats signés entre l'Union et un État étranger ou une organisation internationale (art. 109, II) et pour l'exécution des

2002, p. 19-65, p. 59 (qui propose de substituer à la loi en vigueur une plus apte à régir les contrats); FRANCESCHINI (J. I.), « A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais », in *Contratos Internacionais*, op. cit., p. 66-121, spéc. p. 80-81 et 114; BASSO (M.), « A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 12, 1996, Porto Alegre, 1996, p. 198-211, spéc. 199; ARAÚJO (N.), *Direito internacional privado*, 3^e ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 316; MEYER RUSSOMANO (G. M. C.), *Direito internacional Privado do Trabalho*, p. 180 sq.

98 Cf. les décisions citées par VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, Thèse préc., p. 124 sq.

99 *Ibidem*, p. 128-130.

100 V. notamment, GRANDINO RODAS (J.), « Substituenda est lex introductoria », *Revista dos Tribunais*, vol. 630, 1988, p. 243-245.

101 Cf. pour les obligations contractuelles, le projet de *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas* (art. 50) – Anteprojeto oficial – Décrets n° 5.055 de 1961 et n° 1.490 de 1962 – Projet présenté par H. Valladão ; l'avant-projet de loi n° 4905/1995 (art. 11) ou encore le Projet de loi n° 269/2004 (art. 12). Sur l'ensemble des projets de réforme de la loi de 1942 présentés depuis 1964, v. GRANDINO RODAS (J.), « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », art. préc., p. 19-65 et POSENATO (N.), *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, op. cit., p. 418-428.

102 Question régis par la Résolution 9 du STJ, du 4 mai 2005. A propos, v. ARAÚJO (N.) (coord.), *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça – Comentários à Res. 9 do STJ*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

décisions étrangères et des documents commis par un juge étranger, ainsi que pour les questions concernant la nationalité (art. 109, X).

La Constitution indique aussi la place occupée par les traités dans l'ordre juridique brésilien, dont le contrôle de constitutionnalité revient, en dernière instance, au Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 102, II, b), ce qui n'est pas anodin, vu le nombre des conventions internationales en la matière auxquelles le Brésil est partie. En effet, si une valeur constitutionnelle est reconnue aux traités portant sur les droits de l'Homme (art. 5°, § 3° CF)¹⁰³, les autres traités demeurent équivalant à la loi ordinaire et peuvent, à ce titre, voir certaines de ses dispositions être déclarées non-conformes à la constitution ou dérogées, expressément ou tacitement, par une loi postérieure, sauf quand la spécialité commande leur application en cas d'antinomie.

On trouvera également certaines dispositions assez restrictives dans le nouveau Code civil sur le fonctionnement des sociétés étrangères au Brésil (arts. 1134 à 1141). La condition juridique de l'étranger est quant à elle réglementée par la loi n° 6.815 du 19 août 1980. Enfin, le Code de procédure civile comporte certaines règles de compétence internationale (arts. 88 et 90) et des précisions sur les exigences de forme et sur l'exécution de documents commis par un juge étranger (arts. 204 à 212)¹⁰⁴.

En ce qui concerne la jurisprudence, celle-ci a toujours joué un rôle secondaire dans le comblement des vides législatifs et dans l'évolution de la matière. D'une manière générale, les décisions sont assez conservatrices et, jusqu'à une époque récente, assez méfiantes du droit étranger, ce qui contraste par ailleurs avec l'esprit universaliste, comparatiste et pluraliste de la culture juridique brésilienne. Des changements se font cependant sentir, notamment en matière d'obligations contractuelles. Ceci est le résultat d'une réinsertion du pays dans l'économie globalisée après une longue période de dictature militaire et de ralliement à la politique externe nord-américaine, en soi-même très nationaliste.

Certains changements législatifs récents et ponctuels ne sont par ailleurs pas sans importance pour l'évolution de la pratique du DIPr brésilien, à l'instar de l'Amendement constitutionnel n° 45 du 30 décembre 2004, qui, outre avoir élevé au rang constitutionnel les traités

103 V, *infra*, II.C.2.a.

104 Le projet de nouveau Code de procédure civile (Projet de loi 8046/2010), actuellement discuté dans le Congrès national, comporte également des règles de conflit de juridictions et sur la coopération juridictionnelle dans les articles 21 à 41, à l'intérieur du titre II, intitulé *Limites de la juridiction brésilienne et coopération internationale*, du Livre I – Partie générale. Pour une critique aux aspects de droit international privé de ce projet, v. ARAUJO (N.), GAMA JR. (L.) et VARGAS (D.), « *Temas de direito internacional privado no Projeto de novo Código de Processo Civil* », RArb 28 (2007), p. 147 sq.

portant sur les droits de l'Homme, a fait glisser la compétence pour la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères du STF au STJ (art. 105, I, i CF/88). De surcroît, l'avènement de la loi d'arbitrage du 23 septembre 1996 rend la voie arbitrale plus favorable au principe de l'autonomie en matière contractuelle (art. 2) que la voie judiciaire¹⁰⁵, où le juge se voit restreint à appliquer la loi du lieu de conclusion du contrat ou, sous certaines conditions, celle du lieu d'exécution du contrat, les seuls rattachements prévus à l'art. 9 de Loi de 1942.

En termes de sources internationales, le Brésil a ratifié la *Convention sur le droit international privé*¹⁰⁶, adoptée par la sixième conférence panaméricaine de La Havane le 20 février 1928¹⁰⁷. Connue comme le *Code Bustamante*, cette convention, qui ne lie, en principe, que les États contractants (art. 1^o)¹⁰⁸, est composée de 41 Livres et comporte 437 articles ayant trait respectivement au droit civil international, au droit commercial international, au droit de la procédure internationale et au droit pénal international. Nonobstant son vaste contenu et son esprit de système, le *Code Bustamante* ne représente pas une codification du droit international privé brésilien pour plusieurs raisons : en premier lieu, le Brésil a émis quelques réserves importantes lors de la ratification de ce Code (en matière de divorce) ; en second lieu, après l'entrée en vigueur du *Code Bustamante*, le législateur brésilien a adopté une nouvelle loi d'introduction au Code civil (1942), deux nouveaux codes de procédure civile (1939/1975) et non moins de cinq Constitutions contenant des dispositions en la matière – la contrariété des maintes de ses dispositions avec les nouveaux textes nationaux a conduit à son «

105 AGUILAR VIEIRA (I.), « L'arbitrage au Brésil », *Bulletin du CEDIDAC*, n° 52, décembre 2009, p. 1-7.

106 Promulgué par le Décret 5.647, du 8 janvier 1929 et publié par le Décret 18.956, du 22 octobre 1929. Le Code fut adopté dans son ensemble, exception faite des seuls arts. 52 et 54 (sur le divorce) qui avaient fait l'objet de réserves.

107 SDN, *Recueil des Traités*, vol. 86, p. 113.

108 Une décision du STF l'a néanmoins appliquée à une situation concernant un ressortissant d'un État non-contractant sur le fondement qu'« un Code, quelles que soient son origine et la loi du pays qui l'a promulgué, régit le droit qu'il réglemente indépendamment de la nationalité des personnes qui l'invoquent » (STF, SE n° 933, Rio de Janeiro, 17 julho de 1940, *Revista do Tribunais*, vol. 136, 1942, p. 824-828). Cette décision confortait les auteurs qui considéraient que le Code s'applique également dans les relations avec les États non contractants ne serait-ce qu'en tant que source doctrinale (E. ESPINOLA, E. ESPINOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, 2^a ed. atualizada por Silva Pacheco, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, Vol. II, p. 370). D'autres soutiennent le contraire (C'est la position notamment du juriste brésilien Amílcar de Castro (A. CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 4^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 300-303; G. A. L. Droz, « L'harmonisation des règles de conflit de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d'États », *Rapport général* au VI^{ème} Congrès International de Droit Comparé (Hambourg, 1962), Bruxelles, 1964, p. 393-433).

abandon » par la jurisprudence¹⁰⁹; et, en troisième lieu, le Brésil a ratifié d'autres textes internationaux de droit international privé, à l'instar de certaines conventions interaméricaines, des certaines conventions de La Haye et des Protocoles du Mercosur, dont les solutions tendent à primer en cas de conflit insurmontable¹¹⁰.

Suite à ce bref tour d'horizon des sources du droit international privé brésilien, revenons au droit matériel et plus particulièrement à la méthode de codification du droit privé brésilien.

B. Méthodologies de codification

Au Brésil, la systématisation du droit privé par la codification présente des spécificités liées à la façon dont les matières ont été codifiées (1), ainsi qu'à l'étendue (2), à l'architecture (3) et au style des principaux codes (4).

1. La compilation et la codification « à droit constant » : une exception au Brésil

À la différence de certaines pratiques codificatrices des systèmes juridiques de référence, comme le français, le législateur brésilien n'a recouru à la technique de la consolidation ou de la codification « à droit constant »¹¹¹ que dans de très rares occasions. Il en était ainsi

109 STRENGER (I). *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 206-207.

110 Sur les « dialogues » possibles entre les instruments d'uniformisation du DIP en Amérique latine et, en spécial au sein du Mercosur, afin de résoudre les conflits entre eux, v. LIMA MARQUES (C.), « Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales », *Revue de droit uniforme*, 2003-1/2, p. 465-484 ; VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado como fonte de direito uniforme para os processos regionais de integração econômica », in : *Protección de los consumidores en América*, Los trabajos de la CIDIP (OEA), sous la coordination de Fernández Arroyo (D. P.) et Moreno Rodríguez (J. A.). Asunción : *Revista Jurídica La Ley*, 2007, p. 303-346.

111 Le législateur français ne se prive pas d'une codification « à droit constant » pour rajeunir les ensembles législatifs. Il en est ainsi pour les principaux codes, la codification civile de 1804 restant néanmoins relativement épargnée (J.-L. SOURIOUX, « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français », in *Journées de la Société de Législation comparé – Année 1988*, RIDC, n° spécial, vol. 10, 145-158). Cette méthode implique de codifier sans conduire au changement de la loi. Elle vise « la mise en ordre du droit positif existant » (Ph. MALAURIE, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1-8, p. 3), des modifications aux textes regroupés ne pouvant intervenir que « pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées

de l'ancienne *Consolidation de lois civiles de 1857*, tout comme de l'actuelle *Consolidation des Lois du Travail* de 1943, qui comporte également des dispositions spéciales sur la procédure auprès de la justice prud'homale. En ce qui concerne la codification civile de 2002, le fait que le législateur ait maintenu les règles qui ne devaient pas nécessairement être changées n'induit pas un recours à la technique de compilation : il s'agissait plutôt de conserver les traditions avec un minimum de rupture et de ne pas modifier la terminologie juridique elle-même.

On observe ainsi deux façons de codifier, fort différentes l'une de l'autre : l'une, important une véritable systématisation, rationalisation et innovation de contenu, fortement privilégiée par le législateur brésilien, l'autre, plutôt organisatrice, basée sur la technique de la codification «

ou non, devenues sans objet » (Art. 35, I, 1° de la loi du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs). Par conséquent, « L'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées, ni leur portée. En outre, les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation postérieure » (Cass. crim., 4 mai 1995, *BID* n° 5/1996). C'est la méthode qui a prévalu lors de la recodification de la matière commerciale, dont les illusions et les effets négatifs ont été largement mis en évidence par la doctrine (F.-X. LICARI et J. BAUERREIS, « Das neue französische Handelsgesetzbuch. Ein kritischer Beitrag zur Methode der codification à droit constant », *ZEuP*, 1/2004, p. 132-152 ; J. MONEGER, « De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE* 2004, p. 171-196 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le nouveau code de commerce : une mystification », *D.* 2001, chr., p. 366 *sq* ; C. A. ARRIGHI DE CASANOVA et O. DOUVRELEUR, « La codification par ordonnances. À propos du Code de commerce », *JCP G*, n° 2, 10 janvier 2001, I, p. 285, *spéc. p. 286 sq* ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, v. 1, par L. Vogel, 18e éd., LGDJ, 2001, n° 32. V. aussi, H. MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *JCP G* 2002, p. 1231 ; Ph. REIGNE et T. DELORME, « Une codification à droit trop constant. À propos du code de commerce », *JCP E* 2001, act. n° 1, p. 2 ; N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 186 *sq* ; T. LE BARS, « Nouvelles observations sur la codification "à droit constant" du code de commerce », *JCP E* 2000, p. 2164 ; GB, « Le code de commerce nouveau est arrivé ! (« Arrêter de recoder ! ») », *Bull. Joly* 2000, p. 883.). La même méthode a également conduit à la codification française de la consommation issue de la loi du 26 juillet 1993. D'une part, la codification « à droit constant » a permis au code de s'adapter plus constamment à la fois aux situations purement nationales, à l'instar de la réglementation du surendettement, et aux prescriptions européennes. D'autre part, elle a conduit, sous l'effet d'un empilement des textes, au manque de clarté et de cohérence du code. En cette matière, des hésitations persistent cependant : bien des dispositions renforçant la protection du consommateur ont été adoptées depuis sans être codifiées, contrariant l'art. 8 de la loi du 26 juillet 1993 (cf. G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, « Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien », art. préc., p. 87-88).

à droit constant », peu utilisé au Brésil car la lisibilité qu'elle cherche initialement à donner aux textes rassemblés ne résout pas la complexité engendrée au fil du temps.

2. L'étendue des principales codifications

À l'ancienne dichotomie absolue du droit privé s'oppose l'unification partielle du droit privé brésilien de nos jours (a). Par conséquent, un certain dépassement de la notion de droit commercial peut être relevé (b). Parallèlement, la codification brésilienne du droit de la protection du consommateur, marquée par une certaine transversalité, forme un microsystème au sein du droit privé brésilien (c).

a. L'unification partielle du droit privé brésilien

Bien que la dichotomie du droit privé ait marqué l'évolution du droit brésilien, un pas considérable vers l'unification de la matière civile et commerciale a été franchi avec la nouvelle codification civile de 2002.

En effet, le nouveau Code civil brésilien de 2002 unifie le droit des obligations civiles et commerciales¹¹² et régit le droit de l'entreprise.

Cette unification n'est pas sans conséquences sur le droit commercial. Tout d'abord, les modifications introduites par le législateur de 2002 dépassent le simple aspect formel de présentation du droit civil et du droit commercial. Désormais incluses dans le nouveau Code civil, ces matières sont soumises aux lignes directrices du code (*sociabilité, opérationnalité, « éthicité »*) et aux principes en découlant - dont la fonction économique et sociale du contrat et de la propriété et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion. Ces nouveaux principes encadrent les relations entre les particuliers, qu'elles soient ou non des rapports d'affaires.

Ensuite, malgré l'existence antérieure d'une relative « commercialisation du droit civil » de même qu'« une civilisation du droit

112 Malgré l'échec de la proposition d'unification par Teixeira de Freitas au XIX^e siècle, l'idée d'unification, du moins des obligations, demeurait vivante chez les juristes brésiliens. Ils ont envisagé dans le courant du XX^e siècle un Code unique des obligations, tout en conservant pour les matières spécifiques au commerce une série de lois distinctes, sans les réunir dans le cadre d'un code. Ainsi le Projet de Code de droit privé, proposé par Herculano Marcos Inglez de Souza en substitution au projet d'un nouveau Code de commerce, dont il a été chargé de l'élaboration par le gouvernement brésilien en 1911 ; le Projet de Code des obligations de 1940, proposé par Hahneemann Guimarães, Philadelpho Azevedo et Orozimbo Nonato ; le Projet de Code des obligations de 1962/1965, de Caio Mário da Silva Pereira *et alii*.

commercial »¹¹³, l'unification a permis de dépasser certains clivages qui existaient dans l'ordre juridique brésilien¹¹⁴. En effet, la distinction traditionnelle entre les obligations civiles et commerciales avait déjà perdu sa raison d'être lors de l'unification des compétences civile et commerciale au sein d'une seule et même justice. Les distinctions de base qui existaient entre certains biens, comme les meubles et les immeubles, avait également perdu une partie de leur importance avec la titrisation des crédits immobiliers, la commercialisation de l'hypothèque, l'émission de lettres de change immobilières, la création de fonds d'investissements immobiliers dans le marché financier et l'adoption (optionnelle) de la forme anonyme pour les sociétés de construction d'immeubles¹¹⁵.

En conséquence de l'unification des obligations, la nouvelle codification brésilienne régit certains contrats commerciaux, dont la vente. On regrette toutefois que certains aspects majeurs restent dépourvus d'une réglementation précise. En effet, toute une série de dispositions propres à la vente commerciale et à d'autres obligations typiquement commerciales n'a pas été reprise par le nouveau Code civil¹¹⁶ qui a dérogé à la partie générale du Code de commerce de 1850. En outre, les obligations du vendeur et de l'acheteur continuent d'obéir au système élaboré selon les modèles classiques du droit romain, aujourd'hui insuffisants pour garantir le bon déroulement de l'exécution des obligations contractuelles de plus en plus complexes¹¹⁷.

Cette complexité se reflète notamment dans les effets de

113 L'art. 121 du Code de commerce de 1850 autorisait le recours aux règles du droit civil des contrats, tandis que le Code civil de 1916 autorisait le recours au droit commercial, lorsqu'il s'agissait d'appliquer subsidiairement aux sociétés civiles les règles relatives aux sociétés anonymes, à condition que celles-ci ne rentraient pas en conflit avec la loi civile (art. 1364).

114 WALD (A.), « Le droit de l'entreprise au XXIe et le Code civil brésilien », in *Le droit brésilien* : ..., *op. cit.*, p. 249-273, p. 263.

115 WALD (A.), « L'entreprise et le Code civil brésilien », art. préc., p. 263.

116 Dans le Code de commerce de 1850, les règles générales sur les contrats étaient complétées par des dispositions, supplétives certes, mais indicatives des obligations subsidiaires et accessoires à la prestation principale ou caractéristique de l'affaire, plus en accord avec la pratique commerciale. Le nouveau Code est silencieux par exemple quant au délai, à la forme et à qui doit être livrée la chose achetée. Le Code civil de 1916 était également silencieux quant à toutes ces questions, mais le Code de commerce, bien que légèrement et timidement, stipulait que la marchandise devait être livrée dès le contrat conclu, dans le délai et selon la manière déterminés dans celui-ci (art. 197), et au lieu où elle se trouvait au moment de la vente, si les parties n'en avaient pas décidé autrement (art. 199).

117 La tendance de la vente moderne est celle du pluralisme d'obligations, de plus en plus étendues et complexes soit en raison du contrat, soit en raison du droit (loi, jurisprudence, usages) : à l'obligation de livraison d'un bien conforme s'ajoutent les obligations de remise de documents, d'information, de collaboration, de conseil, de sécurité (avertissement des risques) ; certaines obligations subsistent même après le transfert de la propriété et des risques.

l'inexécution, comme l'atteste la notion unitaire de *conformité de la prestation*, traitée comme obligation principale par les principaux instruments d'uniformisation du droit des contrats et par certains codes nationaux régissant la matière¹¹⁸. Sous l'empire du Code civil de 1916, la jurisprudence¹¹⁹ et la doctrine¹²⁰ ont pu dégager cette notion de la formule générale de l'ancien art. 1.056¹²¹, alors que ce Code, à l'instar du Code de commerce de 1850, avait gardé les règles classiques propres aux vices cachés (art. 210, C. com. 1850 ; art. 1101, CC/16), à la mise en demeure (art. 202, C. com. 1850 ; art. 955 CC/16) ; et l'éviction (arts. 214 et 216, C. com. 1850 ; art. 1107, CC/16). Le nouveau Code civil a conservé les garanties légales antérieurement prévues et a consacré un seul dispositif aux garanties contractuelles (art. 456), mais il est resté silencieux aussi bien à propos de la formule générale de l'ancien art. 1.056 du Code civil de 1916 (actuel art. 389¹²²) que des obligations subsidiaires ou accessoires à l'obligation principale. On attend toujours de voir comment la jurisprudence réagira à cet égard¹²³.

118 Comme prévu dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (art 35) ; dans la directive européenne 44/1999 sur certains aspects de la vente aux consommateurs (art. 2) ; dans la notion d'*exécution défectueuse* des Principes d'UNIDROIT 2010 (art. 7.1.1) ; ou encore, dans le droit comparé, sous la notion de *breach of contract* du droit anglais ou de *Pflichtverletzung* (§ 280 du BGB après la réforme de 2002). Il convient de noter qu'en droit interne de la vente français la notion de *conformité* n'a pas la même portée : ce droit distingue les défauts de la chose selon leur caractère apparent (*non-conformité* attachée à l'obligation de délivrance) ou caché (effet de l'obligation de délivrance). En revanche, pour les contrats de vente conclus par les consommateurs (art. L. 211-4 C. consom.) ou pour les contrats de vente internationale soumis à la Convention de Vienne de 1980 (art. 35), la notion de conformité présente, en droit français, un caractère unitaire, recouvrant les notions traditionnelles de vice caché et de non-conformité. Au Brésil, la notion unitaire de conformité est adoptée spécifiquement par l'art. 18 du CDC.

119 STJ: Resp. n.º 52075/ES, Industrial Malvina S.A. v. Coopersanto Industrial S.A., DJ 21.11.1994, p. 34352; Resp. n.º 72482/SP, Condomínio Edifício Orion v. Estrutura Incorporadora e Construtora Ltda, DJ 08.04.96, p. 10474; RESP 406590/PR, Cerâmica Porto Ferreira Ltda v. Casagrande Pisos Cerâmicos Ltda, DJ 16.09.2002, p. 00194.

120 AGUIAR JR. (R. R.), *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro, Aide, 1991. A propos, v. notre étude : « Defective performance in contracts for the international sale of goods. A comparative analysis between the Brazilian Law and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods », in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*/ Pace International Law Review, 2005-2006, p. 23-84.

121 Art. 1056: « Le débiteur sera condamné au paiement de dommages-intérêts lorsqu'il n'exécute pas l'obligation ou lorsqu'il ne l'exécute pas de la manière et dans le délai prévus ».

122 Art. 389 : « Si l'obligation n'est pas exécutée, le débiteur répond des dommages et intérêts, outre les intérêts et l'indexation, selon les taux officiels régulièrement établis, et les honoraires de l'avocat ».

123 Certes, outre les nouveaux principes qui régissent la matière, le juge se servira également des règles générales applicables aux obligations de donner, notamment celles concernant

À ces critiques, peut être associée la remarque d'un juriste européen avisé¹²⁴ pour qui même si le Code civil de 2002 apporte une modernisation au droit privé par rapport au Code de 1916 auquel il se substitue, il n'est pas pour autant un code du XXI^e siècle naissant. Selon M. Claude Witz, outre l'ancienneté du projet sur lequel l'essentiel du Code repose,

«Il en résulte, par exemple l'absence de retombées de la révolution numérique, notamment en droit des contrats et dans le domaine de la preuve. De même, le Code n'a pas pu tirer profit des divers instruments d'uniformisation du droit des contrats, d'apparition plus récente, sous le prisme desquels tout droit national des contrats tend aujourd'hui à être apprécié, pas plus que de l'intense bouillonnement intellectuel ayant précédé ou suivi leur adoption»¹²⁵.

Enfin, il est à noter que, durant les travaux législatifs, l'unification du droit des obligations a suscité la méfiance, voire l'opposition, d'une partie de la doctrine. D'une part, on y voyait le danger que la réglementation de certains types de contrats pourrait susciter, d'autre part, on craignait la mise en cause de l'autonomie du droit commercial et, par là même, sa disparition. Malgré l'unification, celui-ci n'a cependant pas disparu. Il semble même avoir conservé son autonomie, cette fois-ci sous une nouvelle dénomination : le droit de l'entreprise.

b. Le dépassement de la notion de droit commercial : l'affirmation du droit de l'entreprise

L'unification réalisée par le législateur en 2002 a contribué au dépassement de la notion de droit commercial. Désormais, sous la rubrique Droit de l'entreprise (*Direito da empresa*)¹²⁶, le Livre II de la

l'exécution et l'extinction des obligations (art. 304 s. CC/02). L'arbitrage pourra également apporter quelques contributions en ce domaine dans un futur proche. V. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Garantias e exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda », in: Grundmann (S.) et dos Santos (M.) (dir.), *Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 89-153.

124 WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », art. préc. p. 29.

125 *Ibid.*

126 Conversion déjà pressentie par Waldemar Ferreira lors du centenaire du Code de 1950. Cf. FERREIRA (W.), « O código comercial no século », *Rev. de direito mercantil*, vol. 1 (1951), p. 7-20, p. 20.

Partie spéciale du Code civil de 2002 (arts. 966 à 1.195)¹²⁷ réglemente le *droit de l'entrepreneur* (*direito do empresário*), le *droit des sociétés*, le *droit d'établissement* et quelques *institutions complémentaires du commerce*.

Sous l'égide de la notion d'entreprise, qui n'est d'ailleurs pas définie dans le nouveau Code civil¹²⁸, la figure du *commerçant* a été remplacée par celle de *l'entrepreneur*. Il semblerait néanmoins que le nouveau Code conserve dans une large mesure le critère subjectif¹²⁹ adopté jadis par le Code de commerce de 1850, dans la mesure où l'*empresário* demeure au centre de l'activité entrepreneuriale, tel que l'était le *commerçant* vis-à-vis de la loi commerciale abrogée¹³⁰. La définition actuelle d'*empresário* (art. 966)¹³¹, comme étant *celui qui exerce une activité économique organisée en vue de la production ou de l'échange des biens et des services*, n'est d'ailleurs pas suivie d'une spécification quelconque des actes qui caractérisent objectivement une telle activité économique¹³². Tout comme auparavant, l'*empresário* doit être inscrit dans le *Registro público de empresas mercantis* avant de démarrer ses activités (art. 967)¹³³. La même logique se présente

127 D'autres dispositions du nouveau Code civil sont également applicables en la matière, à l'instar des arts. 45, 48, 50, 51 (dispositions générales concernant les personnes morales); des arts. 83, III, 89, 90, 91 (sur les biens); des arts. 927, § unique, 932, III, 933 (sur la responsabilité civile); et des arts. 2.031, 2.033, 2.035, 2.037 et 2.045 (concernant les dispositions transitoires).

128 Concept que la doctrine brésilienne formule d'une façon double, l'entreprise se présentant à la fois comme objet et comme sujet de droit. Cette tendance de la doctrine a été mise en lumière par C. V. COUTO E SILVA, « O conceito de empresa no direito brasileiro », *Revista da Ajuris*, n° 37, 1986, p.42-59.

129 R. REQUIÃO parle d'un *concept subjectif moderne* (*Curso de direito comercial*, op. cit., p. 14). V. AGUILAR VIEIRA (I.) et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « L'influence du Code de commerce français au Brésil », art. préc., p. 68 sq.

130 Un auteur a même parlé d'un retour au critère subjectif à travers la théorie de l'entreprise : GOMES DA SILVA (S. A. R.), « Teoria da empresa – um retorno ao critério subjetivo », *Revista dos Tribunais*, vol. 783, 2001, p. 16 sq.

131 Inspirée *ipsis litteris* de l'art. 2082 du *Codice civile italiano*. Par ailleurs, le nouveau Code se préoccupe, d'une part de ne pas qualifier d'*empresário* celui qui exerce une profession intellectuelle, de nature scientifique, littéraire ou artistique, même avec la concurrence d'assistants ou de collaborateurs, sauf si l'exercice de la profession constitue un élément de l'entreprise (art. 966, §1), ainsi que la société dite simple (art. 982); et, d'autre part, de prêter cette qualification à l'entrepreneur, dont l'activité agricole constitue sa profession principale (art 971).

132 Selon A. WALD (« L'entreprise et le Code civil brésilien », art. préc., p. 265), ce texte ne se limiterait pas au seul domaine de la circulation, mais comprendrait aussi l'industrie, sous toutes ses formes.

133 La définition actuelle de la notion d'entrepreneur se base sur l'ancienne définition d'activité commerciale (art. 4 du Code de 1850, combiné avec l'art. 19 Regulamento n° 737 de 1850), dans la mesure où elle distingue les activités entrepreneuriales et celles qui ne le sont pas (art. 966 et 1044, p. ex.), en qualifiant les premières d'activités économiques exercées de façon

d'ailleurs pour l'*entreprise* (société, non plus *commerciale* mais *entrepreneuriale*), car la définition de celle-ci se base sur celle de l'*empresário* et son inscription a lieu auprès du même registre prévu pour l'inscription de celui-ci (art. 982).

La réglementation de l'*entreprise* au sein du Code civil a créé une nouvelle configuration de la matière. L'*entreprise* surgit comme un élément unificateur¹³⁴. Elle semble apporter au concept de société une nouvelle portée qui, sans en modifier la structure, lui ouvre un champ d'application nouveau. En ce sens, l'*entreprise* est désormais soumise au *principe fondamental de la sociabilité*, étant à la fois attachée à la *fonction sociale du contrat* et à la *fonction sociale de la propriété*. On ne distingue plus les sociétés civiles et commerciales, mais désormais les *sociétés simples* et les *sociétés entrepreneuriales*. On a également introduit dans le nouveau Code civil une réglementation ferme sur la responsabilité du chef d'*entreprise* ainsi que la théorie de la levée du voile social (art. 50), déjà admise en matière de protection du consommateur (art. 28 CDC) et reconnue par la jurisprudence en matière de protection du travailleur¹³⁵. En outre, le nouveau Code règle désormais la phase précédant l'acquisition de la personnalité morale de la société sous la dénomination de société en commun, à côté de la société en participation, faisant en sorte que les sociétés créées de fait quittent le cadre du droit commun¹³⁶. La nouvelle loi couvre également le groupe, la liquidation, la transformation, l'incorporation, la fusion et la scission des sociétés, ainsi que, de façon originale, l'autorisation, la nationalité et la liberté d'établissement liée à la société étrangère (arts. 1097 à 1141)¹³⁷.

professionnelle. Les définitions sont tellement proches que le nouveau Code civil détermine dans son article 2.037 que « sauf disposition contraire, s'appliquent aux entrepreneurs et aux sociétés entrepreneuriales les dispositions de loi non abrogées par ce code qui s'appliquent aux commerçant, aux sociétés commerciales et aux activités commerciales ». En ce sens, v. AGUILAR VIEIRA (I.) et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « L'influence du Code de commerce français au Brésil », art. préc., p. 70, *ad notam* 230.

134 Dans ce sens, v. COUTO E SILVA (C. V.), « O conceito de empresa no direito brasileiro », art. préc., p.42-59. V. aussi LIPPERT (M. M.), *A empresa no Código Civil, elemento de unificação no direito privado*, São Paulo, RT, 2003.

135 A propos, VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Lever le voile social. Regards croisés en droit des sociétés français et brésilien », in : *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien. Études de droit comparé*, op. cit., p. 339-382 ; « A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Entre subsunção e concreção, uma teoria em prol da pessoa jurídica », in : *Verträge der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung*, op. cit., p. 91-128.

136 CARUSO MAC-DONALD (N. C.), « O Projeto de Código civil e o direito comercial », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 16 (1999), p. 139-160, p. 154.

137 A propos, v. LIMA MARQUES (C.), « Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch vom 2002: ... », art. préc., p. 138-142.

Le nouveau Code civil brésilien régit également l'établissement (arts. 1142 à 1149) et quelques institutions complémentaires du commerce (arts. 1150 à 1195). Défini comme « tout complexe de biens organisés, pour l'exercice de l'entreprise, par l'entrepreneur, ou par la société entrepreneuriale » (art. 1142), l'établissement intègre le concept même d'entreprise¹³⁸ et surgit comme une nouvelle manière de voir le fonds de commerce, sous une dimension objective. Les institutions complémentaires régies par le Code civil, non sans faire appel aux lois spéciales, sont le registre (arts. 1150 à 1154), le nom entrepreneurial (arts. 1155 à 1168), les préposés (arts. 1169 à 1178) et les livres (arts. 1179 à 1195).

L'incorporation dans le Code civil brésilien du droit de l'entreprise a suscité la critique d'une certaine doctrine pour qui un tel droit est comme un « corps étranger », sans aucune relation interne impérative avec les autres parties du code¹³⁹. Le droit de l'entreprise aurait dû faire l'objet d'une réglementation spécifique, propre à ce domaine particulier du droit¹⁴⁰. Par ailleurs, les lacunes ne sauraient être négligées, comme en matière de responsabilité de l'entrepreneur individuel ou encore, jusqu'en juillet 2011, sur la possibilité de constitution d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée, à l'image du droit italien, dont le code s'inspire¹⁴¹. L'absence de normes générales en matière de droit de la concurrence, de la propriété intellectuelle, d'entreprises en difficultés, ainsi qu'en droit maritime ou du transport aérien, constitue davantage un autre facteur de critique du nouveau Code¹⁴².

En effet, nonobstant l'unification des obligations civiles et commerciales et la codification du droit de l'entreprise, la tendance en droit privé brésilien est celle de conserver un large arsenal législatif non codifié. Ainsi, alors que certains nouveaux types de contrats commerciaux ne font pas l'objet de réglementation, ce qui compromet l'unité et la systématisation qu'on attend d'un code¹⁴³, une grande partie des matières que l'on peut ranger dans le domaine du droit de

138 LIPPERT (M. M.), *A empresa no Código Civil, elemento de unificação no direito privado*, op. cit., p. 122.

139 COMPARATO (F. K.), *Atualidades*, p. 177.

140 BULGARELLI (W.), *Tratado de direito empresarial*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 191.

141 Sous la dénomination d'« entreprise individuelle à responsabilité limitée », fut récemment introduite la notion de société unipersonnelle en droit brésilien par la Loi n° 12.441 du 9 juillet 2011 (*DOU* de 12.7.2011.). La seule forme de société unipersonnelle jusqu'alors admise était la société subsidiaire intégrale d'une société anonyme, prévue à l'art. 251 n° 6.404, du 15 décembre 1976 sur les sociétés par actions.

142 JAEGER Jr. (A.), “*Das neue brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensrecht*”, in Jayme (E.) et Schindler (Ch) (dir), *Portugiesisch – Weltsprache des Rechts*, op. cit., p. 217-235, p. 223.

143 KONDER COMPARATO (F.), « Projeto de Código civil », *RDM* n° 17 (1975), p. 173-175.

l'entreprise demeure réglementée en dehors du Code civil, à l'instar de la Loi n° 6.404, du 15 décembre 1976 sur les sociétés par actions et de la Loi n° 11.101, du 9 février 2005 sur les entreprises en difficultés¹⁴⁴.

Une telle configuration de la matière codifiée qui, selon ses détracteurs, compromet l'unité et la systématisation qu'on attend d'un code¹⁴⁵, pourrait toutefois connaître des évolutions importantes en cas d'avènement du nouveau code de commerce, dont le projet est actuellement en débat au Congrès national¹⁴⁶. Avec l'objectif de redonner une autonomie systématique et méthodologique au droit de l'entreprise, ce projet réglemente la matière de manière plus large que l'actuel Code civil. Outre l'entreprise, les sociétés entrepreneuriales et les obligations et contrats entrepreneuriaux, le projet dédie un quatrième livre aux dispositions matérielles du traitement des entreprises en difficulté¹⁴⁷, renouant ainsi avec la tradition française (codes de 1807 et de 2000), de laquelle l'ancien code de commerce de 1850 faisait déjà écho¹⁴⁸.

Il faut ainsi reconnaître qu'au Brésil le nouveau Code civil s'exprime, non sans quelques difficultés, dans le langage propre au droit commercial, désormais identifié comme droit de l'entreprise. L'étendue du champ d'application du nouveau Code civil reste néanmoins délimitée par la micro-systématisation de la protection du consommateur.

c. La micro-systématisation de la protection des consommateurs

Le Code de protection des consommateurs de 1990 s'est voulu plus protecteur qu'un véritable code de la « consommation » pour un agent économique considéré plus faible: le consommateur. Malgré une certaine transversalité (vu qu'il traite des questions liées à la procédure ou aux infractions pénales et à l'organisation du système national de protection du consommateur), ce Code ne vise toutefois pas le marché de la consommation dans toutes ses composantes, à commencer par la concurrence et les situations de surendettement¹⁴⁹. Par conséquent,

144 Une liste des principales normes de droit privé en vigueur se trouvent dans WALD (A.), « Le droit brésilien pendant la deuxième moitié du XXe Siècle », art. préc., p. 183-198, p. 197 sq.
145 KONDER COMPARATO (F.), « Projeto de Código civil », art. préc., p. 173-175.

146 V. *supra*, I.A.3.b.

147 Le projet d'un Code de commerce brésilien est ainsi composé de cinq livres, destinés à réglementer, successivement, l'entreprise, les sociétés entrepreneuriales, les obligations des entrepreneurs, la crise de l'entreprise et les dispositions finales et transitoires. Les aspects procéduraux du régime applicable aux sociétés en difficultés demeureraient régis par la Loi n° 11.101 de 2005.

148 AGUILAR VIEIRA (I.) et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « L'influence du Code de commerce français au Brésil », art. préc., p. 27-77.

149 LIMA MARQUES (C.), « L'expérience de la codification et de la réforme du droit de la

le CDC tend à former une sorte de microsystème au sein du droit privé brésilien¹⁵⁰, dont les règles ont vocation à régir tous les rapports juridiques entre un consommateur et un professionnel (*fornecedor*), que leur origine soit contractuelle, précontractuelle ou extracontractuelle, ou encore de nature interne ou international¹⁵¹, auquel cas la jurisprudence l'applique en tant que loi d'application immédiate¹⁵².

Ce Code aboutit à une protection maximale du consommateur aussi bien matérielle (notamment les articles 6 à 54, couvrant les droits fondamentaux des consommateurs ; la protection à la santé et la sécurité des produits ; la responsabilité du fait du produit et du service ; la responsabilité par défaut de conformité ; la déchéance et la prescription ; la mise à l'écart de la personnalité juridique ; les pratiques commerciales ; la protection contractuelle, dont celle contre les clauses abusives et les contrats d'adhésion) que procédurale (notamment les articles 81 à 104, couvrant les conditions, les modalités et les règles procédurales des actions individuelles et collectives visant la protection du consommateur, ainsi que sur la chose jugée) et aussi bien interne qu'internationale (cf. art. 1er).

Une révision du Code de 1990 est néanmoins en cours afin d'en étendre le périmètre. Une commission des juristes instituée par la présidence du Sénat le 10 décembre 2010 et présidée par un Conseiller du STJ, le professeur A. Herman Benjamin, a présenté, le 14 mars 2012, trois avant-projets de loi. Ces derniers visent à adapter les règles de protection des consommateurs aux nouvelles technologies, notamment au commerce électronique, mais aussi à mettre en place des mécanismes de prévention et de traitement du surendettement du consommateur individuel, et enfin à perfectionner les mécanismes d'accès à la justice,

consommation au Brésil », art. préc., p. 74-91. A propos, v. DANILEVICZ BERTONCELLO (K. R.), « Surendettement et droit de la consommation - Rapport brésilien », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, op. cit., p. 1007-1035 ; et GRAEFF (B.) et PEREIRA (W.), « commentaires », ouvrage précité, p. 1036 sq.

150 V. TEPEDINO (G.), « Les contrats de consommation au Brésil », op.cit., p. 433-435 ; VASCONCELLOS BENJAMIN (A. H.) ; LIMA MARQUES (C.) ; ROSCOE BESSA (L.), *Manual de Direito do Consumidor*, 3e ed. São Paulo, RT, 2010.

151 Cf. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), « Le régime de détermination de la loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs en droit français et en droit brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien—Études de droit comparé*, op. cit., p. 399-424 ; LIMA MARQUES (C.), « Rapport national : droit brésilien », rap. préc., p. 47-95 ; ZANCHET (M.), « A proteção dos consumidores no Direito Internacional privado brasileiro », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 62 (2007), p. 172-219 ; DEL'OLMO (F.), « Direito do consumidor e direito internacional privado », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 68 (2008), p. 108-116.

152 FRIEDRICH (T. S.), *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado – Lois de Police*, Belo Horizonte : Forum, 2007, p. 199 sq.

notamment par le biais des actions collectives¹⁵³. Par ailleurs, des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions, fortement inspirées du projet de convention interaméricaine en la matière et des règlements européens actuellement en vigueur, complètent le cadre de cette réforme.

En y introduisant des règles de conflit de lois et de juridictions, des règles sur le contrat électronique¹⁵⁴ et sur la protection des données, sur le traitement du crédit, sur l'endettement et les moyens procéduraux de défense du consommateur, la révision entamée en 2010 tend à étendre le champ d'application matériel du Code de protection des consommateurs dans une démarche transversale propre au droit de la consommation¹⁵⁵.

3. L'architecture des principaux codes de droit privé

Voyons brièvement comment le législateur brésilien a entendu organiser les matières à l'intérieur des principaux codes de droit privé, en commençant toujours par le(s) Code(s) civil(s) (a), ensuite par le Code de commerce (c) et, enfin, par le Code de protection des consommateurs (c).

a. Les Codes civils de 1916 et de 2002

153 Projets disponibles à l'adresse : http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteproyetos_finais_14_mar.pdf. Le rapport général préparé par Madame le Professeur C. Lima Marques se trouve disponible à l'adresse : http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf.

154 Il convient de mentionner que le 15 mars 2013 fut adopté, par la présidente de la République, le Décret n° 7962 portant sur le commerce électronique. Ce décret, destiné à réglementer le CDC en ce qui concerne le contrat conclu par un consommateur par voie électronique ou similaire, reprend l'essentiel de l'avant-projet de loi sur la question, présenté par la Commission des juristes en 2012 (v. *supra*, note 153). Le nouveau décret régit le droit d'information du consommateur sur le site, les produits et services y commercialisés, les modalités de contractation et de traitement des opérations de paiement en ligne, ainsi que le droit de rétractation. Les solutions relatives au *spam*, au système de sanctions et aux conflits de lois et de juridictions préconisés par l'avant-projet de 2012 en la matière n'ont cependant pas été reprises par le nouveau décret. Cela se comprend aisément : les sanctions, notamment pénales, et les règles de conflit de lois et de juridictions doivent être introduites par la loi et ne peuvent pas faire l'objet d'un décret réglementaire émanant de l'exécutif.

155 Il convient de noter que, comme l'ont affirmé J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, une définition du droit de la consommation « n'est ni possible, ni utile », dans la mesure où les disciplines juridiques « n'ont jamais de frontières tracées au cordeau ». Si le droit de la consommation peut être plus étendu qu'un Code de la consommation, il n'en demeure pas moins que c'est celui-ci qui en contient les règles les plus importantes. Cf. CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 7e éd., Dalloz, 2006, n° 17. Les auteurs remarquent tout de même l'utilité de définir le professionnel et le consommateur, car ces notions délimitent le domaine d'application des principales règles du droit de la consommation (*Ibid.*, n° 17, p. 18, *ad notam*1).

Le Code civil brésilien de 2002, ainsi que celui de 1916, n'a pas suivi le modèle français, dont le plan s'inspirait des Institutes de Gaius et de Justinien – personnes, biens, actions¹⁵⁶ – et qui était le modèle le plus répandu en matière de codification civile¹⁵⁷. En effet, le code brésilien présente une structure binaire, comprenant une Partie générale et une Partie spéciale¹⁵⁸. La première contient des dispositions dominant l'ensemble du droit civil et dont l'application est prévue par la Partie spéciale. Comme dans le Code de 1916, la Partie générale du Code de 2012 contient trois livres : Livre I – « Des personnes » ; Livre II – « Des Biens » et Livre III – « Des faits juridiques ». La Partie spéciale comporte cinq livres, dont quatre existants auparavant : Livre I – « Du droit des obligations » ; Livre II – « Du droit de l'entreprise » ; Livre III – « Du droit des Choses » ; Livre IV – « Du droit de la famille » ; Livre V – « Du droit des successions »¹⁵⁹. Un livre complémentaire contient les dispositions finales et transitoires. Le nouveau Code compte 2.046 articles¹⁶⁰.

L'architecture des codes civils brésiliens suit la division pensée et mise en œuvre par Teixeira de Freitas lors de l'élaboration de la Consolidation des lois civiles de 1857 et, plus tard, dans son *Esboço de Código Civil* de 1860 (Première partie). Ce juriste avait proposé une division particulière aux deux textes qui n'était ni celle des Institutes, ni celle des Ordonnances Philippines, ni celle du Code Napoléon ou d'autres codes qu'il avait à sa disposition, ni celle enfin des auteurs portugais qu'il connaissait¹⁶¹. En effet, il s'était inspiré de

156 « Le plan tripartite [du Code civil] est celui des Institutes, remanié au XVIIe siècle par le juriste et philosophe allemand Leibniz et les jurisconsultes de l'Ecole du droit naturel » (J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, 3e éd., Paris, Flammarion, coll. « Champs Université », 2009, p. 307).

157 « La plupart des États qui, au cours du XIXe siècle, se dotèrent de Codes prirent exemples sur les codes napoléoniens, empruntèrent leur plan et nombre de leurs règles de fond, tout en les adaptant aux conditions et aux traditions locales » (J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 318). Cette influence « s'est [maintenue] jusqu'à la fin du XIXe siècle, où le modèle allemand est venu quelque peu l'éclipser » (J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 210).

158 V. JACOB DE FRADERA (V. M.), « La partie générale du Code civil », in *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, *op. cit.*, p. 203-221.

159 L'ordre de la Partie spéciale du code de 1916 était le suivant : Livre I – « Du droit de la famille » ; Livre II – « Du droit des Choses » ; Livre III – « Du droit des obligations » ; Livre IV – « Du droit des successions ».

160 Le Code de 1916 en comptait 1 807.

161 Le plan de la Consolidation fut établi en fonction de la distinction entre droits réels et absolus, et droits personnels et relatifs. Son architecture était ainsi conçue : une partie générale et une partie spéciale. Cette dernière comportait un Livre I, dans lequel étaient réglementés les droit personnels, soit dans les relations de famille (mariage, puissance paternelle, relations de parenté, tutelle et curatelle), soit dans les relations dites civiles (causes génératrices de droits, contrats et délits, causes d'extinction des droits). Un seconde livre était consacré aux droits réels

la pandectiste allemande¹⁶², fondatrice de l'idée d'une partie générale regroupant l'ensemble des institutions et des concepts applicables au droit privé¹⁶³. Si nous laissons de côté le projet de Code civil pour la Sache de 1852, duquel Teixeira de Freitas n'avait vraisemblablement pas eu connaissance, la Consolidation de lois civiles fut la première solution législative à avoir adopté le plan bipartite¹⁶⁴.

Nonobstant une « étroite parenté » unissant les deux Codes civils brésiliens au *Bürgerliches Gesetzbuch*, ce qui a suggéré leur classement dans le « système des cinq livres »¹⁶⁵, le professeur Claude Witz¹⁶⁶ a justement remarqué que « le plan du Code de 2002, tout comme celui de 1916, s'opposent sous un angle formel au plan du BGB, qui s'articule en cinq Livres, les Livres 2 à 5 formant par leur contenu une réglementation particulière par rapport au livre Ier (Partie générale) ». L'auteur en conclut finement qu'« en érigeant la réglementation du droit des obligations, du droit de l'entreprise, du droit des choses, du droit de la famille et du droit des successions en 'partie spéciale', la codification brésilienne rejoint paradoxalement l'ordonnancement en deux parties, cher à la tradition d'exposition de la doctrine française »¹⁶⁷.

Le plan bipartite se répandra ultérieurement sur quelques codes et lois brésiliennes de dimension importante, à l'instar du Code pénal et de l'actuel projet de Code de procédure civile de 2010, la codification commerciale de 1850 n'ayant toutefois pas suivi ce modèle.

comme la propriété, les servitudes, les successions, les hypothèques et l'usucapion. La partie générale précédant ces deux livres spéciaux contenait des dispositions concernant les personnes et d'autres concernant les choses. Il est à noter que si Teixeira de Freitas était un internationaliste, il n'a pas doté la *Consolidation de lois civiles* des règles de conflit, contrairement au législateur français de 1804. Cela est très compréhensible, car, d'une part, le Code français ne l'inspirait pas tellement et, d'autre part, conformément à la doctrine dominante à l'époque, les questions de DIPr relevaient des rapports entre nations et du droit de gens, et non du droit privé. À propos, v. R. DAVID, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 67-70.

162 SCHMIDT (J. P.), *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 331 sq ; VALLADÃO (H.), *Einfluss des deutschen Rechts auf das brasilianische Zivilgesetzbuch (1857-1922)*, Rio de Janeiro, s.n., 1973 ; LIMA MARQUES (C.), « Das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916 », in Jayme (E.) et Mansel (H.-P.) (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 73-97.

163 Ainsi les règles relatives aux personnes, aux choses, aux actes d'affaire, à la prescription et à la déchéance.

164 Ansi, SCHMIDT (J. P.), *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, op. cit., p. 337.

165 Cf. EICHLER (H.), « Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito », trad. R. Limongi França, *Revista de direito civil*, 1977, vol. 2, p. 43-58, p. 45.

166 WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », art. préc., p. 33.

167 *Idem*, *ibidem*.

b. Le Code de commerce de 1850

Le Code de commerce brésilien de 1850 comporte trois parties, à savoir : « Du commerce en général » (arts. 1^{er} à 456), « Du commerce maritime » (arts. 457 à 796), « Des faillites » (arts. 797 à 913). Il contenait en plus un « Titre unique » portant sur l'« administration de la justice dans les affaires et causes commerciales ». Ainsi, ce Code n'a pas adopté un plan binaire. Il a également évité une division trop détaillée et « hiérarchisée » des matières, ce qui a rendu difficile une meilleure appréhension et une rapide circonscription de leur réglementation.

À la différence de la codification civile, le Code de 1850 se présentait à l'image du Code français de 1807. Seule la réglementation de la juridiction commerciale¹⁶⁸ manquait pour que le code de commerce brésilien lui soit équivalent au plan formel. En revanche, il semble l'avoir particulièrement suivi dans la composition de sa première partie, également intitulée « Du commerce en général ». À l'image du premier livre du Code français de 1807, la première partie du Code de commerce brésilien régissait, dans ses 456 articles, les commerçants, les livres de commerce et la comptabilité, les auxiliaires du commerce, les banquiers, les obligations et les divers contrats commerciaux, la lettre de change et le billet à ordre, les sociétés commerciales, entre autres. Comme pour le code français, l'intitulé de la première partie suggérerait que le reste du Code serait consacré au commerce en particulier, ce qui n'a pas été le cas. La similitude de forme du premier livre des deux codes ne révélait cependant pas les différences existant dans leurs contenus respectifs. À cet égard, alors que la réglementation des obligations et des contrats commerciaux est pratiquement inexistante dans le Code français de 1807, elle tenait une place prépondérante dans le Code brésilien de 1850, faute d'une réglementation civile de la matière la précédant comme en France. Enfin, à l'époque de sa promulgation, le code brésilien présentait plus de dispositions normatives (913 articles) que le Code de commerce français (648 articles).

c. Le Code de protection du consommateur de 1990

Pluridisciplinaire, le Code de protection du consommateur présente une structure reflétant la politique que l'État brésilien établit

¹⁶⁸ Alors réglementée par le *Regulamento* n° 738, du 25 nov. 1850, et abrogée par le Décret-loi n° 1608, du 18 sept. 1939, instituant le précédant Code de procédure civile.

pour la protection du consommateur¹⁶⁹.

Le CDC contient 119 articles distribués dans cinq titres. Le Titre I, intitulé « Des droits des consommateurs », abrite les dispositions générales, celles destinées à la politique nationale des rapports de consommation, aux droits fondamentaux des consommateurs, à la qualité des produits et des services, à la prévention et à la réparation des dommages, aux pratiques commerciales, à la protection contractuelle ainsi qu'aux sanctions administratives. Le Titre II est dédié aux infractions pénales, alors que le Titre III apporte des règles et des mécanismes spécifiques à la protection individuelle et collective du consommateur dans le cadre de la procédure. Un quatrième titre s'occupe plus particulièrement du système national de protection du consommateur et un cinquième titre régit la convention collective de consommation, suivi de quelques dispositions transitoires.

La révision en cours de ce Code devra aboutir à des modifications à l'intérieur de Titres afin d'accueillir des nouveaux chapitres et des nouvelles sections contenant la réglementation de nouvelles matières mentionnées auparavant¹⁷⁰.

4. Le style des principaux codes

Ce qui caractérise le style législatif « c'est tout à la fois le degré de généralité des normes ou le recours à une réglementation tatillonne, la propension à l'abstraction ou aux situations concrètes, la précision ou la souplesse des normes, l'emploi de concept-cadres, ou encore l'élégance de la formulation »¹⁷¹. La fonction structurante du langage juridique et le discours porté par elle seront tributaires de la manière dont non seulement la langue est maniée mais aussi dont la discipline juridique est charpentée.

La tradition d'une partie générale extrêmement didactique est un trait caractéristique de la codification civile et de celles que ce modèle a influencées. Par là, on peut se rendre compte de l'importance du style pour le législateur brésilien. La longue durée de discussion et d'approbation du Projet de Code civil de 1916 l'illustre parfaitement : elle est due en grande partie à la vive controverse sur le langage et le style du Projet, engagée entre le Sénateur Ruy Barbosa et Clóvis Beviláqua, auteur du Projet de 1899. À ce débat formel du texte ont pris part des nombreux grammairiens et philosophes brésiliens, qui furent à l'origine d'une vaste littérature sur ce sujet. Outre leur importance pour

169 LANNI (S.), *Brasile*, art. préc., p. 147 sq.

170 Cf. *supra*, I.B.2.c.

171 WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », art. préc. p. 33.

la fixation au Brésil de la langue écrite¹⁷², ces ouvrages, ainsi que les débats au sein du Congrès, ont contribué à ce que le Code de 1916 ait un style amélioré et un langage plus simple et plus vigoureux¹⁷³.

La codification de 2002 n'a également pas échappé au souci de présentation des nouvelles règles. Mais elle a été marquée cette fois-ci moins par les préciosités grammaticales que par la nécessité d'établir un ensemble cohérent et accessible. Ainsi, en raison du décalage entre le Code de 1916 et la société brésilienne actuelle, la commission mise sur pied pour élaborer le projet de nouveau Code civil avait la mission de présenter un texte plus opérationnel. Cette exigence visait à : éliminer les doutes liés à certaines incertitudes et controverses¹⁷⁴; supprimer des synonymes pouvant être source de confusion ; et établir des clauses générales, afin d'adapter le mieux possible le droit aux circonstances¹⁷⁵. Une modernisation terminologique était par ailleurs jugée nécessaire par la doctrine. Cette dernière a relevé que dès 1950 il y avait un droit civil propre au Code civil de 1916 et un droit civil résultant des lois postérieures et de la jurisprudence qui allaient « au-delà du Code »¹⁷⁶. Tout en la modernisant, le nouveau Code n'aura cependant pas rompu avec la technique de rédaction de la législation antérieure¹⁷⁷.

172 F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evoluções do direito civil brasileiro*, op. cit., p. 84-85.

173 DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », art. préc., p. 85-86.

174 C'est notamment le cas des nullités. Avant l'entrée en vigueur du Code de 1916, les nullités étaient traitées par le *Regulamento* n° 737 du 25 novembre 1850 (Règlement instituant les actes de commerce et la justice consulaire) qui adoptait la division consacrée par la doctrine française entre « nullités absolues » et « nullités relatives ». Le Code de 1916 n'a cependant pas suivi cette division, en instituant les notions d'« actes nuls » et d'« actes annulables » (arts. 145 à 158). Le nouveau Code civil de 2002 a retenu cette classification, tout en y apportant des précisions techniques par rapport aux dispositions du Code abrogé. Désormais la matière est traitée dans les articles 166 à 184, du chapitre V, intitulé « *Da invalidade do negócio jurídico* » (« De l'invalidité de l'acte juridique »), qui appartient au Titre I, (« *Do negócio jurídico* »), du Livre III (« *Dos fatos jurídicos* ») de la Partie générale du nouveau Code. Du fait de cette classification « dualiste » on relève également deux régimes juridiques en la matière : soit on est en face des hypothèses d'« actes juridiques nuls » (arts. 166 à 170), soit des hypothèses d'« actes juridiques annulables » (arts. 171 à 184). La déclaration de la nullité de l'acte, qu'il s'agisse d'un acte nul ou d'un acte annulable, requiert toujours l'intervention du juge. Un autre exemple marquant est la réglementation distincte de la prescription (arts. 189 à 206) et de la déchéance (arts. 207 à 211), alors inexistante sous l'empire du Code de 1916.

175 A l'instar de l'art. 113, selon lequel les actes juridiques doivent être interprétés selon la bonne foi et les usages du lieu de leur réalisation ; de l'art. 422, selon lequel les contractants sont tenus d'agir en bonne foi tant dans la conclusion que lors de l'exécution du contrat ; ou de l'art. 187, sur l'abus de droit, selon lequel « le titulaire d'un droit qui, en l'exerçant excède manifestement les limites imposées par sa fin économique ou sociale, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs, commet ainsi un acte illicite ».

176 WALD (A.), « *Le droit brésilien et le Code civil de 2002* », art. préc., p. 23.

177 *Ibid.*, p. 22. Gustavo Tepedino et Anderson Schreiber proposent pourtant une autre lecture

Il est à noter avec M. Claude Witz¹⁷⁸ que « les normes s'articulent en phrases courtes, dont le sens est généralement compréhensible dès la première lecture », mais la légèreté de la réglementation confine parfois à l'imprécision, à l'instar de la nullité de clauses au sein des contrats d'adhésion (art. 424), remarque l'auteur, et sur laquelle nous avons eu déjà l'occasion de mener une analyse plus spécifique¹⁷⁹.

Toujours selon M. Witz¹⁸⁰, le nouveau Code civil brésilien rejoint le Code civil français dans la mesure où tous deux s'en tiennent aux lignes directrices de la codification. En effet, Portalis estimait que « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »¹⁸¹. De la même manière au Brésil, Miguel Reale énonça l'opérationnalité¹⁸² comme un principe guidant la formulation de nombreuses règles ; le réel contenu de ces dernières devant être dégagé, *a posteriori*, de manière concrète par la pratique, notamment jurisprudentielle, plutôt que, *a priori*, par un traitement législatif exhaustif ou trop détaillé de la matière.

Quant à la codification commerciale, il est à noter que, par manque de choix, le législateur brésilien a suivi la manière dont sont présentés encore de nos jours les articles dans les codes français, tant dans la façon de les rédiger que dans celle de les numéroter. En ce sens, les articles du Code de 1850 ne comportaient aucun intitulé ni mention

de la technique législative du Code de 2002 : « l'innovation la plus valorisée du Code Civil de 2002 se trouve dans le changement de la technique législative employée dans le traitement des relations privées. Inspiré des exemples fournis par les statuts plus récents, "le législateur emploie les clauses générales, abdiquant la technique réglementaire qui, sous l'égide de la codification, définit les types juridiques et les effets qui en découlent. Il revient à l'interprète de faire ressortir des clauses générales les incidentes fonctions qui se reflètent sur d'innombrables situations futures, dont quelques-unes n'ont même pas été prises en compte par le législateur, mais qui sont cependant soumises au traitement législatif prétendu, du fait qu'elles s'insèrent dans certaines situations-standards: la typification formelle donne lieu à des clauses générales, globales et ouvertes" ». (G. TEPEDINO et A. SCHEREIBER, « *Culture et droit civil : rapport brésilien* », in Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVIII – *Droit et culture* : journées louisianaises (19-23 mai 2008), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 87-98.

178 WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », art. préc., p. 33-34.

179 Cf. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « *Garantias e exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda* », art. préc., p. 132-139.

180 Ainsi, WITZ (Cl.), « *Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien* », art. préc., p. 34.

181 Portalis (J.-M.-E.), « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* », in Portalis (J.-M.-E.), *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, PUC, 2010, p. 66 (p. 8 du *Discours*).

182 V. *infra*, II.A.2.

marginale indiquant leur contenu¹⁸³. Ils étaient parfois très longs et leurs alinéas comportaient plusieurs phrases sans numérotations. Ils possédaient parfois un langage imprécis et polysémique, à l'exemple de l'art. 121 qui établissait que les règles civiles applicables aux contrats en général s'appliquaient également aux contrats commerciaux. Dans cette disposition, comme l'avait observé J. X. Carvalho de Mendonça¹⁸⁴, le mot « contrats » devait être compris comme « obligations », car à l'occasion le législateur brésilien avait repris l'expression employée par l'art. 1101 du Code civil français tout en voulant se référer à l'« obligation », dont le contrat n'est qu'une des sources. À ces critiques, W. Ferreira a néanmoins répondu que :

« Celui qui se propose de justifier l'ancienneté du code commercial brésilien n'a pas à chercher en lui l'autorité classique de la langue, qui évidemment lui manque. Manifeste est son langage. Limpide sa phrase. Clairs leurs dispositifs, écrits par des opérateurs et par des juristes qui se sont efforcés pour que la grande loi du commerce fût à la portée de tous ceux qui se consacraient à l'activité professionnelle, médiateur entre l'offre et la demande de marchandises, aussi bien dans les marchés internes comme dans les marchés internationaux »¹⁸⁵.

Le Code de protection des consommateurs, à son tour, contient, à côté des dispositions impératives, quelques dispositions « narratives », à l'instar de l'art. 4, dont l'importance systémique a été mise en valeur par le professeur Cláudia Lima Marques¹⁸⁶. Aux termes de cet article, la *politique nationale de rapports de consommation* a pour objectif de satisfaire les nécessités des consommateurs, d'assurer le respect à leur dignité, à leur santé et sécurité, de promouvoir la protection de leurs intérêts économiques, de contribuer à l'amélioration de leur qualité de vie, ainsi que d'assurer la transparence et l'harmonie des rapports de consommation selon un certain nombre des principes comme celui de la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur au sein du marché, de l'obligation pour l'Etat de protéger le consommateur, de l'harmonisation des intérêts en jeu (protection du consommateur et développement économique et technologique) sur la base de la bonne

183 DAVID (R.), « *Le droit brésilien jusqu'en 1950* », art. préc., p. 99-100.

184 DAVID (R.), « *Le droit brésilien jusqu'en 1950* », art. préc., p. 99-100.

185 FERREIRA (W.), « *O código comercial no século* », art. préc., p. 9. [Nous avons traduit].

186 VASCONCELLOS BENJAMIN (A. H.) ; LIMA MARQUES (C.) ; ROSCOE BESSA (L.), *Manual de Direito do Consumidor, op. cit.* (chapitre II).

foi et de l'équilibre contractuel, de l'éducation et de l'information des professionnels et des consommateurs quant à leurs droits respectifs, et celui de la répression à l'abus au sein du marché, dont la concurrence déloyale.

Il convient encore de souligner l'accessibilité des codes brésiliens aux juristes d'autres systèmes de droit privé qui s'expriment dans des langues néo-romaines. En effet, une grande partie du vocabulaire juridique brésilien, notamment en droit privé, tend à une correspondance terminologique et conceptuelle considérable avec ceux de ces systèmes du fait de leur racine commune, le droit romain, et des influences réciproques. Une telle convergence révèle néanmoins l'existence de « faux amis » ainsi que de nuances non négligeables entre les institutions juridiques de ces différents systèmes. Deux exemples suffiront à les illustrer. Le premier, plus simple, tient à la confusion qui peut exister avec la terminologie juridique française. Ainsi, la *decadência* du droit brésilien qui ne doit pas être traduit par « décadence », mais par « déchéance »¹⁸⁷. Le second exemple tient à la terminologie espagnole. Nonobstant la proximité des langues espagnole et portugaise et de leurs terminologies juridiques respectives, il existe une différence de sens des termes « filiale » et « succursale » en droit brésilien et dans les droits argentin, uruguayen, paraguayen et vénézuélien. En effet, les droits des sociétés des pays membres du Mercosur attribuent au mot « filial » des significations différentes. Les pays hispanophones emploient le terme « filial » pour désigner toute personne morale dont le capital est contrôlé par une société mère. L'acception argentine, paraguayenne, uruguayenne et vénézuélienne se rapproche ainsi de l'acception française du terme « filiale ». Pour le droit brésilien, une telle personne morale est désignée par le terme « subsidiária », suivant en cela la terminologie anglo-saxonne : « subsidiary ». Par le terme « filial », le droit brésilien désigne plutôt les entités qui, dotée d'un capital propre, opèrent de manière régulière et habituelle au Brésil, sans pour autant être considérées comme des personnes morales autonomes de la société mère, dont le siège se trouve souvent à l'étranger. Les pays hispanophones retiendront, à leur tour, justement les termes succursales ou agence pour désigner telles entités dépourvues de personnalité morale¹⁸⁸.

187 L'une des acceptions juridiques du terme déchéance en français e qui correspond à celle incarnée par le terme *decadência* en droit brésilien est justement celle de la « perte du droit d'agir (ou du bénéfice d'un acte) qui frappe celui qui ne fait pas les diligences nécessaires dans le délai requis (on parle aussi de forclusion), n'observe pas les formes exigées, ou celui auquel est imputable une négligence caractérisée. (...) » (G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, 6e éd., coll. « Quadriga », Paris, Puf, 2004, v° « Déchéance », acception 2).

188 Cf. DE AGUINIS (A. M.), « Regimes societários no Mercosul », in Baptista (L. O.) (Coord.), Mercosul: a estratégia legal dos negócios, São Paulo, Maltese, 1994, 140p., p. 27-71,

Nonobstant les spécificités terminologiques des systèmes de droit privé qui s'expriment dans des langues néo-romaines¹⁸⁹, le comparatiste originaire de ces cultures juridiques les cernera avec plus d'aisance que s'il n'était en face des institutions sans correspondant dans son système d'origine, à l'instar de notions comme la *fundamental breach of contrat*, l'*estoppel* ou le *trust* de *Common law*, ou la *Generalklausel* et le *Rechtsgeschäft* allemands, ces deux dernières étant étrangères à certains droits romanistes, comme le droit français, mais pas au droit brésilien.

C. Intégration des systèmes de droit privé : l'articulation entre les codes

Dans un système de droit privé compartimenté au plan des sources, le juriste est confronté à un problème de cohérence dans le traitement des matières par les différents codes. Le renouveau de l'autonomie du droit commercial et le plaidoyer pour un nouveau code de commerce pour le Brésil sont très illustratifs à cet égard¹⁹⁰. On peut ainsi lire dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de Code de commerce préparé par le professeur F. Ulhoa Coelho : « ignorant les spécificités du droit commercial, et de leurs propres principes, l'unification législative [de 2002] a fini non seulement par mettre en lambeaux les valeurs de la discipline, mais a également privé l'ordre juridique national d'une réglementation appropriée au stade actuel de l'évolution de notre économie, fortement intégrée dans le processus de mondialisation. La législation unification était une erreur. Il faut la corriger dès que possible ». D'où la nécessité, conclut l'auteur, d'adopter un nouveau code de commerce qui soustrairait au Code civil les disciplines dont celui-ci s'est approprié.

Sans entrer dans le débat sur la pertinence d'une nouvelle codification commerciale, ce qu'il convient de souligner est que dans l'état actuel du droit positif, les difficultés majeures surgissent au *stade d'application des différents codes*, notamment en matière d'obligations. En cause, la définition du champ d'application des dispositions codifiées.

p. 30. D'autres exemples en droit privé sont encore donnés par FRADERA (V. M. J.) « Langue et droit au Mercosur - Brésil », in *Langue et droit*, XV Congrès international du droit comparé, Bristol, 1998 : collection des rapports, Erik Jayme (éd.), Bruxells, Briuylant, 2000, p. 123-140. p. 132-133. En comparant les droits argentin et brésilien, ce dernier auteur défend l'existence de définitions différentes tenant aux notions d' « acte juridique » (l'*Acto Jurídico* argentin et l'*Ato Jurídico* brésilien), de contrat et de bonne-foi.

189 Un riche glossaire juridique français-portugais/portugais-français peut être consulté dans ouvrage collectif : MORAIS DA COSTA (T.) (dir.), *Introdução ao direito francês*, op. cit., p. 623-642 (vol. I) et p. 627-647 (vol. II).

190 Cf. ULHOA COELHO (F.), *O futuro do direito comercial*, art. préc., p. 8 sq.

Au Brésil, une articulation entre les principaux codes est nécessaire, car l'avènement du nouveau Code civil n'a pas dérogé aux dispositions spéciales du Code de protection des consommateurs. Or ces dispositions peuvent concurrencer celles du nouveau Code civil, tant *ratione materiae* que *ratione personae*¹⁹¹. Dans la perspective d'un « dialogue » entre le Code civil et le CDC, le professeur Cláudia Lima Marques a suggéré trois articulations, notamment en matière d'obligations et de contrats¹⁹². La première articulation possible est l'*articulation systématique de cohérence*, par laquelle le Code civil peut servir de base conceptuelle pour les lois spéciales, apportant, si nécessaire, des définitions légales. Ensuite, une *articulation de complémentarité*¹⁹³ et de *subsidiarité* pourrait avoir lieu, les règles spéciales s'appliquant en premier. Enfin, en raison des influences réciproques, une *articulation de coordination* ou d'*adaptation systématique* est proposée¹⁹⁴. Notons, toutefois, que ces influences provoqueraient deux types de résultat: en partant des lois spéciales vers le Code Civil, les influences seraient peu concrètes, en raison du nombre réduit d'interprétation et de concrétisation dont les dispositions spéciales ont fait l'objet. À l'inverse, surgit une indéfinition, car les délimitations résultant de l'application des dispositions du Code civil pourraient contribuer à une réduction

191 Un bon exemple du besoin d'articulation est l'application de la règle autorisant la mise à l'écart du voile de la personnalité juridique des personnes morales, prévue dans les deux codes sous des conditions fort différentes. A propos, v. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Lever le voile social. Regards croisés en droit des sociétés français et brésilien », art. préc., p. 339-382 ; « A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Entre subsunção e concreção, uma teoria em prol da pessoa jurídica », art. préc., p. 91-128.

192 LIMA MARQUES (C.), « Três diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinômias pelo 'diálogo das fontes' », in: Pfeiffer (R. A. C.) et Pasqualotto (A.) (org.), *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, São Paulo, RT, 2005, p. 11-82. V. aussi, LIMA MARQUES (C.), *Diálogo das fontes – Do conflito à coordenação de Normas do Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, 2012.

193 Les rapport entre égaux sont ainsi exclus du champ d'application du CDC et de la *Consolidation des lois du travail*. L'énoncé n° 9 de la première Journée de droit commercial propose que « lorsque l'on l'applique aux rapports juridique entrepreneuriaux, l'art. 50 du Code civil ne peut pas être interprété par analogie à l'art. 28, 5° CDC ou à l'art. 2 § 2° CLT » Sur la signification et la portée des « énoncés » adoptés dans le cadre des Journées de droit commercial et des Journées de droit civil, auxquels nous feront un certain nombre de références au long de ce travail, v. *infra*, III.A.2.

194 Une telle influence a fait l'objet de l'énoncé 167, adopté dans de le cadre de la IIIe Journée de droit civil. Cet énoncé, concernant les articles 421 à 424 du Code civil brésilien de 2002, est ainsi libellé : « avec l'avènement du Code civil, il y a eu une forte approximation, au plan des principes, entre ce Code et le Code de protection des consommateurs en ce qui concerne la régulation contractuelle étant donné que les deux texte incorporent une nouvelle théorie générale des contrats ». Les articles 421 à 424 du Code civil ont comme objet des principes importants du droit des obligations contractuelles – celui de la bonne foi ; de la fonction sociale du contrat et de l'interprétation *pro-adhérent*, lorsqu'il s'agit des contrats d'adhésion.

considérable du champ d'application du CDC, à l'instar de l'application aux relations de consommation de l'art. 50 CC/02, qui autorise le juge à percer le voile de la personnalité juridique afin d'engager la responsabilité des dirigeants et des associés, ou de l'art. 424 CC/02 sur la nullité des clauses de contrats d'adhésion, beaucoup plus restrictives quant aux conditions d'application que celles prévues par le CDC.

Des telles difficultés renforcent la nécessité d'articulation entre les codes et révèlent la valeur des différents dialogues proposés par le professeur Cláudia Lima Marques qui, associés aux autres techniques d'herméneutique, devront conduire à une solution appropriée de composition entre les différents textes régissant une même institution. Une solution appropriée serait l'utilisation d'un dialogue d'application simultanée dans le cadre d'une *articulation de coordination ou d'adaptation systématique* pour distinguer les champs respectifs d'application des dispositions civiles et spéciales¹⁹⁵. Dans ce cas, comme le suggère l'auteur, les différentes dispositions composant le régime juridique d'une institution, comme celles sur les clauses abusives, seraient utilisées comme argument pour révéler que, en l'espèce, il s'agit d'un cas différent, pour être alors ensuite écartées au bénéfice d'une seule règle¹⁹⁶. À notre avis, si cette articulation a pour effet de réserver pour une même institution un régime juridique pluriel, elle contribue néanmoins à une harmonie fonctionnelle du système en surmontant les divergences et le manque de cohérence pouvant résulter de la pluralité des sources¹⁹⁷.

Quoi qu'il en soit, nonobstant le caractère codifié du droit privé brésilien, toute une autre réalité normative subsiste. Comme bien d'autres ordres juridiques, le droit privé brésilien est marqué par une multitude de sources internes et externes. Plus que jamais, l'éclatement de sources « non-codifiées » ou « pseudo-codifiées » est dans l'air du temps, ce qui induit qu'un exercice constant de coordination entre les différents textes en vigueur s'impose quotidiennement aux juristes, magistrats et avocats.

La structure du droit privé brésilien étant ainsi esquissée,

195 *Ibid*, p. 47-48

196 En ce sens, STF, Assemblée plénière, SEC 5.847-1, affaire jugée le 01.12.1999, *Revista do direito do Consumidor*, vol. 34 (2000), p. 253-263.

197 V., par exemple, l'énoncé 190, adopté dans le cadre de la IIIe Journée de droit civil, ainsi libellé : « La règle de l'art. 931 du nouveau Code civil ne fait pas obstacle aux règles relatives à la responsabilité par le fait du produit prévue à l'art. 12 du Code de protection des consommateurs, qui demeure plus favorable au consommateur lésé » ; ou encore l'énoncé 369 (IVe Journée), qui propose que lorsque l'hypothèse de l'art. 732 du Code civil est configurée, il convient d'appliquer au contrat de transport conclu par un consommateur les dispositions du Code de protection du consommateur qui lui sont plus favorables afin d'assurer une meilleure protection de ce dernier et, par là, une « vision constitutionnelle » d'unité du système.

tournons-nous à présent vers principes cardinaux de ce droit.

II. PRINCIPES CARDINAUX DU DROIT PRIVE BRESILIEN

Il s'agit ici de s'intéresser aux principes cardinaux dans leur fonction structurante du droit privé brésilien (A) et, ensuite, de rappeler les lignes directrices du droit des contrats (B). Il convient également de mettre en évidence certains phénomènes actuels, non moins fondés sur certains principes, engendrant une modulation du droit privé brésilien (C).

A. Principes à portée structurante du droit privé

Lorsque le comparatiste prétend dépasser la structure formelle d'un droit privé pour mieux connaître ses institutions, il doit identifier au préalable les principes structurant de l'ordre juridique en question (1). Ces principes peuvent connaître des apports, dont les contours résultent d'une politique législative ou d'une codification orientée. À cet égard, le nouveau Code civil brésilien est un exemple illustratif (2).

1. La portée des principes structurants

Que doit-on entendre par principes structurants ? La réponse n'est pas évidente et tend toujours vers la notion de principes généraux du droit. Doivent-ils cependant être confondus ou assimilés ? Même si certains principes peuvent aisément cumuler les deux positions, les principes structurants ne doivent pas être confondus avec les principes généraux du droit. Nous estimons qu'un principe structurant peut jouer les rôles, d'ailleurs toujours controversé et à définir dans certains systèmes juridiques¹⁹⁸, d'un principe général du droit (*rôle fondamental* : comblement de lacunes d'un droit incomplet¹⁹⁹ ; adéquation, voire éviction des textes législatifs et/ou réglementaires ; prorogation du droit en vigueur ; *rôle instrumental* : celui de transfert des solutions d'un système de droit positif - ou d'une branche du droit - vers un autre, qui en est demandeur)²⁰⁰, tandis que l'inverse nous semble moins certain.

198 Tant la nature et la fonction que la classification (Ripert, Josserand, Gény et Carbonnier et Ghestin) des principes généraux du droit privé font débat en doctrine, certains niant même leur existence (ainsi, René RODIERE, « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC* 1990, n° spécial – vol. 2, p. 309-317).

199 En droit brésilien, c'est le rôle majeur qui leur est attribué par l'art. 4 de la Loi d'introduction aux normes du droit brésilien de 1942.

200 Selon les deux fonctions exposées par Morvan (P.), *Les principes de droit privé*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 1999 ; et *Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation, présenté dans Cycle Droit et technique de*

Les principes ayant une portée structurante sont ceux qui soutiennent l'édifice juridique et autour duquel une série d'institutions et de régimes juridiques se justifient et se développent, à l'instar du primat de la propriété dans l'ensemble des droits privés occidentaux. A titre d'exemple en droit comparé, la portée structurante reconnue au primat de la propriété au sein du Code civil français de 1804 a été ainsi mise en relief par Portalis : « [...] *le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu est aussi précieux que la vie elle-même, puisqu'il lui assure les moyens de le conserver* »²⁰¹. C'est ainsi que le primat de la propriété, à côté de la famille, du contrat et de la responsabilité, est un principe structurant du droit privé français, autour duquel s'articule l'ensemble du droit civil²⁰². Cet exemple illustre notre raisonnement pour ce qui concerne également le droit privé brésilien.

La méthode de distinction peut alors être ainsi formulée : si l'on écarte du système juridique un principe structurant, cela provoque des changements fondamentaux au sein de ce système. De la même manière, si des nouveaux contours sont apportés à un principe structurant, cela se reflétera à l'intérieur du système : ainsi, depuis 1988, l'exercice du droit de propriété en droit brésilien est soumis à l'exigence de la fonction sociale de la propriété. Cette méthode de distinction part d'une non-considération fictive d'un principe comme facteur engendrant sinon la disparition, du moins des mutations considérables d'une série d'institutions et de leurs régimes juridiques. La disparition ou la mutation d'un principe général du droit ne produirait pas forcément ce genre d'effet, ou tout au moins pas avec une telle ampleur.

D'autre part, la classification d'un principe structurant dépend (et peut varier en fonction) de son importance au sein du système juridique. Prenons l'exemple du *principe du consensualisme* en droit des contrats : il ne saurait être un principe structurant du droit privé pris dans son ensemble, car sa disparition ou sa mutation conceptuelle ne provoquerait pas la suppression du régime de formation du contrat, le droit privé demeurant structurellement inchangé par rapport à ce qu'il était auparavant. En revanche, on pourrait considérer le consensualisme

cassation 2005-2006, le 4 avril 2006, disponible à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf

201 Extrait du discours de Portalis, orateur du Gouvernement, lors de la présentation du Titre II (De la propriété) du Livre II du projet de Code civil dans la séance du corps législatif, du 26 Nivôse an 12, in *Code civil français- Discours et exposés des motifs* – Tome III, Bruxelles, G. Huygue, an 12, 1804, p. 42.

202 Cf. HALPERIN (J.-L.), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, op. cit., p. 20-25. Pour une belle étude avec une dimension comparatiste : LEMOALLE (É.), « Le droit civil », in *Introduction au droit brésilien*, op. cit., p. 271-293.

comme un principe structurant du système de droit privé dans l'une de ses composantes : les contrats. Sa disparition, ou plutôt sa substitution par le principe du formalisme, engendrerait des conséquences non négligeables à l'intérieur du microsystème des obligations et des contrats, à l'instar du régime de nullités.

En revanche, on voit mal le principe du consensualisme comme un principe général du droit, d'où l'incongruité des assimilations. On pourrait même faire de la spéculation, en attribuant à un principe une fonction structurante du droit privé pris dans son ensemble en raison du degré structurant du domaine juridique à l'intérieur duquel il joue déjà un rôle structurant... Mais limitons-nous là pour l'instant.

Il y aurait donc des principes structurants relatifs au droit privé pris dans son ensemble, ainsi que ceux restreints à certains domaines. Les principes de laïcité, d'égalité, de liberté individuelle, de responsabilité, ainsi que le primat de la propriété et des principes de la libre circulation de biens et de services et de liberté économique ont une portée structurante en droit privé brésilien pris dans son ensemble, car ils constituent l'axe autour duquel ce dernier s'est construit et s'articule, notamment depuis la proclamation de la République en 1889 et son autonomie du droit portugais en 1917²⁰³.

Néanmoins, la valeur absolue et le contenu de ces principes ont été peu à peu relativisés ou redéfinis au sein de l'ordre juridique brésilien. L'œuvre de la jurisprudence et du législateur au fil du temps, maintes fois sous l'impulsion de la doctrine, des réformes constitutionnelles et de l'adhésion du Brésil à des textes internationaux relatifs à protection des droits de l'Homme et de l'environnement, a bien fait du droit privé un terrain mouvant, où l'individualisme, le libéralisme, l'égalité formelle et le formalisme ont dû céder la place au respect de la dignité des personnes - et à l'individu, ou au groupe d'individus, dans sa dimension privée et sociale -, à l'équilibre effectif dans les rapports juridiques, à la (non) égalité matérielle des parties à un contrat, à l'égalité affirmée entre femmes et hommes au sein d'un couple - non nécessairement sacré par le mariage-, à l'égalité des enfants - adultérins, naturels et légitimes, notamment au plan successoral -, ainsi qu'à des considérations liées à l'environnement ou au comportement des parties dans leur rapport contractuel, à l'instar de la bonne foi objective ou de la confiance légitime créée chez le partenaire.

Des spécificités relatives à l'efficacité de ces principes peuvent également exister au sein de chaque ordre juridique. Pour illustrer cette affirmative, nous reprendrons la comparaison réalisée à une autre occasion entre deux principes à portée structurante communs au droit brésilien et au droit français²⁰⁴.

203 Le Code civil de 1916 est entre en vigueur le 1er janvier 1917.

204 V. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Les données fondamentales pour la

Le premier exemple concerne le principe de la laïcité²⁰⁵ appliqué aux conditions de validité du mariage civil. Le mariage civil - devant un officier d'état civil - est la règle en droit français et en droit brésilien (art. 165 Civ. et art. 1512 CC/02). Il peut être ou non suivi d'une cérémonie religieuse. Le mariage religieux est donc un fait privé qui, en principe, n'intéresse pas l'État. En sus, ce dernier admet la dissolubilité de l'union civile par le divorce lorsque certaines religions la refusent aux unions qu'elles sacrent. Toutefois, le droit brésilien admet que le mariage religieux produise les mêmes effets que le mariage civil, dans l'hypothèse où il respecte les mêmes exigences en matière de validité, et pourvu qu'il soit enregistré, à partir de la date de sa célébration (art. 1515 CC/02 ; art. 226, § 2 CF/88). La jurisprudence française considère, en revanche, que le mariage purement religieux célébré en France ne produit aucun effet dans ce pays²⁰⁶, la cérémonie religieuse ne pouvant en aucun cas se substituer valablement à la cérémonie civile²⁰⁷. Par ailleurs, le mariage religieux doit être obligatoirement précédé par le mariage civil, sous peine d'amende ou d'emprisonnement proféré à l'encontre du ministre du culte qui contreviendrait à la règle, conformément à l'art. 433-21 du Code pénal français²⁰⁸.

Le second exemple concerne le *primat de la propriété*. En France, le droit de propriété est inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 comme un droit naturel et imprescriptible (art. 2) et le Code civil le reconnaît comme un droit absolu, dont les seules limitations admises doivent résulter de la loi

comparaison en droit privé », art. préc. p. 115-117.

205 Pour le Brésil, c'est le Décret n° 119-A adopté le 07 janvier 1890 à l'initiative de *Ruy Barbosa*, alors que pour la France c'est la loi adoptée le 9 décembre 1905 à l'initiative de *Aristide Briand* qui marquent définitivement la séparation des Églises et de l'État et constituent les textes fondateurs de chacune des deux Républiques laïques.

206 CA Paris, 8 déc. 1992, D. 1994, p. 272. Cette conception est héritée de la sécularisation du mariage opérée en 1792 et confirmée avec le Concordat de 1801 : « la Révolution avait lutté contre l'emprise de l'Église catholique sur la société. Le régime concordataire admettait une influence, dès lors que les pouvoirs publics la contrôlaient ou même la façonnaient. Le Code civil consacre l'existence des registres de l'état civil et d'un mariage civil. L'officier d'état civil reçoit des parties "la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage" (art. 75). Libre à chacun de procéder ensuite aux cérémonies religieuses de son choix, mais il est interdit de faire célébrer mariage religieux non précédé d'un mariage civil. Le ministre du culte qui y procéderait est passible de sanctions pénales » (B. BASDEVANT-GAUDEMET, J. GAUDEMET, *Introduction historique au droit*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 397).

207 Cass. 1re civ., 09 oct. 1991, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 61.

208 Il est à noter toutefois que selon l'art. 171-1 du Code civil, le mariage célébré à l'étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable en France s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration, ce qui comprend, notamment, le mariage purement religieux.

(art. 544). C'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des garanties constitutionnelles, comme la possibilité, pour toute personne, de disposer d'un logement décent, ou le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Cependant, la démarche entreprise par le législateur ne doit en aucun cas avoir un caractère de gravité tel que le sens et la portée du « *droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* » en soient dénaturés.

Au Brésil, la Constitution de 1988 inscrit également le droit de propriété comme un droit fondamental (art. 5, *caput*) en ce sens qu'il est inviolable. Dans le même temps, la Constitution impose que la propriété réalise sa « fonction sociale » (arts. 5, XXIII et 170, III). Ainsi, la fonction sociale justifie l'augmentation progressive des taxes foncières sur les propriétés urbaines en fonction de leur valeur ou une différenciation du montant de la taxe en fonction de la localisation ou de l'usage auquel l'immeuble est destiné (art. 156, § 1° CF/88), tout comme la détermination que la propriété urbaine soit en conformité avec les exigences fondamentales de la politique d'aménagement urbain (art. 182, § 2 CF/88) ou la désappropriation de l'immeuble rural afin de procéder à la réforme agraire (art. 184, § 2 CF/88), ou encore l'exigence, selon les critères et conditions établis par la loi, d'utilisation rationnelle et adéquate de la propriété rurale, en respectant les ressources naturelles disponibles, l'environnement, les dispositions qui réglementent les relations du travail de sorte à favoriser le bien-être des propriétaires et des travailleurs (art. 186 CF/88). C'est également la fonction sociale qui a justifié la règle de l'art. 191 de la Constitution sur l'usucapion rural spécial. En créant une règle spéciale par rapport à la règle générale posée à l'ancien article 550 du Code de 1916²⁰⁹, l'art. 191 CF/88 admet l'acquisition de la propriété d'un immeuble rural d'une surface de terrain non supérieure à 50 hectares par celui qui, sans être propriétaire d'un immeuble rural ou urbain, exerce sans opposition la possession dudit immeuble pendant *cinq ans ininterrompus*, en le mettant en valeur par son travail ou celui de sa famille et en y conservant son habitation.

Le Code civil de 2002 exige, à son tour, que la propriété soit « *exercée en conformité avec ses finalités économiques et sociales* » (art. 1228, § 1°), raison pour laquelle le législateur de 2002, à l'image du législateur constituant de 1988, a prévu des règles et des délais spécifiques pour l'usucapion d'immeuble urbain d'une certaine surface. Conformément à l'art. 1240, *caput*, celui qui possède, comme sienne, une surface urbaine non supérieure à 250 m² depuis cinq ans ininterrompus et sans opposition, l'utilisant comme sa demeure ou celle de sa famille,

209 Règle qui stipulait, sans aucune distinction de la nature ou de la dimension de l'immeuble, comme étant de 20 ans de possession ininterrompus le délai pour l'acquisition de la propriété immobilière par l'usucapion.

en acquerra la propriété, dès lors qu'il n'est pas propriétaire d'un autre immeuble urbain ou rural.

Dans tous les cas, à toute propriété s'impose un exercice

« en conformité avec ses finalités économiques et sociales et de façon à ce que soient préservés la flore, la faune, les beautés naturelles, l'équilibre écologique et le patrimoine historique et artistique, et que soit évitée la pollution de l'air et des eaux, conformément à ce qui est établi par des lois spéciales » (art. 1228, § 1^o, in fine, CC/02).

À la différence du droit français, le caractère absolu de l'exercice de la propriété n'a pas été expressément consacré par la loi au Brésil. L'exercice de la propriété y est soumis aux exigences imposées par le *principe de sociabilité* qui axe désormais le droit privé brésilien. La rédaction de l'art. 1228, § 1, *in fine*, du Code civil de 2002, laisse cependant supposer que les limitations du droit de propriété visant à mettre en œuvre la fonction sociale de la propriété, y compris l'entreprise, ne peuvent résulter, cette fois-ci à l'image du droit français, que de la loi (*« conformément à ce qui est établi par des lois spéciales »*). Mais rien n'est moins certain. L'art. 1228, § 1 constitue bien une clause générale, moyen d'expression par excellence des nouvelles valeurs innervant le droit privé brésilien, lesquelles devront être matérialisées par les juristes et par les juges²¹⁰ lors de l'application desdites clauses²¹¹, comme nous le verrons par la suite.

2. Les principes structurants et les paradigmes de la codification : l'exemple de la nouvelle codification civile brésilienne de 2002

Bien que le nouveau Code civil soit l'aboutissement d'un projet précédant l'ouverture politique du pays en 1985 et la Constitution de 1988, il s'est doté des principes fondamentaux pouvant contribuer à la réalisation des objectifs constitutionnels, notamment la construction d'une société libre, juste et solidaire (art. 3, I CF/88). Ces principes

210 V. MENKE (F.), « A interpretação das cláusulas gerais : a subsunção e a concreção dos conceitos », *Revista de Direito do consumidor*, n° 50 (2004), p. 9-35.

211 L'énoncé 507 adopté lors des Ve Journées de droit civil propose à cet égard qu'« en mettant en œuvre le principe de la fonction sociale de la propriété immobilier rurale, la clause générale de l'art. 1228 § 1 du Code civil doit être respecté conformément à la disposition de l'art. 5, inc. XXIII de la Constitution de 1988, afin de permettre de mieux objectiver la fonctionnalisation par des critères d'évaluation centrés sur la primauté du travail ».

fondamentaux sont ceux que Miguel Reale²¹² appelle l'*eticidade* (les valeurs éthiques), la *sociabilidade* (sociabilité) et l'*operacionalidade* (opérationnalité), dont découleraient tous les autres²¹³.

L'*eticidade* est le principe qui a permis au législateur de 2002 de dépasser l'attachement de l'ancien Code de 1916 au formalisme juridique. Il s'agit de « reconnaître l'indéclinable participation des valeurs éthiques dans l'ordonnement juridique ». L'abondant recours à des *concepts flexibles* ou à des *expressions floues*, dont certaines constituent des clauses générales, donne lieu à l'ouverture du système et son irrigation par les valeurs éthiques. Le système des clauses générales permet la création des modèles juridiques herméneutiques et par conséquent l'actualisation continue des textes légaux²¹⁴. La *sociabilidade* s'impose face à l'individualisme excessif de l'ancien Code de 1916, édicté dans le cadre d'une société essentiellement rurale. Avec une population essentiellement urbaine aujourd'hui, il est apparu important d'insérer un critère de *sociabilité* dans les rapports juridiques, dont la fonction sociale du contrat (art. 421 CC/02) et la *fonction sociale de la propriété* (art. 1228)²¹⁵ sont les illustrations les plus fidèles du paradigme de la sociabilité. L'opérationnalité se révèle à travers l'idée d'offrir au milieu juridique un code accessible et compréhensible, dont l'interprétation et l'application devraient être rendues faciles. Pour cela, outre les clauses générales distribuées un peu partout dans le Code²¹⁶, on a conservé la structure bipartite du plan avec une partie générale extrêmement didactique et remplie de définitions légales. Enfin, l'*operacionalidade* contient également un *principe de concrétude* qui a imposé au législateur l'obligation d'édicter des règles fondées sur des circonstances sociales concrètes et non éloignées des faits sociaux composant l'environnement des justiciables²¹⁷.

Ces clauses générales sont, pour la plupart, à l'attention des juges, qui ont la latitude d'analyser les faits à la lumière des circonstances sociales et économiques actuelles et selon les dictames de justice sociale et d'économicité²¹⁸. La marge ainsi laissée aux juges pour appliquer la

212 REALE (M.), « Visão Geral do novo Código Civil », art. préc., p. IX sq.

213 Ainsi la protection de la personne (art. 11 s.), l'unification du droit des obligations (art. 233 s.), l'édification du droit de l'entreprise (art. 966 s.), entre autres.

214 REALE (M.), « Visão Geral do novo Código Civil », art. préc., p. XII.

215 *Idem*, p. XIII-XIV.

216 V. le vaste catalogue élaboré par MARTINS-COSTA (J.), *Comentários ao novo Código civil*, vol. 5, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 11-13.

217 REALE (M.), [chapitre 1], in A. H. Ferreira (dir.), *O novo Código Civil. Discutido por juristas brasileiros*, Campinas, Bookseller, 2003, p. 27-61, p. 36 sq ; SCHMIDT (J. P.), *op. cit.*, p. 337.

218 V., à titre d'exemple, le Par. Unique de l'article 404 ; l'article 413 et le Par. Unique de l'article 944, du Code civil brésilien.

justice aux cas concrets vise également à réduire des inégalités sociales et économiques, ce qui est sans précédent dans l'histoire juridique brésilienne.

De par leur importance, ces nouveaux paradigmes ou principes fondamentaux agissent sur les principes structurants du droit privé brésilien de manière à provoquer sinon une refonte de certaines institutions et de certains droits, du moins à conditionner largement leur exercice à l'observation des nouvelles exigences qu'ils établissent.

Bien que ces nouveaux paradigmes aient guidé l'élaboration du Code civil de 2002, ils concernent également la codification du droit de la protection du consommateur²¹⁹, dans la mesure où cette dernière en est l'expression en elle-même. On ne sera alors pas surpris de voir que les paradigmes de la codification civile de 2002 vont indiquer les lignes directrices du droit des contrats.

B. Nouvelles lignes directrices du droit des contrats : vers une justice contractuelle

Alors même qu'on assiste à une contractualisation renforcée du droit - « *le centre de l'organisation de la société [se déplace] de la loi vers le contrat* »²²⁰ - un mouvement mettant l'accent sur l'intérêt social du contrat vient perturber les postulats traditionnels de la *liberté contractuelle*, de la *force obligatoire des conventions* et de l'*effet relatif du contrat* pour les adapter aux nouvelles exigences résultant de la *diminution de la part des liens prescrits au profit des liens consentis*²²¹. Il y a plus particulièrement un changement de la vision du contrat, appelé à devenir plus que jamais un véritable instrument de justice économique, voire sociale. Il s'agit de dépasser le seul intérêt des parties et de leur imposer, en même temps, un devoir de coopération. Il ne s'agit pas pour autant d'aller jusqu'à faire du contrat un véritable « instrument d'efficacité économique », quoiqu'il puisse y contribuer lorsqu'on admet la détermination unilatérale du contenu du contrat²²².

219 LIMA MARQUES (C.), « A chamada crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato », art. préc., p. 17-86.

220 JAUFFRET-SPINOSI (C.). « Le contrat – Rapport de synthèse », in *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes, tome LV (2005), Paris, SLC, 2008, p. 1- 22, p. 3.

221 L'expression est empruntée à JAUFFRET-SPINOSI (C.). « Le contrat – Rapport de synthèse », art. préc., p. 3.

222 En droit brésilien, l'admission de la détermination unilatérale du contenu du contrat est possible, mais sous contrôle en cas des contrats d'adhésion (art. 424 CC/02). L'art. 489 CC/02 prévoit la nullité du contrat lorsque la fixation du prix est laissée à l'appréciation exclusive d'une des parties.

ou la résolution unilatérale du contrat²²³. Ce mouvement très répandu en droit comparé se fait fortement sentir au Brésil. Nous nous limiterons ici à n'en donner qu'un bref aperçu.

Une vocation sociale et solidaire du contrat est explicitement affirmée par le législateur brésilien dans les matières civile et commerciale (1), alors qu'une relativisation des postulats contractuels classiques avait déjà été affirmée afin de protéger le consommateur (2).

1. Relativisation des postulats contractuels classiques par la codification civile de 2002

Dans les domaines intéressant le contrat, le Code civil de 2002 prévoit de nombreuses clauses générales, à l'instar des arts. 113 et 422, sur la *bonne foi*, de l'art. 421, sur la *fonction sociale du contrat*, de l'art. 478, sur l'*onérosité excessive*, de l'art. 1228, § 1^o, sur la *fonction économique et sociale de la propriété*, ou encore de l'art. 187, sur l'abus de droit. Toutes ces innovations ont vocation à révolutionner les postulats classiques du droit des contrats et à imposer un traitement égalitaire des intérêts intégrant aussi bien la sphère du créancier que du débiteur²²⁴. Nombre de ces solutions avaient été dégagées par la jurisprudence avant la codification de 2002²²⁵.

La *bonne foi objective* (art. 422) attribuée à la *bona fides* une valeur autonome, sans rapport avec la volonté des parties²²⁶. Elle dépasse le dogme de l'autonomie de la volonté lorsqu'elle reconnaît des nouvelles obligations entre les contractants²²⁷ qui s'ajoutent implicitement au

223 En droit brésilien, le contrat inexécuté est résolu de plein droit en présence d'une clause résolutoire expresse (à l'image du droit français), mais dépend d'une décision judiciaire lorsque cette clause est tacite (art. 474 CC/02).

224 MARTINS-COSTA (J.), « A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações, *JB* 200, p. 3-39, p. 20-21.

225 Dans la perspective de la bonne foi : le nouveau Code civil a incorporé la règle de l'ancien art. 131, al. 1 du Code de commerce de 1850, selon laquelle le contrat doit être interprété selon la bonne foi des parties. Avant cette incorporation, la jurisprudence avait déjà comblé cette lacune existante dans le Code civil de 1916. V. les décisions du STJ: Resp. n.º 52075/ES, *Industrial Malvina S.A. v. Coopersanto Industrial S.A.*, DJ du 21.11.1994, p. 34352; Resp. n.º 72482/SP, *Condomínio Edifício Orion v. Estrutura Incorporadora e Construtora Ltda*, DJ du 08.04.96, p. 10474; et RESP 406590/PR, *Cerâmica Porto Ferreira Ltda v. Casagrande Pisos Cerâmicos Ltda*, DJ du 16.09.2002, p. 00194. V. également COUTO E SILVA (C. V.), *A Obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976; MARTINS-COSTA (J.), *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999.

226 COUTO E SILVA (C. V.), « O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português », in *Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, RT, 1980, p. 41, p. 54.

227 AGUILAR VIEIRA (I.), « Deveres de Proteção e Contrato », *Rev. dos Tribunais*, vol. 761 (1999), p. 68 sq.

contrat (telles les obligations d'information, de transparence, de loyauté et de coopération)²²⁸. Il en va de même lorsque la bonne foi établit des limites à l'exercice des droits subjectifs, en interdisant, par exemple, l'abus de droit, dont la constatation est indépendante de la faute (art. 187)²²⁹. Le *principe de l'équilibre du contrat* bouleverse à son tour le principe de la force obligatoire des conventions en permettant la révision ou la résolution des contrats lors de la « disparition du fondement contractuel » (arts. 317, 478 et 479) ou en cas lésion (art. 157)²³⁰. Il est remarquable de noter que si le Code civil de 1916 ne traitait pas de la lésion, le Code de commerce de 1850 quant à lui interdisait tout simplement la rescision du contrat de vente conclu entre commerçants au motif d'une lésion - sauf en présence d'un vice de consentement rendant le contrat inéquitable (art. 220). Le nouveau Code civil dispose encore que la « *liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat* »²³¹. Cette nouvelle approche sociale permet la relativisation du principe de l'effet relatif des contrats, en imposant des effets contractuels au-delà de ce qui a été convenu entre les parties. Par la fonction sociale, le respect au contrat devient opposable aux tiers²³², alors que les contractants doivent respecter les titulaires d'intérêts socialement valorisés, éventuellement touchés par le rapport contractuel²³³.

La doctrine a remarqué qu'un paradoxe existe désormais entre le renouveau du contrôle étatique des contrats et de la propriété, rendu possible par le biais de ces clauses générales, et le fort caractère néolibéral qui imprègne le continent américain²³⁴. Ce paradoxe est d'autant plus remarquable qu'à côté de ces clauses générales intervient une règle générale d'ordre public extrêmement contraignante, selon

228 TEPEDINO (G.), « Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula "to the best knowledge of the sellers" », *Revista Forense*, vol. 377, p. 237 sq, sp. p. 243.

229 Ainsi, l'énoncé n° 37, approuvé lors de la I Journée de droit civil (CEJ/CJF) – v. *supra*, III.A.2.

230 A propos, v. JUNQUEIRA DE AZEVEDO (A.), « Rapport brésilien - La révision du contrat », in *Le contrat*, *op. cit.*, p. 466-481.

231 Il est à noter que l'art. 5 de la Loi d'Introduction de 1942 établit que « lorsqu'il applique la loi, le juge tiendra compte des fins sociales auxquelles elle se destine et les exigences du bien commun ».

232 Ainsi l'énoncé n° 21, approuvé dans le cadre de la I Journée de droit civil (CEJ/CJF) - v. *supra*.

233 TEPEDINO (G.), « Novos princípios contratuais e teoria da confiança :... », art. préc., p. 242. Pour une approche comparative avec la notion de cause en droit français, v. PIGNATTA (F. A.), « *Le droit brésilien des contrats – Quelques différences par rapport au droit français* », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien Etudes de droit comparé*, *op. cit.*, p. 295-306.

234 LIMA MARQUES (C.), « *Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch vom 2002...* », art. préc., p. 129-131.

laquelle les conventions, même celles valablement constituées sous l'empire des lois abrogées, ne prévalent pas lorsqu'elles portent atteinte aux dispositions d'ordre public établies en vue d'assurer la *fonction sociale du contrat et de la propriété* (art. 2035, § unique CC/02)²³⁵. Érigés en normes d'ordre public et d'intérêt social, ces principes sont à appliquer d'office par le juge à tout instant du procès²³⁶.

Il est donc permis de s'interroger sur le sort des contrats, antérieurement qualifiés de commerciaux, lorsque ceux-ci seront mis à l'épreuve des principes fondamentaux du nouveau Code, notamment celui de la *fonction sociale du contrat* et celui de la *fonction sociale de la propriété*²³⁷. La doctrine et les praticiens se montrent réticents à cette confrontation. Certains énoncés de la première Journée de droit commercial d'octobre 2012 en témoignent : aux termes de l'énoncé n° 21 « le dirigisme contractuel doit être nuancé à l'égard des contrats entrepreneuriaux, compte tenu de la symétrie naturelle des rapports inter-entrepreneuriaux » et, aux termes de l'énoncé n° 23, « dans les contrats entrepreneuriaux, il est loisible aux parties d'établir les paramètres objectifs pour l'interprétation des conditions de révision et/ou de résolution du contrat » ; aux termes de l'énoncé n° 25, « la révision du contrat pour onérosité excessive fondée sur le Code civil doit tenir compte de la nature d'objet du contrat. Dans les rapports entrepreneuriaux, on doit présumer la sophistication des contractants et observer les risques assumés par ceux-ci » ; aux termes de l'énoncé n° 26, « le contrat entrepreneurial accomplit sa fonction sociale lorsqu'il ne porte aucun préjudice à des droits ou intérêts diffus ou collectifs, dont est titulaire une personne étrangère au rapport contractuel » ; aux termes de l'énoncé n° 29, « la fonction sociale du contrat et la bonne fois objective (art. 421 et 422 du Code civil) s'appliquent aux négociations

235 V. l'énoncé n° 300, approuvé lors des IV Journées de droit civil (CEJ/CJF) : « La loi applicable aux effets actuels des contrats conclus avant le nouveau Code civil sera celle en vigueur au moment de leur célébration ; toutefois, en présence d'une modification législative qui met en évidence l'anachronisme de la législation abrogée, le juge équilibrera les obligations des parties contractantes, en tenant compte des intérêts traduits par les règles abrogées et celles qui leur sont substituées ainsi que de la nature et de la finalités de l'affaire ». Par ailleurs, le STF a eu l'occasion de décider qu'en matière contractuelle la Constitution de 1988 n'admet pas la rétroactivité de la loi, sous toutes ses formes, y compris sur les effets postérieurs des conventions formées antérieurement à la nouvelle loi (STF Assemblée plénière, ADI 493-DF, Rapporteur Moreira Alves, affaire jugée le 25.06.1992, DOU 04.09.1992, p. 14089). En revanche, le STJ a récemment décidé que la loi brésilienne d'arbitrage de 1996 régit les contrats contenant une clause d'arbitrage, même s'il a été signé avant son entrée en vigueur (SEC 894/UY, Rapporteur Nancy Andrigui, affaire jugée le 20/08/2008, DJ 09/10/2008).

236 FROMONT (M.). « L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil », in *La lettre du Centre français de droit comparé*, n° 58, oct. 2009, p. 4-6, p. 5.

237 À propos, v. JUNQUEIRA DE AZEVEDO (A.), « Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado », *Revista dos Tribunais*, vol. 750, p. 113 sq.

juridiques entre entrepreneurs, en conformité avec les spécificités des contrats entrepreneuriaux ». De toute évidence, le solidarisme contractuel prôné par le législateur de 2002 et à la charge du juge ne séduit pas les commercialistes brésiliens.

Toujours est-il qu'en cas de défaillance des parties²³⁸ ou de la loi, c'est le rôle d'intervention du juge dans le contrat qui est en jeu, car pour le rendre juste, aussi bien économiquement que moralement et aussi bien à l'égard des parties que des tiers, il faut bien pouvoir le modifier. Le nouveau Code en vient ainsi à confirmer textuellement cette tâche traditionnellement reconnue au juge et à l'arbitre, par ailleurs.

2. Relativisation pionnière des postulats contractuels classiques par le Code de protection du consommateur

Précédant la codification civile de 2002, le Code de protection du consommateur de 1990 présente des mesures réformatrices des postulats classiques du droit des contrats d'importance majeure. D'abord, il apporte, de façon pionnière, des modifications dans la structure contractuelle basée sur la liberté et l'égalité. Dans un contrat passé entre un professionnel et un consommateur, la *liberté contractuelle* n'est plus pleine et le consommateur reçoit un traitement différencié et protecteur²³⁹, notamment contre l'abus de faiblesse (art. 39, IV CDC). En outre, du fait que la plupart des dispositions de ce code soient impératives et d'ordre public interne (art. 1^{er} CDC), la place accordée aux règles non-contraignantes ainsi qu'à l'autonomie contractuelle reste assez résiduelle²⁴⁰. Enfin, la bonne foi innerve les rapports de consommation (art. 4, III CDC).

L'assouplissement du principe de la force obligatoire des conventions peut être illustré par l'exigence d'une obligation générale d'information préalable du consommateur conditionnant l'efficacité du contrat (art. 46 CDC) et par l'adoption de la faculté de rétractation (art.

238 A l'instar de l'absence d'une clause de modification ou de renégociation dans le contrat de longue durée ou même d'une telle démarche même en l'absence d'une clause contractuelle contraignante en ce sens.

239 Cf. AGUILAR VIEIRA (I.), « A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor », *Revista dos Tribunais*, vol. 791, p. 31 sq.

240 Cette caractéristique amène certains auteurs, comme Véra Maria Jacob de Fradera, à soutenir que « le principe de la liberté contractuelle ne joue pas, dans les contrats de consommation, un rôle pareil à celui joué dans le domaine des contrats de droit civil, au contraire, c'est la loi qui détermine toutes les normes contractuelles, et ces normes sont de nature impérative. Cela est dû au fait que le plus important dans les rapports de consommation, n'est pas la volonté des parties, mais si, l'intérêt social, selon les mots de Paulo Luiz Netto Lobo » (V. M. JACOB DE FRADERA, « Les contrats du consommateur : rapport brésilien », Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVII – *Le consommateur : journées colombiennes* (24-28 septembre 2007), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 55-64, p. 60).

49 CDC). Par ailleurs, le juge peut, en cas d'excessive onérosité, réviser ou résilier le contrat conclu par le consommateur (art. 6, V CDC). En outre, l'équilibre contractuel est assuré par les moyens de lutte contre les clauses abusives (art. 51 CDC)²⁴¹.

Enfin, l'assouplissement de l'effet relatif du contrat peut être illustré par la responsabilité solidaire de tous les fournisseurs²⁴² d'une chaîne contractuelle à l'égard du consommateur en vertu du défaut de conformité des biens et des services (arts. 18 à 25 CDC). Comme l'a dit le professeur Véra Maria Jacob de Fradera, « le contrat ou rapport de consommation rompt avec ce principe (celui de la relativité des contrats), en introduisant l'ouverture des effets du contrat réalisé entre un commerçant et un consommateur, dans le sens que le consommateur peut demander en justice le fabricant, le producteur de ce produit, s'il présente un défaut. Dans ce sens-là, le contrat de consommation se ressemble, par rapport à cet aspect de la non-relativité de ses effets, à la convention collective de travail et au fidéicomis *inter vivos*, par exemple »²⁴³.

À ces phénomènes d'ajustement, vers l'équilibre, des rapports de droit privé, l'on peut associer d'autres qui viennent moduler, cette fois-ci, le droit privé brésilien dans son ensemble.

C. Phénomènes actuels de modulation du droit privé

Un double phénomène module actuellement le pouvoir du législateur et des juges nationaux. D'une part, les principes et les règles constitutionnels s'imposent en droit privé pour rendre ses institutions compatibles avec un nouvel ordre socio-politico-économique (1). D'autre part, les engagements internationaux conduisent, peu à peu, à l'adaptation ou à la mise en conformité du droit privé aux impératifs qu'ils engendrent (2).

1. La « constitutionnalisation » du droit privé

L'évolution du droit privé brésilien est liée à ses Constitutions²⁴⁴. L'évolution actuelle, rattachée à la Constitution du 5 octobre 1988, est marquée par une forte connotation sociale. En effet, cette Constitution

241 À propos, v. GRAEFF (B.), « *L'interdiction des clauses abusives dans les contrats de consommation en France et au Brésil* », art. préc., p. 321-337.

242 Selon l'art. 3 CDC, le fournisseur est un professionnel (personne physique ou morale, publique ou privée, nationale ou étrangère), qui vend, produit, fabrique ou commercialise un produit ou offre un service sur le marché brésilien.

243 V.M. JACOB DE FRADERA, « Les contrats du consommateur : rapport brésilien », rap. préc., p. 55-64.

244 WALD (A.), « Le droit brésilien et le Code civil de 2002 », art. préc., p. 21.

dote l'État de mécanismes interventionnistes pour réaliser les objectifs de construction d'une société socialement juste et fraternelle. Ceci laisse des empreintes sur le droit privé²⁴⁵ dans la mesure où, au-delà des règles relatives à la forme de l'État et à l'organisation des pouvoirs publics, la Constitution brésilienne prévoit des règles et des principes relevant des rapports entre particuliers. Outre les droits fondamentaux assurés par les arts. 5 à 17, l'affirmation de l'égalité entre tous les enfants et la reconnaissance de « l'union stable », sorte de union civile, entre personnes de sexe différent comme entité familiale et de l'aspect contractuel de cette union²⁴⁶, la Constitution dispose que l'ordre économique²⁴⁷, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre entreprise, a pour but d'assurer à tous une existence digne et conforme aux exigences de la justice sociale, conformément aux principes de la propriété privée, de la fonction sociale de la propriété, de la libre concurrence, de la protection du consommateur et de la défense de l'environnement (art. 170).

Ces principes constitutionnels interviennent directement sur la force créatrice de la volonté : celle-ci doit désormais privilégier des solutions plus en accord avec une certaine idée d'éthique sociale et d'équité²⁴⁸. On parle ainsi d'une « constitutionnalisation » du droit privé brésilien²⁴⁹, rendue possible notamment grâce au système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé de manière *diffuse et concrète* par le juge du fond qui peut écarter l'application d'une loi s'il l'estime inconstitutionnelle, ou *concentrée et abstraite*, hypothèse dans laquelle le *Supremo Tribunal Federal* peut être saisi directement par différentes voies de recours directs à l'initiative de certaines autorités, des partis politiques et des syndicats de portée nationale²⁵⁰.

C'est justement par le contrôle direct de constitutionnalité des

245 FROMONT (M.). « L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil », art. préc., p. 4-6 ; LEMOALLE (É.), « Le droit civil », art. préc., p. 279-284.

246 V. JACOBI MICHEL (A.), « Les limites contractuelles dans les relations hors mariage en droit français et en droit brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, op. cit., p. 391-398.

247 Pour une analyse en droit comparé, v. FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Le rôle des Cours suprêmes en matière économique – Dossier scientifique*, Paris, Regulatory law review/Lextenso, 2010.

248 Sur la prise en compte des valeurs sociales contenues dans la Constitution de 1988 dans le domaine du droit civil, cf. TEPEDINO (G.) et SCHREIBER (A.), « *Culture et droit civil: Rapport brésilien* », rap. préc., p. 4-6.

249 Expression d'origine doctrinale, Gustavo TEPEDINO étant l'un des ténors de cette théorie au Brésil.

250 V. MORAIS DA COSTA (T.), « Le droit constitutionnel : la protection des droits fondamentaux », dans PAÏVA DE ALMEIDA (D.), *Introduction au droit brésilien*, L'Harmattan, 2006, p. 47-87. Pour une approche comparatiste, v. FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle en France et dans le monde*, Paris, Dalloz, 2013 (à paraître).

lois que le STF a jugée, le 5 mai 2011²⁵¹, que « l'union stable » entre personnes de même sexe devait être considérée comme une entité familiale au même titre que « l'union stable » entre personnes de sexes différents. En ayant déterminé une telle assimilation, la décision a privé d'effet la différence de sexe mise en exergue par l'art. 1723 du nouveau Code civil brésilien comme condition d'application du régime de l'union stable aux couples homosexuels²⁵².

251 STF, ADI 4277, Assemblée plénière, affaire jugée le 05.05.2011, *RTJ* 219, p. 212 ; et ADPF 132, Assemblée plénière, affaire jugée le 05.05.2011, *EMENT*, vol. 2607-01, p. 1. Dans ces deux affaires, il était question d'interpréter l'art. 1723 du Code civil à la lumière de la Constitution fédérale de 1988. Aux termes de cet article, « l'union stable entre un homme et une femme est reconnue comme une entité qui constitue une famille, caractérisée par la vie en commun, en publique, continue et de longue durée, et établie avec cet objectif ». Dès lors que cet article n'envisage l'union stable, forme d'entité familiale constitutionnellement reconnue (art. 226 §3), qu'entre personnes de sexe différent, la question de sa conformité à la Constitution s'est posée à la Cour suprême, dans le cadre d'une *action directe de constitutionnalité* (ADI), intentée par le procureur général de la République, et d'une *action par manquement à précepte constitutionnel* (ADPC), intentée par le gouverneur de l'État du Rio de Janeiro. En synthèse, ces deux actions avaient pour objectif voir le STF déclarer, d'une part, que l'union entre personnes du même sexe devrait être obligatoirement reconnue comme entité familiale, dès lors que les conditions exigées pour la constitution de l'union stable entre un homme et une femme sont réunies, et, d'autre part, que le même statut (droits et devoirs) reconnu et applicable aux unions stables entre hommes et femmes devrait être étendu aux unions stables entre personnes du même sexe.

252 Pour décider de la sorte, le STF va raisonner par étapes. Tout d'abord, il affirme que le sexe ne saurait être un facteur de non-égalité juridique entre les personnes. L'incise IV de l'art. 3 de la Constitution prohibe toute discrimination en ce sens car elle irait à l'encontre de l'objectif fondamental de la République de « promouvoir le bien de tous » sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge ou toute autre forme de discrimination. Par conséquent, le STF reconnaît le droit à l'orientation sexuelle comme corollaire du principe de la « dignité humaine », ce qui implique le droit à l'auto-estime, point le plus élevé de la conscience humaine. Pour la Cour, le droit à la recherche du bonheur conduit à un « saut » normatif de l'interdiction de la discrimination à la proclamation de la liberté sexuelle, dont l'exercice effectif est protégé par la Constitution. L'autonomie de la volonté en la matière constitue donc une *clausula petrea*. Ensuite, la Cour reconnaît que le mot « famille » employé dans le texte constitutionnel n'enferme une quelconque signification orthodoxe ou propre à la technique juridique. Au contraire, au sens de la Constitution, la famille est une catégorie socioculturelle. Il y a donc un droit subjectif reconnu à chaque citoyen de constituer une famille de sorte que le caput de l'art. 226 de la Constitution, aux termes duquel la famille, base de la société, bénéficie d'une protection spéciale de l'État, repousse toute interprétation réductionniste. Pour la Cour, la « famille » est le principal lieu de concrétion des droits fondamentaux que la Constitution désigne par les termes « intimité et vie privée », employés à l'art. 5, X. En se référant à l'institution « famille », la Constitution n'opère aucune distinction quant à la forme ou quant au fond. D'où résulte que l'isonomie entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ne peut atteindre sa plénitude que dans la mesure où ces derniers peuvent exercer le droit subjectif de constituer une famille. La famille peut donc se constituer par d'autres voies que celle du mariage civil, affirme le STF. Il s'agit d'assurer, au plan constitutionnel, « la marche vers le pluralisme comme catégorie socio-politique-culturelle », conclut la Cour. Enfin, la référence constitutionnelle à la

Cette solution de principe a été confirmée par la suite²⁵³. Elle a également eu un impact immédiat et non négligeable sur la jurisprudence du STJ. En effet, suite aux décisions du 5 mai 2011 du STF, le STJ a tranché, par voie d'un contrôle d'interprétation conforme des dispositions du Code civil à la Constitution, la question de l'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels. Saisi d'un *Recurso Especial*²⁵⁴, le STJ a cassé un arrêt d'appel ayant refusé la demande de délivrance d'un *certificat de capacité à mariage* (« habilitação para se casar ») faite par deux femmes vivant déjà en « union stable »²⁵⁵, en décidant que les articles 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 du Code civil brésilien ne s'opposent pas à ce que deux personnes du même sexe se marient civilement²⁵⁶.

dualité fondamentale de l'homme-femme au § 3 de l'art. 226 n'a pour but que d'encourager les relations juridiques horizontales, sans hiérarchie, au sein des foyers. Il s'agit d'un renforcement de la réglementation dans la lutte contre la réticence des coutumes patriarcales brésiliennes. Il est donc impossible d'utiliser la lettre de la Constitution pour justifier un quelconque traitement discriminatoire. La Constitution n'interdit pas la composition d'une famille par des personnes de même sexe. Il n'y a donc pas lieu, affirme la Cour, d'interdire l'exercice de la liberté, sinon en présence d'un droit ou d'un intérêt légitime d'un tiers ou de la société à protéger, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La Cour constate, en effet, l'absence de règles garantissant aux hétérosexuels le droit de n'être pas assimilées juridiquement aux homosexuels. L'art. 5 §2 de la Constitution fédérale vient en renfort de sa position, en conclut la Cour, dans la mesure où « les droits et les garanties inscrits dans la présente Constitution n'en excluent pas d'autres qui découlent du régime et des principes qu'elle adopte ou des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ».

253 STF, RE 477554 AgR, Rapporteur Celso de Mello, 2e Chambre (2a Turma), affaire jugée le 16/08/2011, *DJe*-164 25-08-2011, publié le 26-08-2011, *RTJ* V. 220, p. 572.

254 STJ, REsp 1183378/RS, Rapporteur Luis F. Salomão, 4e Chambre, affaire jugée le 25/10/2011, *DJe* 01/02/2012.

255 En l'espèce, deux femmes vivant en « union stable » pendant trois ans se sont présentées devant deux officiers d'état civil de la Ville de Porto Alegre afin de requérir un certificat de capacité à mariage, ce qui leur a été dénié par chacun d'eux. Le 25 mars 2009, le couple a déposé une demande de délivrance dudit certificat devant le juge de première instance de Porto Alegre, affirmant la non-existence de l'obstacle juridique au mariage entre personnes du même sexe. Le jugement a rejeté la demande, en affirmant que le mariage, tel qu'il est régi par le Code civil de 2002, n'est possible qu'entre l'homme et la femme. En appel, la décision avait été confirmée.

256 Pour décider de la sorte, le STJ affirme d'abord que, dans l'accomplissement de sa mission d'uniformiser le droit infraconstitutionnel, il ne peut pas conférer à la loi une interprétation non-conforme à la Constitution. Ensuite, le STJ s'inspire des arguments mis en avance par le STF dans ces arrêts du 5 mai 2011 qui ont conféré à l'art. 1723 du Code civil de 2002 une interprétation conforme à la Constitution pour évacuer de cette disposition toute signification empêchant la reconnaissance de l'union stable entre personnes du même sexe comme entité *familiale* (synonyme parfait de *famille*), dont la protection est constitutionnellement assurée. Les principes ayant fondé lesdites décisions du STF ont donc été étendus pour permettre la consécration jurisprudentielle du mariage civil entre personnes du même sexe. Sur l'ensemble

La « constitutionnalisation » du droit privé peut enfin également résulter du fait que le texte constitutionnel germe de véritables institutions juridiques et leur donne une valeur hautement significative et prééminente. À cet égard, le droit brésilien de la consommation est très illustratif, puisque la codification issue de la loi de 1990 découle d'un commandement constitutionnel (art. 48 des Actes et des dispositions constitutionnelles transitoires)²⁵⁷.

2. L'incidence de l'ordre international sur le droit privé

Comme d'autres droits nationaux, le droit privé brésilien, notamment dans le domaine des contrats, subit l'influence grandissante des instruments et solutions approuvés au sein de différents organismes travaillant pour l'unification du droit privé.

Le Brésil a ratifié un nombre de conventions internationales sur le droit du commerce international moindre que d'autres pays européens par exemple. Un changement de position du Brésil à cet égard s'annonce néanmoins. Son adhésion à l'UNIDROIT en 1993, ainsi que son retour à la Conférence de La Haye en 2001²⁵⁸ sont des initiatives à saluer. Les divers protocoles signés dans le cadre du Mercosur depuis 1991, son adhésion en 2002 à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions arbitrales étrangères ainsi que son action au sein des *Conférences interaméricaines de droit international privé* (CIDIPs) contribuent également à renforcer cette tendance. Enfin, le recours aux Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international pour interpréter la règle nationale sur la lésion (art. 478 CC / 02) dans des arbitrages purement internes²⁵⁹, ainsi que l'utilisation des Incoterms dans les contrats de vente aussi bien nationaux qu'internationaux²⁶⁰ sont de plus en plus vérifiés dans

de ces décisions, v. FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle en France et dans le monde*, Paris, Dalloz, 2013 (à paraître).

257 COMPARATO (F. K.), « A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988 », *Revista de Direito Mercantil*, vol. 80 (1990), p. 66-75.

258 Le Brésil avait adhéré aux statuts de la Conférence en 1972 et les avait dénoncés en 1978. Cf. GRANDINO RODAS (J.) et CAMPOS MONACO (G. F.) (org.), *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil*, Brasília: FUNAG, 2007; VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « A Conferência de Haia de direito internacional privado », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20 (2001), p. 171-192.

259 Cf. Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (São Paulo, Brésil), décision n° 1/2008 du 09.02.2009, *Delta Comercializadora de Energia Ltda v. AES Infoenergy Ltda* ; et Ad hoc Arbitration (Brésil), décision du 21.12.2005. Ces décisions sont disponibles sur le site www.unilex.info. V., en dernier lieu, GAMA JR. (L.), « Prospects for the Unidroit Principles in Brazil », *Revue de droit uniforme*, 2011, p. 613 sq.

260 ESPLUGUES MOTA (C.) et AGUILAR VIEIRA (I.), *Compraventa internacional de Mercaderías* : Los Incoterms 2000, in C. Esplugues Mota et D. Hargain (orgs.), *Derecho del*

la pratique des affaires au Brésil. Par ailleurs, l'adhésion du Brésil à la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale en 2012, devra provoquer un fort impact au droit interne de la vente²⁶¹.

Mais, au plan international, comme à l'égard des droits nationaux en Europe²⁶², c'est un double mouvement qui tend à provoquer les modulations les plus inattendues du droit privé brésilien: il s'agit de la prééminence des droits de l'Homme (a) et de l'intégration économique régionale (b).

a. La prééminence des droits de l'Homme

En droit brésilien, l'influence des droits de l'Homme sur le droit privé se fait plutôt sentir à travers la protection et l'effectivité des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution de 1988²⁶³ que par le système interaméricain de protection des droits de l'Homme. Le Mercosur quant à lui ne dispose pas d'un système de protection des droits fondamentaux à l'image du droit européen²⁶⁴. En ce qui concerne plus spécifiquement la modulation du droit privé brésilien par le système interaméricain de la protection des droits de l'Homme, il est à noter que le Brésil n'est lié à la Convention interaméricaine relative aux droits de l'Homme, signé à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969 (Pacte de San José de Costa Rica), que depuis le 9 juillet 1992²⁶⁵.

Néanmoins, suite à l'application du Pacte de San José de Costa

comercio internacional – Mercosur et Unión Europea, Madrid, Reus, 2005, p. 399-435.

261 V. notamment AGUILAR VIEIRA (I.), *L'Applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, Strasbourg, PUS, 2010.

262 Comme l'a remarqué Mme Jaufret-Spinosi, « Deux sources d'inspiration viennent dépasser les droit nationaux : les droits de l'Homme et le droit communautaire ». JAUFRET –SPINOSI (C.), « A influência do direito francês sobre os direitos latino-americanos (Direito Contratual) », in Aguilar Vieira (I) (org.). *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 35-52, spec. p. 44-50.

263 Sur cette protection, v. MORAIS DA COSTA (Th.), « Le droit constitutionnel : la protection des droits fondamentaux », in *Introduction au droit brésilien*, op. cit., p. 47-87.

264 Les deux instruments qui pourraient annoncer un tel système seraient le Protocole d'Ushuaia sur le Compromis Démocratique au Mercosur, du 24 juillet 1998, et le Protocole d'Asunción sur l'engagement avec la promotion et la protection des Droits de l'homme au Mercosur, du 19 juin 2005, où les Etats parties et associés annoncent des mesures à prendre dans le cas de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 3). Cependant, le Mercosur ne dispose pas d'un instrument contraignant et d'un organe juridictionnel compétent en matière de protection des droits de l'Homme.

265 Les droits et libertés garantis par cette Convention correspondent, dans une large mesure, à ceux protégés par les instruments européens, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

Rica à un rapport de consommation, le STF a considéré que l'art. 5, LXVII CF/1988, qui admet la prison civile pour le dépositaire infidèle, devait être interprété d'après ce Pacte²⁶⁶ afin d'assurer le droit du consommateur de ne pas être incarcéré en tant que dépositaire infidèle, quelle que soit la modalité du dépôt²⁶⁷. Cette perspective *pro homine*²⁶⁸ d'alignement du droit privé a abouti à la formulation par le STF de la « sùmula vinculante » n° 25²⁶⁹. Cette décision est d'autant plus importante qu'elle a interprété une règle constitutionnelle d'après une convention de valeur infraconstitutionnelle. En effet, en ayant été ratifié avant l'avènement de l'Amendement constitutionnel n° 45 du 30 décembre 2004, le Pacte de San José da Costa Rica ne semblerait pas bénéficier, au plan formel, d'une place privilégiée dans la hiérarchie des normes que la réforme de décembre de 2004 assure aux traités portant sur les droits de l'Homme (rendus équivalents à l'amendement constitutionnel - art. 5, § 3 CF/88)²⁷⁰.

Quant à la jurisprudence de la Cour interaméricaine, son impact sur le droit privé est encore à attendre. L'acceptation de la compétence de la Cour interaméricaine par le Brésil n'ayant eu lieu que le 10 décembre 1998, le contentieux devant celle-ci demeure très faible²⁷¹.

b. L'impact de l'intégration régionale sur le droit privé

266 CADH, article 7.7 : *Nul ne peut être arrêté pour motif de dette. Cette disposition ne s'applique pas aux mandats décernés par une autorité judiciaire compétente pour cause d'inexécution des obligations alimentaires.*

267 STF, HC n° 87.585 et RE n° 466.343 et 349.703, affaire jugée le 03.12.2008 ; et HC n° 96.772/SP, affaire jugée le 9.06.2009.

268 V. CANÇADO TRINDADE (A. A.), «International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II) », *RCADI*, 317 (2005), p. 9 sq.

269 Cf. *infra*, III.A.2.

270 Outre l'antériorité du Pacte à la réforme constitutionnelle de 2004, c'est la condition d'approbation imposée par le nouvel art. 5 § 3 CF/88 qui lui manquerait pour l'ériger en norme constitutionnelle. En effet, l'art. 5 § 3 CF/88 établit que « les traités et conventions internationales portant sur les droits de l'Homme qui ont été approuvés, dans la Chambre des députés et dans le Sénat du Congrès national, en deux tours, par 3/5 des votes de ses membres respectifs, seront équivalents aux amendements constitutionnels ». La lecture des arrêts du STF ne permet pas d'en déduire le contraire, malgré l'opinion en ce sens manifestée par les juges rapporteurs. Le STF semble donc partagé quant à la valeur constitutionnelle du Pacte de San José, certains juges l'étendant comme une règle « supra-légale », mais de valeur infra-constitutionnelle. V. PIOVESAN (F.), « Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana » ; in On bogdandy (A.) et alii (dir.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 340

271 Le Brésil n'a été condamné qu'à trois reprises par la Cour de San José, dans les affaires *Ximene Lopes*, du 17 août 2006 (portant sur l'intégrité personnelle), *Escher et autres*, du 6 juillet 2009, et *Sétimo Garibaldi*, du 23 septembre 2009, les deux dernières portant sur les travailleurs sans terre.

Alors que le droit privé des pays européens connaît une évolution sans égale en raison de l'activité normative et jurisprudentielle européenne (Union européenne et Conseil de l'Europe)²⁷², le droit privé brésilien est moins influencé par la réglementation issue du Mercosur. Les raisons en sont multiples. Tout d'abord, les traités fondateurs du Mercosur ne contiennent pas des dispositions visant directement le droit privé et, si l'on ne prend pas en compte l'obligation générale imposée aux États membres par l'art. 1er du traité d'Asunción du 26 mars 1991 d'harmoniser leur législation dans les « domaines pertinents », il ne serait pas exagéré de dire qu'ils n'invitent pas les États membres à entreprendre une action spécifique dans les différents domaines qui s'y rattachent. Ensuite, ce sont le caractère strictement intergouvernemental des organes du Mercosur, l'absence de primauté et d'effet direct des normes qu'ils produisent et la portée encore relativement réduite des champs concernés qui pourraient rendre vaine toute tentative d'étude sur l'incidence, tout du moins mécanique, de la construction du Mercosur sur le droit privé de ses États membres, voire sur des branches particulières de leur droit privé, d'autant plus que l'on relève un fort déficit d'harmonisation législative dans ce cadre d'intégration régionale. L'impact modernisateur de l'intégration sur les droits privés nationaux reste néanmoins possible et peut être engendré tant « mécaniquement » que « par contagion »²⁷³.

Il est ainsi à noter que la situation pourrait évoluer. Deux domaines du droit privé en sont particulièrement concernés : le droit de la consommation et les conflits de lois.

En droit de la consommation, tout d'abord. Bien qu'une proposition de règlement commun de protection du consommateur ait été rejetée par les États membres²⁷⁴, une résolution portant

272 V. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA(G.), « Les fondamentales pour la comparaison en droit privé », art. préc. p. 134-137.

273 Expressions empruntées à Claude J. BERR, « L'influence de la construction européenne sur l'évolution du droit privé français », *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1964, p. 1-21.

274 Alors que le traité d'Asunción ne fait aucune mention à la protection du consommateur, plusieurs initiatives de réglementation de la matière au plan régional ont vu le jour depuis qu'une réunion du Groupe Marché Commun du 30 juin 1993 a estimé que la Commission de protection du consommateur devait poursuivre son travail visant à définir d'une politique de protection du consommateur pour le Mercosur (Procès-verbal du 30 juin 1993, *Boletim de Integração Lationo-Americana*, 10/38, 1993). Selon la doctrine, une telle démarche s'imposait dès lors que l'on prétend établir des conditions réelles et uniformes de concurrence au sein d'un marché commun (C. SALOMÃO FILHO, « O Mercosul como modelo de regulação do Mercado », in João Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, op. cit., p. 401-426, p. 411 sq). Outre les initiatives au plan du conflit de lois et du conflit de juridictions (cf. Protocole de Santa Maria sur la juridiction internationale en matière des relation de consommation du 17 décembre 1996 - CMC/DEC. 10/96, toujours pas en vigueur, et le récent *Projet de Résolution du Groupe marché*

commun sur le droit applicable aux contrats internationaux conclus par les consommateurs du 18 et 19 août 2010), un projet de *Règlement commun de protection du consommateur dans le cadre Mercosur* avait été présenté aux États membres par le CT-7 entre le 25 à 29 novembre 1997. En termes généraux, le texte de ce projet, Recommandation n° 1/97 (Acta n° 8/97 del Comité Técnico n° 7 sobre Defensa del Consumidor, anexo III), adressé à la Commission du commerce du Mercosur, fixait les questions relatives à la protection du consommateur faisant l'objet d'unification au niveau du Bloc. L'adoption de ce projet de règlement était la condition pour débiter, au sein de chaque Etat membre, le processus de ratification du Protocole de Santa Maria de 1996 (art. 18 de ce Protocole), ainsi que pour l'entrée en vigueur des cinq Résolutions concernant le consommateur adoptées en 1996 par le Groupe marché commun. Il s'agit des résolutions 123/96 à 127/96 (disponibles à l'adresse : <http://www.mercosur.int/show?contentid=3093>), qui traitent respectivement : (i) de la définition des concepts de base en matière de protection du consommateur ; (ii) des droits fondamentaux du consommateur ; (iii) de la protection de la santé et de la sécurité du consommateur ; (iv) de la publicité commerciale ; et (v) de la garantie contractuelle. Il est à noter que lors de la mise en place du Projet de règlement, le CT-7 a décidé de ne pas adopter un « *Regulamento* » (droit dérivé), comme l'avait établi la Résolution 126/94 du Groupe Marché Commun (MERCOSUR/GMC/RES n° 126/94 - Defesa do consumidor), mais un « *Protocolo* » et, à ce titre, l'intégrer aux traités constitutifs du Mercosur (droit originaire). Certes, ce projet de réglementation matérielle du droit de la consommation au niveau du Mercosur a été rejeté par les États membres lors de la 25e Réunion de la Commission du commerce du Mercosur, réalisée en Montevideo le 9 et 10 décembre 1997 (Doc. n° 7/97), au motif qu'elle conduirait au démantèlement des mesures nationales de protection des consommateurs, plus particulièrement au Brésil et en Argentine. En effet, allant au-delà d'un rapprochement de législations nationales en la matière, le projet de règlement devait réaliser une véritable unification du droit de la protection du consommateur, ce qui a provoqué l'opposition des Etats membres en raison des effets dérogatoires des normes nationales que le procédé engendre. Ainsi, grâce à un ample mouvement associatif mené par les militants consuméristes brésiliens, ce projet de réglementation a fait l'objet de critiques sévères de la part du gouvernement brésilien, pour qui son adoption représenterait, au Brésil, une régression inacceptable des niveaux de protection en la matière (quand bien même ni le Paraguay ni l'Uruguay ne disposaient des règles spécifiques de protection des consommateurs jusqu'alors). Cf. C. LIMA MARQUES, « Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor », *RDC*, n° 23-24 (1997), p. 79-103, p. 101 sq ; « Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor », *RDC*, n° 26 (1998), p. 53-76, p. 74 ; « Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », *RDC*, n° 31 (1999), p. 16-44 ; A. P. GAIO JÚNIOR, *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003, p. 125. V. aussi Th. BOURGOIGNIE (ed.), *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Ed. Yvon Blais, 2009, p. 319 sq et p. 355 sq, respectivement ; et B. GRAEFF et W. M. PEREIRA, « L'initiative d'harmonisation régionale du droit de la consommation : les exemples du Mercosur et de l'OEA », in Ch. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry : université de Savoie, 2012, p. 25-36. Nonobstant cette « tentative avortée » de codification de règles matérielles dans le cadre régional, l'obligation d'aboutir à un texte commun en la matière persiste, puisque la Résolution 126/94 demeure en vigueur. En attendant l'avènement d'une réglementation portant les règles uniformes en la matière ou l'adoption de l'actuelle proposition d'un protocole sur la loi applicable aux contrats internationaux conclus par les consommateurs, c'est la loi du marché de commercialisation des produits qui est

sur la définition des concepts de base en matière de protection du consommateur a été récemment adoptée au sein du Mercosur²⁷⁵. Parmi les définitions y figurant, se trouve celle du consommateur, considéré comme celui qui achète un produit pour son usage personnel, en dehors du cadre de son activité professionnelle. Cette définition aura un impact sur l'ordre juridique national des États membres puisqu'en harmonisant ladite notion en droit interne elle peut aboutir à une approche unique et, parfois, plus restrictive que celle retenue par le droit des certains États membres²⁷⁶. Par ailleurs, avant l'avènement de la Résolution 34/2011, le Tribunal Permanent de Révision du Mercosur (TPR) avait retenu, dans son avis consultatif n° 1/2007, une définition commune de consommateur en interprétation de l'art. 2, inc. 6 du Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle de 1994 (Décision CMC n° 01/94) qui converge avec la définition retenue par Résolution n° 34/2011, d'autant plus que celle-ci englobe le consommateur personne morale, comme l'avait admis par hypothèse ledit avis. Ainsi, malgré le caractère non contraignant de ses avis consultatifs, le TPR indiquait déjà clairement qu'au sein du Mercosur la définition de consommateur en matière de contrats internationaux pourrait être différente de celle retenue en droit interne²⁷⁷.

La doctrine souligne également que, dans ce domaine, la décision prise par les autorités du Mercosur le 30 juin 1993 de bâtir une véritable politique commune de protection du consommateur²⁷⁸ a eu pour conséquence de provoquer l'avènement de la loi argentine de protection du consommateur, loi n° 24.240 du 22 septembre 1993²⁷⁹.

applicable, conformément à l'art. 2 de la Résolution du Groupe Marché Commun n° 126/94 (cf., parmi d'autres, Eduardo Antônio KLAUSNER, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia*: acesso e efetividade, 2^a Ed., Curitiba, Juruá, 2007, p. 85).

275 Mercosur/GMC/Res n° 34/2011 du 17 décembre 2011. A propos, v. FELDSTEIN DE CARDENAS (S. L.) et KLEIN VIEIRA (L.), "La noción de consumidor en el Mercosur", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), VOL. 3, N° 2, p. 71-84.

276 Cela semble être le cas par rapport aux droits brésilien et argentin, où la définition de consommateur comprend les personnes, notamment de la famille, à qui le rapport de consommation profite directement (cf. art. 2, par. unique CDC ; art. 1 de la Loi n° 24.240 d'octobre 1993). La définition retenue par la Résolution 34/2011 est aussi plus restrictive que celle figurant dans l'Annexe I du Protocole de Santa Maria sur la juridiction en matière de contrats conclus par les consommateurs (MERCOSUR/CMC/Decisión 10/96, toujours pas en vigueur).

277 À propos, v. LIMA MARQUES (C.), « Brésil - Rapport national », in D. Fernandez Arroyo (dir.), *La protection des consommateurs dans les relations internationales*, Asunción : La Ley, 2010, p. 47-96.

278 Procès-verbal de la réunion du Groupe Marché Commun du 30 juin 1993, Boletim de Integração Lationo-Americana, 10/38, 1993.

279 Newton DE LUCCA, « Processos comunitários de integração econômica e a proteção dos consumidores », *RDC* 16 (1995), p. 29-36, p. 34.

Dans le domaine du droit international privé, le Mercosur réglemente les matières considérées d'intérêt commun et nécessaires à la consolidation de l'intégration économique²⁸⁰. Dans ce domaine, l'un des premiers instruments adoptés en matière de conflit de lois a été le *Protocole de Saint-Louis* sur la loi applicable à la responsabilité résultant d'accidents de la circulation routière entre les États membres du Mercosur de 1996²⁸¹. Par exception au principe fondée sur l'adage *lex loci delicti*, l'alinéa 2 de l'art. 3 de ce Protocole dispose que si ceux qui ont causé l'accident ou ceux qui en ont subi le dommage sont des personnes domiciliées dans un autre État membre, c'est le droit interne de ce dernier qui s'applique. Outre la règle du lieu du délit, l'art. 3 du *Protocole de Saint-Louis* prévoit, *in fine*, la possibilité d'incidence du principe de proximité²⁸².

Or, dans le cadre du Mercosur, aucune réglementation interne des États membres ne semble avoir abandonné ou tout au moins nuancé les critères rigides et fixes au profit d'un critère souple et flexible en matière d'obligation extracontractuelle²⁸³. Par ailleurs, hormis la solution figurant au premier paragraphe de l'art. 30 de la *loi Vénézuélienne de droit international privé* du 6 août 1998²⁸⁴, qui détermine la loi applicable aux obligations contractuelles à défaut de

280 C. LIMA MARQUES, « *Procédure civile internationale et Mercosur : pour un dialogue des règles universelles et régionales* », art. préc., p. 465-484

281 Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito de 1996 (CMC / DEC. 1 / 96). Promulgué par le décret n° 3.856, du 3 juillet 2001.

282 Dans son cours à l'Académie de Droit International de La Haye, P. Lagarde définit ce principe comme étant « le principe qu'un rapport de droit doit être régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits et qu'un litige doit être rattaché, autant qu'il est possible, au for le plus proche. » (Cf. P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », *Recueil des cours*, 1986-I, t.196, p. 9 sq, p. 27.

283 La *lex loci delicti* est également consacrée dans les sources internationales. Ainsi les articles 165 à 169 du Code Bustamante : art. 165 – Les obligations résultant de la loi sont régies par le droit que les a établies ; art. 167 – Les obligations résultant des délits ou des fautes sont assujetties au même droit applicable au délit ou à la faute d'où ils procèdent ; art. 168 – Les obligations résultant d'actes ou d'omissions, dans lesquels intervient une faute ou négligence non sanctionnée par la loi, sont régies par le droit du lieu où la négligence ou la faute a eu lieu ; art. 169 – La nature et les effets des différentes catégories d'obligations, ainsi que leur extinction, sont régies par la loi de l'obligation dont il s'agit. V. aussi, l'art. 43 du *Traité de Montevideo* de 1940 : Les obligations ne résultant pas d'une convention sont régies par la loi du lieu où le fait licite ou illicite s'est produit et, le cas échéant, par la loi régissant les relations juridiques y afférentes. (Notre traduction).

284 Publiée à la « Gazette Officielle » n° 36.511 du 6 août 1998. Entrée en vigueur le 6 février 1999. Sur l'ensemble, v. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), « Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur », Thèse, préc., p. 194 sq.

choix²⁸⁵, le principe de proximité ne semble applicable à aucun autre Etat membre du Mercosur, où il n'est envisagé que de *lege ferenda* et toujours restreint à la seule matière contractuelle²⁸⁶, malgré des propositions déjà faites par la doctrine pour l'introduction du principe en matière délictuelle²⁸⁷.

Si les différents projets de réforme du droit international privé actuellement en cours d'examen dans certains États membres du Mercosur se sont largement inspirés de la doctrine nord-américaine en la matière et des récentes conventions internationales, notamment la Convention de Mexico de 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux, pour consacrer dans leurs systèmes de conflit de lois en matière contractuelle des critères flexibles²⁸⁸, rien ne nous semble interdire de penser que leur aboutissement, après des longues années en cours d'examens dans les Assemblées nationales, n'aura lieu que

285 Artículo 30. « *A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales* ».

286 En Argentine, deux projets de réforme du droit international privé sont en cours d'examen auprès du Pouvoir législatif. Ont été retenus comme critère subsidiaire la loi de l'État avec lequel le contrat présente « les liens les plus étroits », abandonnant ainsi les critères de rattachement rigides établis par le Code civil de 1871. Il s'agit des articles 2607 du *Livre VIII du Projet de Loi d'Unification du Code civil argentin* et du 1er paragraphe de l'article 72 du *Projet de Code de Droit International Privé*. Alors que ces deux Projets se placent dans la même lignée que les législations modernes, en adoptant le critère flexible et indéterminé fondé sur le principe de proximité, ils diffèrent néanmoins en ce qui concerne la manière dont le juge devra déterminer la loi présentant des liens plus étroits avec le contrat. En effet, tandis que le premier Projet est resté vague à cet égard, le second retient la notion de prestation caractéristique. Au Brésil, le critère des « liens les plus étroits » a été retenu dans deux projets de réforme de la Loi d'Introduction au Code civil de 1942, qui ne sont cependant plus en cours d'examen auprès du Sénat (Projet de Loi n° 4. 905/95 - *Projet de Loi d'Application des Normes Juridiques* ; Projet de Loi sur l'Application de Normes Juridiques de 2004). Ces propositions sont restées vagues la sur la manière dont le juge devra déterminer la loi présentant des liens plus étroits avec le contrat. Sur ces projets de réforme, v. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), « Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur », art. préc., p. 194 sq). Il convient de mentionner que l'actuelle proposition de modification du paragraphe 2 de l'art. 9 de la Loi sur l'application des normes du droit brésilien visant à introduire le critère de l'autonomie en matière contractuelle (PL 1782/2011) est silencieux à l'égard du principe de proximité.

287 En ce sens, v. LIMA MARQUES (C.), « Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito) », *Revista dos Tribunais*, vol. 690 (1998), p. 71-92.

288 A propos, v. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), « Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur », art. préc., p. 194 sq.

grâce à l'infléchissement des réticences à un critère flexible²⁸⁹, pour le moins source d'insécurité juridique²⁹⁰, provoqué par l'avènement du *Protocole de Saint-Louis* de 1996. En effet, bien qu'il ne constitue pas le seul texte applicable dans les autres États membres du Mercosur en ce sens, le *Protocole de Saint-Louis* peut contribuer à la modernisation des droits des conflits nationaux d'autant plus qu'il reflète, par ses solutions, le besoin de flexibilité des critères rigides normalement employés dans la règle nationale de conflit de lois déjà pressentie et mise en lumière par la doctrine avant même son avènement²⁹¹.

Il convient toutefois de remarquer que si le Brésil n'a pas encore adopté la proximité comme un principe de portée générale en matière d'obligations ou comme un critère de rattachement *stricto sensu*, comme l'ont évoqué quelques propositions de modernisation de la Loi d'application des normes du droit brésilien²⁹², la possibilité d'incidence de ce principe en matière des accidents de la circulation routière en vertu du droit du Mercosur, est le signe d'une possible inflexion future du système conflictuel, jusqu'à présent marqué par des rattachements exclusivement objectifs et rigides.

III. VOIES JURIDICTIONNELLES D'APPLICATION DU DROIT PRIVE : BREF APERÇU

Le droit privé brésilien s'applique tant par le juge étatique (A) que par l'arbitre conventionnellement investi des pouvoirs juridictionnels (B).

A. La voie judiciaire : une voie traditionnelle

À la dichotomie judiciaire qui connaît certains pays, comme la France ou la Suisse (certains cantons), s'oppose l'unité judiciaire brésilienne pour le règlement des litiges concernant l'ensemble du droit privé (1). L'autorité des décisions des cours supérieures connaît, par

289 Réticence qui n'est pas partagée par toute la doctrine. En ce sens, on a regretté que ce soit le seul texte fondé sur le principe de proximité applicable au Brésil : TIBURCIO (C.), « La diversité des sources du droit international privé – Rapport brésilien », art. préc., p. 184.

290 Comme l'a constaté Mme H. Gaudemet-Tallon à l'égard de la Convention de Rome, « la souplesse du rattachement est appréciable, mais elle peut aussi être un facteur d'incertitude [...] » (Hélène GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome de 19 Juin 1980 », *JCP - Europe*, 1996, Fasc. 3201, p. 6)

291 Pour le Brésil, v. la proposition de modification du texte de l'art. 9 de la Loi sur l'application des normes du droit brésilien faite par C. LIMA MARQUES, « Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito », art. préc., p. 89.

292 Cf. pour les obligations contractuelles l'avant-projet de loi n°. 4905/1995 (art. 11).

ailleurs, un régime bien particulier (2).

1. L'unicité judiciaire brésilienne

Au Brésil prévaut l'unité juridictionnelle pour le règlement des litiges concernant l'ensemble du droit privé, sauf en matière prud'homale²⁹³. Cette unicité juridictionnelle est observée en droit civil, en droit de l'entreprise et en droit de la consommation. Par rapport à ce dernier, les tribunaux de droit commun sont compétents, malgré l'existence d'un code spécifique (CDC). Cela amène certains auteurs à défendre la nécessité de créer des juridictions spécialisées en matière de droit de la consommation afin de rendre la protection du consommateur « plus effective »²⁹⁴.

Il est à noter que la justice commerciale a existé au Brésil dès 1808, lors de l'ouverture de ses ports au commerce international, avec la création de la *Real Junta do Comércio, Agricultura, Fabricas e Navegação* le 23 août 1808. Le Regulamento n° 738, du 25 novembre 1850 a supprimé la *Real Junta do Comércio* et donné leur règlement aux tribunaux de commerce alors créés par le Regulamento n° 737, de la même date. Ce « rétablissement » de la justice commerciale, peu après la promulgation du Code de commerce exprime certainement l'influence française et résulte de la distinction du droit civil et du droit commercial réalisée par les deux ordres juridiques à cette époque. Ces tribunaux ont été toutefois supprimés ultérieurement par le décret Impérial n° 2.662, du 9 octobre 1875. Depuis la justice étatique commune est devenue compétente pour juger tous les litiges commerciaux, y compris ceux relatifs au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Pour ces derniers, les tribunaux de première instance ont l'habitude de créer des varas spécialisées. L'organisation judiciaire concernant la justice commune varie dans chaque État fédéré. Une juridiction spéciale en la matière demeure toutefois en vigueur : il s'agit du *Tribunal Maritime Administratif*, crée par le décret n° 20.829, du 21 décembre 1931, et réglementé par le décret n° 24.585, du 5 juillet 1934. Ce tribunal s'est vu attribué des compétences disciplinaires et pénales en cas d'accidents de la navigation et constitue, en même temps, un organe de l'administration publique chargé de tenir différents registres.

Il est à noter, également, que malgré cette unicité juridictionnelle, la spécificité de certaines matières (le droit de la consommation ou des

293 A propos, v. SILVA BRAGA (V.), « L'organisation juridictionnelle », *Introduction du droit brésilien*, op. cit., p. 89-124 ; PAIVA DE ALMEIDA (D.), « Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien », art. préc., p. 62-65.

294 Cf. ARMELIN (D.), « Le consommateur et le procès: rapport brésilien », in Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVII – *Le consommateur : journées colombiennes* (24-28 septembre 2007), op. cit., p. 625 634, p. 654.

entreprises en difficulté) entraîne des dérogations aux règles communes de la procédure civile unifiée depuis 1939.

2. L'autorité des décisions des cours supérieures

Comme dans la plupart des pays, les cours supérieures brésiliennes ont la fonction primordiale de contrôle et d'uniformisation de l'interprétation de la loi. Si leur fonction de création du droit ne peut plus être contestée, des spécificités existent quant à l'effet obligatoire de décisions réitérées des tribunaux supérieurs.

Alors que la chose jugée a un caractère relatif, depuis des années, les cours supérieures brésiliennes édictent des énoncés (« *súmulas* »), qui consolident des décisions réitérées ne faisant plus l'objet de divergence au sein des tribunaux supérieurs (STF/STJ/TST). Par cette pratique, les cours supérieures renforcent bien leur pouvoir de création du droit²⁹⁵. Dans la majorité des cas, ces énoncés sont suivis par les chambres des cours supérieures et des cours d'appel, au point même de fonctionner comme moyen de non-recevabilité des pourvois formés sur la base de chefs de compétence constitutionnels. Ils ont une force persuasive auprès des juges du fond et jouent un rôle dissuasif vis-à-vis des plaideurs, pas toujours convaincus de l'intangibilité de ces énoncés. L'encombrement des tribunaux supérieurs et la pratique interne d'application systématique des énoncés avec force obligatoire ont conduit récemment le législateur à attribuer l'effet obligatoire à certains énoncés émanant du STF (« *súmula vinculante* ») par l'Amendement constitutionnel n° 45 du 30 décembre 2004, dans les conditions établies par la Loi n° 11.417 du 19 décembre 2006²⁹⁶. Le caractère obligatoire de la « *súmula vinculante* » ne doit cependant pas conduire à son assimilation à la règle du précédent, car la « *súmula vinculante* » est un énoncé rédigé selon une procédure spéciale et autonome des décisions qui lui ont servi de fondement. De surcroît, elles font l'objet d'un système spécial de publicité qui diffère de celui propre à une décision de justice.

L'impact des « *súmulas vinculantes* » du STF sur le droit privé est cependant limité aux questions, non de moindre importance, relevant du champ d'application de la Constitution, dont le STF est le « Gardien ». D'une trentaine de « *súmulas vinculantes* » adoptées par le STF jusqu'à présent, seulement une concerne le droit privé. Il s'agit de la « *súmula vinculante* » n° 25, qui établit l'illicéité de l'emprisonnement civil du

295 Cf. l'art. 4 de la Loi d'Introduction de 1942 : « dans les cas non prévus par la loi, le juge décidera en appliquant l'analogie, les usages et les principes généraux de droit ».

296 *DOU* du 20 déc. 2006. Cette loi régleme l'art. 103-A de la Constitution de 1988 et modifie la Loi n° 9.784 du 29 janv. 1999 sur l'édition, la révision et l'annulation des énoncés contraignants par le STF.

dépositaire infidèle, quelle que soit la modalité du dépôt²⁹⁷. De par leur origine, elles contribueront néanmoins à la « constitutionnalisation » du droit privé brésilien.

Le grand juge de droit privé au Brésil demeure le STJ, qui n'a cependant pas le pouvoir d'édicter des énoncés obligatoires. C'est donc les « súmulas » non obligatoires qui jouent le rôle primordial en droit privé. Celles-ci peuvent acquérir une plus grande importance avec l'avènement des nombreuses clauses générales à l'intérieur du Code civil de 2002, car des groupes de cas suggérant l'application de telle ou telle clause générale tendent à être constitués. La formation des groupes de cas par les énoncés du STJ ne doit toutefois pas porter atteinte à la nature et à finalité primordiale de la clause générale, à savoir à son aptitude à être concrétisée en fonction de la réalité des cas d'espèce et à promouvoir l'ouverture du système de droit privé²⁹⁸.

Enfin, les énoncés prononcés par les cours supérieures brésiliennes ne doivent cependant pas être confondus avec des « énoncés » formulés par la doctrine portant sur les dispositions du Code civil de 2002, notamment sur les clauses générales. Ces derniers constituent, en effet, la synthèse de la pensée de magistrats, professeurs, avocats, notaires et d'autres acteurs de la vie juridique brésilienne ayant pour tâche d'étudier les différents livres du nouveau Code civil au sein de divers comités thématiques des Journées de droit civil organisées par le Conseil de la Justice Fédérale. Plus récemment, ces Journées ont été étendues à la matière commerciale, 57 énoncés ayant été adoptés lors de la première Journée de droit commercial réalisé du 22 au 24 octobre 2012 au Centre d'études judiciaires de la Justice fédérale²⁹⁹. Il est à noter que les « énoncés » approuvés au sein de ces comités n'expriment pas la position du Conseil, encore moins celle du STJ. La prise en compte de ces « énoncés » par la doctrine et leur invocation par les juges, toutes instances confondues, attestent en revanche l'autorité scientifique qui leur est accordée par l'ensemble des professions juridiques³⁰⁰.

297 Súmula Vinculante n° 25, en application de l'art. 5, LXVII et § 2 de la CF/88 combiné avec l'art. 7, § 7 du Pacte de San José de Costa Rica et avec l'art. 11 du Pacte international sur les droits politiques et civils.

298 En ce sens, MENKE (F.), « A interpretação das cláusulas gerais : a subsunção e a concreção dos conceitos », art. préc., p. 9-35.

299 Les énoncés de la première Journée de droit commercial ont trait à diverses questions liées au droit commercial, comme la société à responsabilité limitée individuelle (Eireli), l'enregistrement des marques et des brevets, les noms de domaine, l'application du Code de protection des consommateurs aux contrats commerciaux, la fonction sociale du contrat et la récupération judiciaire des entreprises.

300 L'ensemble des « énoncés » approuvés dans le cadre de ces Journées de droit civil a fait récemment l'objet d'une compilation : R. R. AGUIAR JUNIOR (org.), *Jornada de Direito Civil*, Brasília : CJE, 2007. Les 57 énoncés de la première Journée de droit commercial sont disponibles à l'adresse : <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/Enunciados%20aprovados%20>

B. L'arbitrage: une voie en expansion

Au Brésil, les principaux textes régissant l'arbitrage sont la loi n° 9.307 de 1996, l'Accord sur l'arbitrage commercial international dans le cadre du Mercosur, signé à Buenos Aires le 23 juillet 1998, la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des sentences et des décisions arbitrales étrangères de 1979, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1975, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 et le Protocole sur la clause d'arbitrage signée à Genève en 1923.

Certains aspects de la loi brésilienne sur l'arbitrage de 1996 méritent d'être soulignées. Le premier est que la justice arbitrale présente un champ d'application *ratione personae* très étendu : toutes les personnes capables contractuellement peuvent se servir de l'arbitrage (art.1^{er}). Il n'y a pas ici à distinguer entre commerçant et non-commerçant ou entre professionnel et non-professionnel, comme en droit français, par exemple. Il faut cependant que – *ratione materiae* - la question litigieuse porte sur des « droits patrimoniaux disponibles ». Le champ de la loi brésilienne est tellement large que même les contrats conclus par les consommateurs, ainsi que les contrats d'adhésion peuvent être soumis à l'arbitrage (art. 4). En effet, si le CDC établit comme abusive la clause qui prévoit l'arbitrage obligatoire (art. 51, VII), il reste néanmoins silencieux sur la clause compromissoire librement négociée. La loi sur l'arbitrage lui étant postérieure et prévoyant expressément la forme et les conditions de validité de la clause compromissoire insérée dans les contrats d'adhésion semble être un argument de poids pour l'élargissement du champ d'application de cette loi aux contrats conclus par les consommateurs³⁰¹. Par ailleurs, l'art. 4, V CDC encourage expressément l'utilisation de mécanismes alternatifs de règlement des différends dans les litiges concernant les rapports de consommation³⁰². Quoi qu'il en soit, les clauses obéissent à des règles spéciales, comme celle sur la clause compromissoire figurant

na%20Jornada%20de%20Direito%20Comercial.pdf

301 Une décision en cours d'instance de la Cour d'appel de Rio de Janeiro l'a ainsi admise: TJRS : Agravo de Instrumento n° 2001.002.09325, 2^a Câmara Civil, cité par I. AGUILAR VIEIRA, « L'arbitrage au Brésil », art. préc., p. 2. Sur la polémique autour de l'arbitrabilité des litiges de consommation, v. LIMA MARQUES (C.), « Rapport national : droit brésilien », art. préc.

302 Le avant-projet de révision du CDC sur la contractation électronique envisage rendre nulle toute clause compromissoire ou d'élection de for conclue par le consommateur (conformément à la rédaction suggérée de l'art. 101, III par le *Projet visant améliorer les dispositions du chapitre I du Titre I du CDC et réglementer le commerce électronique*, cf. notes 154 et 155, *supra*).

dans l'art. 4, § 2 de la Loi n° 9.307 de 1996.

À l'égard des sociétés d'économie mixte et des sociétés d'État, le droit brésilien ne dispose pas d'une règle telle que celle de l'art. 2060 du Code civil français, selon laquelle « *des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». Sur ce point, une zone grise existait dans la pratique arbitrale au Brésil. On trouvait une certaine résistance à accepter l'arbitrage tant de la part des autorités que du pouvoir judiciaire, la disponibilité des droits concernant les personnes de droit public ou les sociétés dont l'État était actionnaire majoritaire faisant souvent obstacle à l'admission de la clause compromissoire dans les contrats les concernant³⁰³. Les quelques affaires portées devant les tribunaux brésiliens par les sociétés brésiliennes visant l'annulation d'une convention d'arbitrage ont plutôt connu des succès, notamment par rapport aux arbitrages rendus à l'étranger. Cependant, deux décisions des cours d'appel (*Paraná – aff. Energética Rio Pedrinho S/A vs. Copel Distribuição S/A* ; et District Fédéral – aff. CAESB) ont reconnu l'effet positif de la convention d'arbitrage concernant des sociétés brésiliennes d'économie mixte³⁰⁴. En 2005, le STJ a définitivement reconnu la validité de la clause arbitrale signée par des entités étatiques³⁰⁵, solution qui s'est affirmée depuis au sein de sa jurisprudence³⁰⁶. Il convient également de mentionner que la loi sur les concessions de 1995³⁰⁷ et la loi sur les partenariats public-privé de 2004 admettent le recours aux modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux contrats qu'elles régulent, dont l'arbitrage³⁰⁸.

303 Comme l'a justement remarqué un auteur, autant le critère subjectif semble être simple à cerner, autant le critère objectif d'arbitrabilité des litiges semble plus compliqué puisque la loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par fondé sur le « droits patrimoniaux disponibles » ; si ces derniers sont souvent identifiés comme droits pouvant faire l'objet d'une convention, il convient d'y voir plutôt une manière dont ces droits peuvent être disposés qu'une véritable définition. Cf. GARCIA DA FONSECA (R.), « Arbitrating in Brazil. A practitioner's checklist », *RArb* 28 (2011), p. 29-43, p. 38.

304 Citées par WALD (A.), « Le droit brésilien de l'arbitrage », in *Le droit brésilien: ..., op. cit.*, p. 405-432.

305 STJ, REsp 612439/RS, Rapporteur J. O. de Noronha, 2e Chambre, affaire jugée le 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299.

306 En dernier lieu, v. STJ, REsp. 904.813/PR, Compagás c/ Passarelli, Rapporteur Nancy Andrighi, 3e Chambre, affaire jugée le 20/10/2011, note A. Wald, *RArb* 33 (2012), p. 361-376. V. auparavant STJ, REsp 606345/RS, Rapporteur J. O. de Noronha, 2e Chambre, affaire jugée le 17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240; MS 11.308/DF, Rapporteur L. Fux, 1re Section, affaire jugée le 09/04/2008, DJe 19/05/2008 (et précédents du STF cités).

307 Loi 8987/95, dont l'art. 23, XV établit que parmi les clauses et les conditions essentielles du contrat de concession de service public doivent figurer celles relatives aux « for et modes de solution amiable des litiges contractuels ».

308 Loi n° 11.079 du 30 décembre 2004, dont l'art. 11, III stipule que le projet de contrat

Une autre particularité de la loi brésilienne sur l'arbitrage est que, tout en affirmant le caractère juridictionnel et autonome de l'arbitrage, elle établit des règles plus détaillées sur les liens de coopération entre la justice arbitrale et la justice étatique, le rôle et les situations d'appui de cette dernière étant bien définis par la loi. La jurisprudence actuelle tend à respecter cette autonomie, notamment en matière de saisine du tribunal et de son fonctionnement ainsi qu'en matière de mesures conservatoires et provisoires³⁰⁹, n'admettant l'exercice par le juge étatique de sa fonction d'appui que dans le cas expressément prévu par la loi d'arbitrage. Plus largement, suite à la déclaration de la constitutionnalité de la loi brésilienne sur l'arbitrage de 1996 par le STF en 2001³¹⁰, les tribunaux brésiliens, en particulier le STJ, se montrent très en faveur de l'arbitrage³¹¹. Illustratif à cet égard fut l'adoption par le STJ, le 28 juin 2012, de la *Súmula* n° 485, selon laquelle « la loi sur l'arbitrage s'applique aux contrats contenant une clause d'arbitrage, encore que conclus avant son édicition ».

Une dernière particularité à souligner est le critère utilisé par la loi brésilienne pour reconnaître le caractère interne ou international de l'arbitrage. À rebours du droit français, référence en la matière, le droit brésilien, suivant le critère de la Convention de New York de 1958, considère comme international l'arbitrage qui s'est déroulé à l'étranger (art. 34). Il y a ici une forte tradition territorialiste, propre d'ailleurs au droit international privé brésilien.

L'intérêt du droit brésilien n'étant aujourd'hui plus à démontrer, cette étude veut néanmoins inviter les juristes à visiter les données fondamentales du droit privé brésilien lors de leurs études

pourra prévoir de mécanismes privés de solution des différends, y compris l'arbitrage, à être réalisé au Brésil, en langue portugaise, conformément à la loi n° 9.307 du 23 septembre 1996, afin de résoudre les conflits résultant ou en rapport avec le contrat.

309 Remarquons que très récemment, le STJ a mis fin à une forte controverse en la matière, en décidant que dès lors que le tribunal arbitral est constitué, il est le seul compétent pour prononcer des mesures conservatoires et provisoires. C'est seulement en cas de refus d'exécution par la partie contre laquelle une telle mesure est prononcée que le recours aux tribunaux étatiques est admis. À défaut d'un tribunal arbitral déjà constitué, la compétence pour prononcer de telles mesures d'urgence demeure dans le ressort du juge étatique. Cf. STJ, Resp 1.927.974/RJ, Itarumã c/ PCBIOS, Rapporteur Nancy Andrichi, 3e Chambre, affaire jugée le 10/06/2012, RArb 36 (2013) (à paraître).

310 STF, AgRg dans SE 5.206/ES, affaire jugée le 12/12/2011, Rapporteur Sepúlveda Pertence, RTJ 190, p. 908-1027.

311 Cf. WALD (A.), GERDAU DE BORJA (A.) et DE MELO VIEIRA (M.), « A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012) », RArb 35 (2012), p. 15-31.

comparatives concernant l'une de ses institutions. La méthode choisie pour la réalisation de cette étude ne saurait exclure d'autres approches susceptibles de s'imposer en fonction de la démonstration envisagée. Quant au fond, elle ne saurait être exhaustive, des pans des matières et des problématiques corrélatives ayant été volontairement mis de côté pour des besoins de synthèse.

La réalisation de cette étude est fondée sur la conviction de l'importance des éléments de droit positif jugés fondamentaux pour la compréhension de la structure et du fonctionnement des ordres juridiques susceptibles d'être mis en comparaison. La connaissance de tels éléments permet au comparatiste d'avancer avec moins de risque sur le terrain toujours mouvant qu'est le système juridique d'autrui.

Enfin, à côté d'une littérature foisonnante de présentation et de comparaison du droit privé brésilien avec d'autres ordres juridiques, puisse ce panorama contribuer à une meilleure appréhension du système de droit privé brésilien, ainsi qu'à attirer l'attention des juristes pour les études du droit brésilien, qui se présente comme un vaste chantier de droit comparé.

BIBLIOGRAPHIE

AGUIAR JR. (R. R.), *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.

_____. (org.), *Jornadas de Direito Civil*, Brasília : CJE, 2007.

AGUILAR VIEIRA (I.), *L'Applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil*, Strasbourg, PUS, 2010.

_____. « L'arbitrage au Brésil », *Bulletin du CEDIDAC*, n° 52, décembre 2009, p. 1-7.

_____. « A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor », *Revista dos Tribunais*, vol. 791, p. 31 sq.

_____. « Deveres de Proteção e Contrato », *Revista dos Tribunais*, vol. 761 (1999), p. 68 sq.

_____. et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « L'influence du Code de commerce français au Brésil (Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807) », *RIDC*, 2007-1, p. 27-78.

AGUINIS (A. M.), « Regimes societários no Mercosul », in Baptista (L. O.) (Coord.), *Mercosul: a estratégia legal dos negócios*, São Paulo, Maltese, 1994.

ALMEIDA COSTA (M. J.), *História do direito português*, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 2007.

ARAÚJO (N.) (coord.), *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça – Comentários à Res. 9 do STJ*, Rio de Janeiro,

Renovar, 2010.

_____. *Direito internacional privado*, 4^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

_____. *Direito internacional privado*, 3^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____, GAMA JR. (L.) et VARGAS (D.), « Temas de direito internacional privado no Projeto de novo Código de Processo Civil », *RArb* 28 (2007), p. 147 sq.

ARMELIN (D.), « Le consommateur et le procès: rapport brésilien », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome LVII – Le consommateur : journées colombiennes (24-28 septembre 2007), op. cit., p. 625 634, p. 654.

ARRIGHI DE CASANOVA (C. A.) et DOUVRELEUR (O.), « La codification par ordonnances. À propos du Code de commerce », *JCP G*, n° 2, 10 janvier 2001, I, p. 285 sq.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français*, coll. Trav. de l'Assoc. Henri Capitant, vol. XV, Paris: Litec, 1994.

BAPTISTA (L. O.), *Dos Contratos Internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1994.

BASDEVANT-GAUDEMET (B.) et GAUDEMET (J.), *Introduction historique au droit*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2010.

BASSO (M.), « A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 12, 1996, Porto Alegre, 1996, p. 198-211.

BENTO DE FARIA, *Direito comercial, t. I – Do comércio em geral, Parte Primeira*, Rio de Janeiro, Coelho Franco Filho, 1947.

BERR (C. J.), « L'influence de la construction européenne sur l'évolution du droit privé français », *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1964, p. 1-21.

BIGOT (G.), « La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, 38, 2003, p. 97-111.

BOUINEAU (J.) et ROUX (J.), *200 ans de Code civil*, Paris, ADPF, 2004.

BOURGOIGNIE (Th.) (ed.), *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Ed. Yvon Blais, 2009.

BRAGA DA CRUZ (G.), « Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro », *Scientia Iuridica*, IV (1954-1955), p. 32-77.

BULGARELLI (W.), *Tratado de direito empresarial*, São Paulo, Atlas, 2000.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), « Le nouveau code de commerce : une mystification », *D.* 2001, chr., p. 366 sq.

CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 7e éd., Dalloz, 2006.

CANÇADO TRINDADE (A. A.), «International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II) », *RCADI*, 317 (2005), p. 9 sq.

CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, 2e éd., Paris, PUF, 2002, p. 142-146).

CARUSO MAC-DONALD (N. C.), « O Projeto de Código civil e o direito comercial », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 16 (1999), p. 139-160.

CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933.

CASTRO (A.), *Direito Internacional Privado*, vol. II, 1a ed. Rev. e atual. por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

_____. *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

COMPARATO (F. K.), « A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988 », *Revista de Direito Mercantil*, vol. 80 (1990), p. 66-75

_____. « Projeto de Código civil », *RDM* n° 17 (1975), p. 173-175.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., coll. « Quadrige », Paris, Puf, 2004.

COUTO E SILVA (C. V.), « O Direito civil em perspectiva histórica e visão de futuro », *Revista de Informação Legislativa*, n° 97 (I-1988), p. 163 sq.

_____. « O conceito de empresa no direito brasileiro », *Revista da Ajuris*, n° 37, 1986, p.42-59.

_____. « O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português », in *Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*, São Paulo, RT, 1980, p. 41 sq.

_____. *A Obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

CRISTAS (A.), « O Código civil no contexto do direito privado », in *Verträge der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung*, S. Grundmann et alii (dir.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, p. 29-40.

DANILEVICZ BERTONCELLO (K. R.), « Surendettement et droit de la consommation - Rapport brésilien », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.), Morais da Costa (T.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Graeff (B.), Vilarino (T.) (sous la direction de), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1007-1035.

DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 25-182.

_____. « Structure et idéologie du droit brésilien », *Cahiers de législation*

et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine, n° 17-18, Janvier-Juin 1954, p. 5-20.

DEL'OLMO (F.), « Direito do consumidor e direito internacional privado », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 68 (2008), p. 108-116.

DOLINGER (J.), *Private International Law in Brazil*, *Kluwer Law International*, 2012.

_____. *A Evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1979.

DROZ (G. A. L.), « L'harmonisation des règles de conflit de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d'États », *Rapports généraux au VIème Congrès International de Droit Comparé* (Hambourg, 1962), Bruxelles, 1964, p. 393-433.

EICHLER (H.), « Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito », trad. R. Limongi França, *Revista de direito civil*, 1977, vol. 2, p. 43-58.

ESPÍNOLA (E.) et ESPÍNOLA FILHO (E.), *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, 2ª ed. atualizada por Silva Pacheco, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

ESPLUGUES MOTA (C.) et AGUILAR VIEIRA (I.), *Compraventa internacional de Mercaderías : Los Incoterms 2000*, in C. Esplugues Mota et D. Hargain (orgs.), *Derecho del comercio internacional – Mercosur et Unión Europea*, Madrid, Reus, 2005, p. 399-435.

FELDSTEIN DE CARDENAS (S. L.) et KLEIN VIEIRA (L.), *La noción de consumidor en el Mercosur*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), Vol. 3, N° 2, p. 71-84

FENOUILLET (D.) et LABARTHE (F.) (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002.

FERREIRA (W.), *Tratado de direito comercial*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1960.

_____. « O código comercial no século », *Rev. de direito mercantil*, vol. 1 (1951), p. 7-20.

FRADERA (V. M. J. de), « La culture Juridique et l'acculturation du droit – Rapport national brésilien », in *La culture Juridique et l'acculturation du droit*, *Revue Juridique de l'ISaidat*, (2011), volume 1 Special Issue 1, Article 4, 11p.

_____. « La partie générale du Code civil », in *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 203-221.

_____. « Langue et droit au Mercosur - Brésil », in *Langue et droit*, XV Congrès international du droit comparé, Bristol, 1998 : collection des rapports, Erik Jayme (éd.), Bruxells, Briuylant, 2000, p. 123-140.

_____. « Les contrats du consommateur : rapport brésilien », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome LVII – Le consommateur : journées colombiennes (24-28 septembre 2007), Bruxelles, Bruylant, 2010, p.

55-64.

FRANCESCHINI (J. I.), « A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais », in *Contratos internacionais*, Grandino Rodas (J.) (dir), 3^a ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 66-121.

FREMERY (A.), *Études de droit commercial ou le droit fondé sur la coutume universelle des commerçants*, Paris, Alex-Gobelet, 1833.

FRIEDRICH (T. S.), *Normas Imperativas de Direito Internacional Privado – Lois de Police*, Belo Horizonte : Forum, 2007.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Le rôle des Cours suprêmes en matière économique – Dossier scientifique*, Paris, *Regulatory law review/ Lextenso*, 2010.

FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle en France et dans le monde*, Paris, Dalloz, 2013.

_____. « L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil », in *La lettre du Centre français de droit comparé*, n° 58, oct. 2009, p. 4-6.

GB, « Le code de commerce nouveau est arrivé ! (« Arrêter de recoder ! ») », *Bull. Joly* 2000, p. 883.

GAIO JÚNIOR (A. P.), *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003.

GALINDO DA FONSECA (P.), « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 23.1 (2010), p. 115-155.

GAMA ET SOUZA JR. (L.), « Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro : Uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável », in *O Direito internacional contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Tiburcio (C.) et Barroso (L. R.), Rio de Janeiro, 2006, p. 611 sq.

_____. « Prospects for the Unidroit Principles in Brazil », *Revue de droit uniforme*, 2011, p. 613 sq.

GARCIA DA FONSECA (R.), « Arbitrating in Brazil. A practitioner's checklist », *Rarb* 28 (2011), p. 29-43, p. 38.

GAUDEMET-TALLON (H.), « Convention de Rome de 19 Juin 1980 », *JCP – Europe*, 1996. Fasc. 3201.

GAZZANIGA (J.-L.), « Rédaction des coutumes et codification », *Droits*, n° 26 (1998), p. 71-80.

GERKENS (J.-F.), *Droit privé comparé*, Bruxelles, Larcier, 2007.

GOLAB (S.), « Théorie et technique de la codification », *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, vol. I, Modena, Società Tipografica Modenese, 1930.

GOMES DA SILVA (S. A. R.), « Teoria da empresa – um retorno ao critério subjetivo », *Revista dos Tribunais*, vol. 783, 2001, p. 16 sq.

GOULE (P.) et alii, *Code civil des États-Unis du Brésil : loi n° 3071 du 1er janvier 1916, avec les modifications résultant de la loi n° 3725 du*

15 janvier 1919, Paris, Imprimerie Nationale, 1928.

GRAEFF (B.), « L'interdiction des clauses abusives dans les contrats de consommation en France et au Brésil », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 321-337,

et PEREIRA (W.), « commentaires », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.), Morais da Costa (T.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Graeff (B.), Vilarino (T.) (sous la direction de), Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1036-1044.

_____. « L'initiative d'harmonisation régionale du droit de la consommation : les exemples du Mercosur et de l'OEA », in Ch. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry : université de Savoie, 2012, p. 25-36

GRANDINO RODAS (J.), « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », in Contratos internacionais, *Contratos Internacionais*, Grandino Rodas (J.) (dir), 3^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-65.

_____. « Substituenda est lex introdutoria », *Revista dos Tribunais*, vol. 630, 1988, p. 243-245.

et CAMPOS MONACO (G. F.) (org.), Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil, Brasília: FUNAG, 2007 HALPERIN (J.-L.), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004.

JACOBI MICHEL (A.), « Les limites contractuelles dans les relations hors mariage en droit français et en droit brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 391-398.

JAEGER Jr. (A.), Das neue brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensrecht, in Jayme (E.) et Schindler (Ch) (dir), *Portugiesisch – Weltsprache des Rechts*, op. cit., p. 217-235.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « A influência do direito francês sobre os direitos latino-americanos (Direito Contratual) », in Aguilar Vieira (I) (org.), *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 35-52, spec. p. 44-50.

_____. « Le contrat – Rapport de synthèse », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes*, tome LV (2005), Paris, SLC, 2008, p. 1- 22.

_____. « La structure du droit français », in *La structure des systèmes juridiques*, sous la direction de Moréteau (O.) et Vanderlinden (J.),

Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 265 – 275.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO (A.), « Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado », *Revista dos Tribunais*, vol. 750, p. 113 sq.

_____. « Rapport brésilien - La révision du contrat », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées brésiliennes, tome LV (2005), Paris, SLC,

KLAUSNER (E. A.), *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2^a Ed., Curitiba, Juruá, 2007.

KRYNEN (J.), « Le droit romain : droit commun de la France », *Droits*, 38, 2003, p. 21-35.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité en droit international privé », *Recueil des cours*, 1986-I, t.196, p. 9 sq.

LANEYRIE (G.) et DUBOIS (J.), *Code civil portugais du 1er juillet 1867* (traduit et annoté), Paris, Impr. Nationale/ Société de législation comparée, 1896.

LANNI (S.), *Brasile, Estratto da Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, *UTET Giuridica*, 2012, p. 125-157, p. 127-134.

LE BARS (T.), « Nouvelles observations sur la codification “ à droit constant ” du code de commerce », *JCP E* 2000, p. 2164.

LEMOALLE (É.), « Le droit civil », in *Introduction au droit brésilien*, sous la direction de D. P. de Almeida, Paris, Harmattan, 2006, p. 271-293.

LEVENEUR (L.), « Code Civil, Code de commerce et Code de la Consommation », in *Le Code de Commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2007, p. 81-93.

LICARI (F.-X.) et BAUERREIS (J.), « Das neue französische Handelsgesetzbuch. Ein kritischer Beitrag zur Methode der codification à droit constant », *ZEuP*, 1/2004, p. 132-152.

LIMA MARQUES (C.), « Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch vom 2002 : Bemerkung zum neuen Unternehmensrecht und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzbuch von 1990 », in Jayme (E.) et Schindler (Ch.) (dir.), *Portugiesisch – Weltsprache des Rechts*, Aachen : Shaker, 2004, p. 127-153.

_____. « L'expérience de la codification et de la réforme du droit de la consommation au Brésil », in *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Cowansville : Yvon Blais, 2006, p. 74-91.

_____. « Rapport national : droit brésilien », in Fernández Arroyo (D. P.) (dir.), *La protection des consommateurs dans les relations internationales*, Asunción : CEDEP/ASADIP/Brasilcon, 2010, p. 47-95.

_____. « Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales », *Revue de droit uniforme*, 2003-1/2, p. 465-484.

- _____. « Das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916 », in Jayme (E.) et Mansel (H.-P.) (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 73-97.
- _____. « Três diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinimias pelo ‘diálogo das fontes’ », in: Pfeiffer (R. A. C.) et Pasqualotto (A.) (org.), *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, São Paulo, RT, 2005, p. 11-82.
- _____. *Diálogo das fontes – Do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. « Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito) », *Revista dos Tribunais*, vol. 690 (1998), p. 71-92
- _____. « A chamada crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato », in Lima Marques (C.) (coord.), *A nova crise do contrato. Estudos sobre a Nova teoria contratual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.
- _____. « Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor », *RDC*, nº 23-24 (1997), p. 79-103, p. 101 sq.
- _____. « Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor », *RDC*, nº 26 (1998), p. 53-76.
- _____. « Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », *RDC*, nº 31 (1999), p. 16-44.
- LIPPERT (M. M.), *A empresa no Código Civil, elemento de unificação no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- LOVISI (C.), *Introduction historique du droit*, 3e ed., Paris, Dalloz, 2007.
- LUCCA (N.), « Processos comunitários de integração econômica e a proteção dos consumidores », *RDC* 16 (1995), p. 29-36.
- MARTINS-COSTA (J.), *Comentários ao novo Código civil*, vol. 5, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- _____. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. « A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações, *JB* 200, p. 3-39.
- MALAUERIE (Ph.), « L’utopie et le bicentenaire du Code civil », in 1804-2004 : *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1-8.
- MAZEAUD (D.), « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297-724.
- MELO VALENÇA FILHO (C.) « Le Code de commerce: un point de

vue brésilien », in *Bicentenaire du Code de commerce: 1807-2007 – Les actes des colloques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 265-270.

MENKE (F.), « A interpretação das cláusulas gerais : a subsunção e a concreção dos conceitos », *Revista de Direito do consumidor*, n° 50 (2004), p. 9-35.

MEYER RUSSOMANO (G. M. C.), *Direito internacional Privado do Trabalho*, Rion de Janeiro, Forense, 1979.

MOLFESSIS (N.), « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 186 sq.

MONEGER (J.), « De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE* 2004, p. 171-196.

MORAIS DA COSTA (T.), « Le droit constitutionnel : la protection des droits fondamentaux », dans PAÍVA DE ALMEIDA (D.), *Introduction au droit brésilien*, L'Harmattan, 2006, p. 47-87.

MOREAU (L. L.) et CARLETON (H.), *The laws of Las siete partidas: which are still in force in the state of Louisiana*, Volume 1, New Orleans, James M'Karahr, 1820.

MORVAN (P.), *Les principes de droit privé*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 1999.

_____. *Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation, présenté dans Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006*, le 4 avril 2006, disponible à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf

MOYSAN (H.), « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *JCP G* 2002, p. 1231.

OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code Civil*, Albin Michel, coll. « *L'évolution de l'humanité* », 1985.

PAÍVA DE ALMEIDA (D.), « Données fondamentales pour la comparaison en droit public français et brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 41-66, p. 41.

PELLEGRINI GRINOVER (A.) et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9^a éd., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PIGNATTA (F. A.), « Le droit brésilien des contrats – Quelques différences par rapport au droit français », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 295-

306.

PIOVESAN (F.), « Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana » ; in On bogdandy (A.) et alii (dir.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

PONTES DE MIRANDA (F. C.), Fontes e evoluções do direito civil brasileiro, *Col. Econômica e jurídica*, vol. CCXIV, Rio de Janeiro, 1928.

PORTALIS (J.-M.-E.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in Portalis (J.-M.-E.), *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, PUC, 2010.

POSENATO (N.), *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Milano, Cedam, 2010.

Propositions pour un nouveau droit de la consommation, La documentation française, 1985.

Propositions pour un code de la consommation, La documentation française, 1990.

REALE (M.), « Visão Geral do novo Código Civil », in *Novo Código Civil brasileiro, estudo comparativo com o Código de 1916, Constituição Federal, legislação comparada e extravagante*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. IX-XIX.

_____. [chapitre 1], in A. H. Ferreira (dir.), *O novo Código Civil. Discutido por juristas brasileiros*, Campinas, Bookseller, 2003, p. 27-61.

REIGNE (Ph.) et DELORME (T.), « Une codification à droit trop constant. À propos du code de commerce », *JCP E* 2001, act. n° 1, p. 2 sq.

REQUIÃO (R.), *Curso de direito comercial*, vol. 1, 25ª ed., atual. por R. E. Requião, São Paulo, Saraiva, 2003.

RICHARD (E.), « Les sources et l'encadrement du droit des affaires », in É. Richard (dir.), *Droit des affaires – Questions actuelles et perspectives historiques*, Rennes, PUR, 2005

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. 1, v. 1, par L. Vogel, 18e éd., LGDJ, 2001.

RODIÈRE (R.), « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC* 1990, n° spécial – vol. 2, p. 309-317.

RUSSELL (A.), « O direito comercial e sua codificação », in *Livro do centenário dos cursos jurídicos (1827-1927)*, vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1928, p. 125-156.

SAINT-JOSEPH (A.), *Concordances entre les Codes étrangers et le Code de commerce français*, 2e éd., Paris, Videcoq, 1851

SALOMÃO FILHO (C.), « O Mercosul como modelo de regulação do Mercado », in João Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, (dir), 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 401-426.

SANTOS JUSTO (A.), « Direito Brasileiro: raízes históricas », *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 2, p. 1-14.

SCHIAVONE (A.), *Ius – L'invenzione del diritto in Occidente*, Turino : Giulio Einaudi editore, 2005.

SCHMIDT (J. P.), *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

SILVA LISBOA (J.), *Princípios de direito mercantil e lei de marinha*, vol. II, Rio de Janeiro, Cândido Mendes, 1874.

SOURIOUX (J.-L.), « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français », in *Journées de la Société de Législation comparée – Année 1988, RIDC*, n.º spécial, vol. 10, 145-158.

STRENGER (I.), *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

TEPEDINO (G.), « Les contrats de consommation au Brésil », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 433-443

_____. « Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula “to the best knowledge of the sellers » », *Revista Forense*, vol. 377, p. 237 sq.

_____. et SCHEREIBER (A.), « Culture et droit civil : rapport brésilien », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome LVIII – *Droit et culture : journées louisianaises* (19-23 mai 2008), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 87-98.

THIREAU (J.-L.), *Introduction historique au droit*, 3e éd., Paris, Flammarion, coll. « Champs Université », 2009.

TIBURCIO (C.), « La diversité des sources du droit international privé – Rapport brésilien », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.), Morais da Costa (T.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Graeff (B.), Vilarino (T.) (sous la direction de), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 171-185.

ULHOA COELHO (F.), *O futuro do direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 2011

VALLADÃO (H.), *Einfluss des deutschen Rechts auf das brasilianische Zivilgesetzbuch* (1857-1922), Rio de Janeiro, s.n., 1973.

VASCONCELLOS BENJAMIN (A. H.) ; LIMA MARQUES (C.); ROSCOE BESSA (L.), *Manual de Direito do Consumidor*, 3e ed. São Paulo, RT, 2010.

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (F.), *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*, Thèse, Strasbourg, 2010.

_____. « Le régime de détermination de la loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs en droit français et en droit brésilien

», in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien— Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 399-424.

VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), « Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien— Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p. 67-149.

_____. « Lever le voile social. Regards croisés en droit des sociétés français et brésilien », in : *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, sous la direction de Storck (M.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Morais da Costa (T.), Paris, L'Harmattan, 2010, p.

_____. L'indivisibilité des règles de conflit et des règles matérielles, Mémoire, DEA, Université Robert Schuman, 2003.

_____. « A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado como fonte de direito uniforme para os processos regionais de integração econômica », in : *Protección de los consumidores em América, Los trabajos de la CIDIP* (OEA), sous la coordination de Fernández Arroyo (D. P.) et Moreno Rodríguez (J. A.), Asunción : *Revista Jurídica La Ley*, 2007, p. 303-346

_____. « La diversité des sources du droit international privé : commentaires à la table-ronde », in *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.), Morais da Costa (T.), Vieira da Costa Cerqueira (G.), Graeff (B.), Vilarino (T.) (sous la direction de), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 207 sq.

_____. « Garantias e exclusão da responsabilidade no novo direito brasileiro da compra e venda », in *Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos*, Grundmann (S.) et dos Santos (M.) (dir.), Coimbra, Almedina, 2008, p. 89-153.

_____. « Defective performance in contracts for the international sale of goods. A comparative analysis between the Brazilian Law and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods », in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG)/ *Pace International Law Review*, 2005-2006, p. 23-84.

_____. « A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Entre subsunção e concreção, uma teoria em prol da pessoa jurídica », in *Verträge der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung*, S. Grundmann et alii (dir.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, p. 91-128.

_____. « A Conferência de Haia de direito internacional privado », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20 (2001), p. 171-192.

_____. et RIBEIRO OERTEL (R.), « O direito comercial », in Morais da Costa (Th.), *Introdução ao direito francês*, vol. II, Curitiba, Juruá, 2009, p. 313-392.

WALD (A.), (sous la direction de), *Code Civil brésilien*, Édition bilingue Brésilien/Français, Paris, SLC, 2009.

_____. « Le droit brésilien et le Code civil de 2002 », in *Code Civil brésilien*, sous la direction de A. Wald Édition bilingue Brésilien/Français, Paris, SLC, 2009, p. 15-28.

_____. « Le droit de l'entreprise au XXIe et le Code civil brésilien », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 249-273.

_____. « Le droit brésilien pendant la deuxième moitié du XXe Siècle », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 183-198.

_____. « Le droit brésilien de l'arbitrage », in Wald (A.); Jauffret-Spinosi (C.) (dir.), *Le droit brésilien : hier, aujourd'hui et demain*, Paris, SLC, 2005, p. 405-432.

_____. GERDAU DE BORJA (A.) et DE MELO VIEIRA (M.), « A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012) », *RArb* 35 (2012), p. 15-31.

WIJFFELS (A.), *Introduction historique au droit* – France, Allemagne, Angleterre, Paris, PUF, 2010.

WITZ (Cl.), « Regards d'un juriste européen sur le nouveau Code civil brésilien », in *Code Civil brésilien*, sous la direction de A. Wald Édition bilingue Brésilien/Français, Paris, SLC, 2009, p. 29-45.

ZANCHET (M.), « A proteção dos consumidores no Direito Internacional privado brasileiro », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 62 (2007), p. 172-219.

ZENATI-CASTAING (F.), « Le Code civil et la coutume », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 607 sq.

_____. « Les notions de code et de codifications », *Mélanges Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 217-253.